

Drittes Buch.  
Inhalt des Patentrechts.

Erster Abschnitt.  
Träger des Patentrechts.

I. Rechtsfähigkeit.

§ 164.

Patentberechtigt kann jeder Rechtsfähige sein; also auch eine juristische Person, ein Verein, eine Anstalt, eine Stiftung; Patente können insbesondere auch offenen Handelsgesellschaften zustehen und werden auf deren Firma eingetragen; Patente können auch Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaft erwerben; sie können auch dem Staate angehören.

Eine Erwerbsunfähigkeit wird mitunter bestimmt für die Mitglieder des Patentamts;\*) dies hat guten Grund. Unser Gesetz bestimmt dies nicht, sondern überlässt solches der Disciplin und Verwaltungsnorm.

Patentberechtigt kann ein Ausländer wie ein Inländer sein.\*\*)

\*) Amerik. Rev. Stat. s. 480 (es müsste denn ein Erwerb von Todeswegen vorliegen), Canada (1898) s. 51, Norwegen (1885) a. 11, Dänemark (1894) a. 10, Argentinien (1864) a. 11, Uruguay (1885) a. 16, Japan (1899) a. 5 (darf nicht erwerben, ausser von Todeswegen).

\*\*\*) Dies ist noch besonders in Handelsverträgen vorgesehen; so in den Verträgen mit Oesterreich v. (23. Mai 1881 a. 20 und) 6. Dec. 1891 a. 1, mit der Schweiz v. 24. Juli 1894 a. 1, mit Italien v. 18. Januar 1892; in diesen drei Verträgen sind den Staatsangehörigen diejenigen, welche im Staatsgebiet die Wohnung oder Hauptniederlassung haben, gleichgestellt; ferner im Vertrag mit Spanien vom 12. Juli 1883 a. 7, mit Japan 4. April 1896 a. 17. Die Patentunion v. 20. März 1883 enthält in den a. 2 und 3 gleichfalls Zusicherungen zu Gunsten der Mitglieder der Unionsstaaten und der in diesen Wohnenden; a. 2: les sujets ou citoyens de chacun des Etats contractants jouiront, dans tous les autres Etats de l'Union, en ce qui concerne les brevets d'invention . . . . des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la

Doch hat das neue Patentgesetz die Möglichkeit eines Vergeltungsrechts bestimmt § 12, und dieses wurde erweitert durch E.G. zum B.G.B. a. 31. Das Vergeltungsrecht tritt nicht von selbst ein, sondern nur durch öffentlichen Rechtsakt des deutschen Reichs; das Reich wirkt dabei durch den Bundesrath als beschliessende, durch den Reichskanzler als ausführende Gewalt.

Ein Vergeltungsrecht kann verfügt werden gegen Ausländer d. h. gegen Angehörige ausländischer Staaten; es kann ein Vergeltungsrecht bestimmt werden d. h. eine Zurücksetzung aus dem Grund, weil in dem betreffenden Staate Inländer gegen die dort Heimischen benachtheiligt sind: Beschränkungen, die in jenem Staate In- und Ausländer gleichmässig treffen, begründen kein Vergeltungsrecht. Uebrigens tritt es durch den Akt des deutschen Reiches ein, gleichgültig ob die Beweggründe richtig sind oder nicht.

Früher konnte nach § 12 ein Vergeltungsrecht nur gegen Angehörige eines ausländischen Staates, nicht gegen ihre Rechtsnachfolger geübt werden; dies ist erweitert in a. 31 des E.G. zum B.G.B.: darnach kann auf allen Gebieten ein Vergeltungsrecht stattfinden gegen Angehörige eines ausländischen Staates, aber auch gegen deren Rechtsnachfolger und gegen den ausländischen Staat selbst.

Die Vergeltung kann in der Zurücksetzung soweit gehen, als die analoge Zurücksetzung im Auslande geschah; sie kann in gleicher Form geschehen. Sie kann aber auch weiter gehen und weniger weit; sie kann auch in anderer Form und Weise erfolgen. Ist einmal das Recht der Vergeltung gegeben, so ist es lediglich der Erwägung des Inlandes anheimgestellt, ob und wie weit vergolten wird.

Die Vergeltung kann insbesondere in der Art erfolgen,

1. dass Ausländer kein Patent erwerben können oder dürfen,
2. dass Ausländer überhaupt nicht Träger von Patenten sein sollen,

suite aux nationaux. . . . . a. 3 Sont assimilés aux sujets ou citoyens des Etats contractants les sujets ou citoyens des Etats ne faisant pas partie de l'Union, qui sont domiciliés ou ont des établissements industriels ou commerciaux sur le territoire de l'un des Etats de l'Union. Die Bestimmung geht also weiter, als die obige; sie verlangt nicht, dass diese Personen die Hauptniederlassung in einem Unionsstaate haben. Indess hat man diese Ausdehnung nachträglich als zu weitgehend empfunden und auf der Conferenz von Rom und von Madrid Aenderungen einzuführen versucht; die Madrider Modifikation würde zu einer Fassung ähnlich unseren Staatsverträgen führen; allerdings ist dieses (4te) Madrider Abkommen (v. 15. April 1891) nicht ratificirt worden. In der Brüsseler Conferenz wurde (14. Decbr. 1897) der Vorschlag gemacht, die Fassung dahin zu ändern: qui sont domiciliés ou ont des établissements industriels ou commerciaux effectifs et sérieux sur le territoire de l'un des Etats de l'Union. Auch diese Fassung ist bis jetzt nicht ratificirt. Eine ähnliche Formulirung wie im deutsch-österreichischen Vertrag findet sich auch im österreichisch-serbischen Handelsvertrag v. 9. August 1892 u. a.

3. dass Inländer nicht Träger von Patenten sein sollen, wenn sie nur als Zwischenträger und Mittelmänner für die Ausländer handeln.

Ebenso kann (nach E.G. zum B.G.B.) 4. bestimmt werden, dass Inländer, welche Rechtsnachfolger von Ausländern sind, kein Patent haben sollen.

5. Es kann bestimmt werden, dass Ausländer und die soeben bezeichneten Personen zwar Patente haben oder erwerben dürfen, aber unter erschwerenden Belastungen, oder mit einer geringen Ausdehnungssphäre oder Zeitdauer, oder mit der Pflicht, Lizenzen zu gewähren u. a.

6. Es kann bestimmt werden, dass Ausländer einen inländischen Vertreter haben müssen oder dass sie im Inlande Filialen zu gründen oder die Erfindungen im Inlande in gesteigerter Weise auszubeuten haben.

Und auch sonst können beliebige Bedingungen festgesetzt sein.

Die principielle Gleichstellung von In- und Ausländern haben die meisten Patentgesetze:\*) so Frankreich a. 27, England s. 4, Amerika a. 4886,\*\*) Schweden § 1, Russland V.O. § 2, Portugal, Regl. a. 2; Peru (1869) a. 8 (nur muss der Ausländer auf jede diplomatische Intervention verzichten).

Wie England, so die englischen Kolonialländer: Queensland (1884) s. 7, Westaustralien (1888) s. 7, Neuseeland (1889) s. 6, Victoria (1890) s. 7, Tasmania (1893) s. 9, Indien (1888) s. 5 (und die Länder des indischen Rechts), Leewardsinseln (1876) s. 25.\*\*\*)

Wie Deutschland, kennt auch Oesterreich ein Vergeltungsrecht § 31; ebenso Ungarn (1895) § 16.

Wenige Ausnahmen sind zu constatiren:

in Guatemala (1897) a. 2 und 12 werden Patente nur erteilt an Staatsbürger und an daselbst domicilirte Ausländer.

## II. Postulationsfähigkeit.

### § 165.

Patentrechte können erwerben und besitzen sowohl die im Inlande als die im Auslande Wohnenden. Etwas besonderes aber gilt für die im Auslande Wohnenden d. h. für die nur im Auslande Wohnenden; im Inlande wohnend ist, wer seinen Wohnsitz im Inlande hat, auch wenn er nur einen seiner verschiedenen

\*) Vgl. Kohler in Schönberg's S. 193.

\*\*) Hier besteht nur eine Ausnahme für die Caveats, welche nur den Bürgern der Vereinigten Staaten offenstehen und denjenigen Ausländern, die bereits 1 Jahr in den Vereinigten Staaten leben und den Eid leisten, dass sie Bürger werden wollen, s. 4902 (vgl. oben S. 291). Dies gilt noch trotz der Patentunion; so Entsch. des Attorney general in Propr. ind. V p. 85.

\*\*\*) In anderen Staaten ergibt sich die Gleichstellung von In- und Ausländern stillschweigend, da kein Unterschied gemacht ist.

Wohnsitze im Inlande hat § 7 B.G.B.; dagegen nicht, wer, als im Auslande wohnend, bloss eine Fabrik-, Gewerbe-, Handelsniederlassung im Inland besitzt.\*) Die Niederlassung kommt nur zur Bedeutung, wenn sie Wohnsitzcharakter hat.\*\*)

Als Inland gilt aber hier nur das durch die Verfassung des deutschen Reichs bestimmte Herrschaftsgebiet, nicht das Schutzgebiet, über das wir herrschen. Die Erwägungen S. 69 f. treffen hier offensichtlich nicht zu; denn nur in dem der Reichsverfassung unterstellten Herrschaftsgebiet findet sich eine solche Einheit in der gerichtlichen und verwaltungsmässigen Organisation und eine solche Gemeinschaft der Interessen, dass der hier wohnende für die Behörden und für das Industriegetriebe als der normale Vertreter des Patentbesitzeres gelten kann. (Ueber Gesetz vom 7. April 1900 § 22 s. Nachträge).

Der im Auslande wohnende ist nicht unfähig des Rechts und nicht unfähig der Rechtsaction; er ist nicht rechts- und nicht handlungsunfähig, er ist nicht partei- und nicht prozessunfähig; aber er ist postulationsunfähig: er ist es sowohl im Patenterteilungs-, als in dem das Patent betreffende Prozessverfahren. Er ist also in der Lage eines Inländers, der beim Landgericht einen Prozess führen will und keinen Anwalt hat (§ 12 P.G.). Die Postulationsunfähigkeit ist eine Unfähigkeit, von sich aus gewisse Formen zu erfüllen, nämlich die Formen, welche im Patenterteilungsverfahren erfüllt werden müssen, und die Formen, welche im Prozess erfüllt werden müssen (auch im Amtsgerichtsprozess, auch in der Vollstreckungsinstanz).

Die Postulationsunfähigkeit ist eine Postulationsunfähigkeit, die sich auf einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten beschränkt. Der Ausländer (nach § 12 P.G.) ist postulationsunfähig

1. im Patenterteilungsverfahren; er kann also die Thätigkeit nicht ausüben, die der Patentanmelder ausüben muss, um ein Patent zu erlangen: er kann mithin kein Patent anmelden, er kann, wenn er es angemeldet hat, die weiteren Schritte nicht vollziehen, die bis zur Ertheilung des Patentbesitzes erforderlich sind. Ist er aller-

\*) Man beachte in dieser Beziehung den Unterschied gegenüber dem Warenzeichengesetz § 23. Der Grund, warum im Patentrecht die Niederlassung nicht genügt, ist offensichtlich: eine Niederlassung im Inlande kann hinreichen, um Firma und Namen im Inlande zur Geltung zu bringen; aber sie genügt nicht für das Patentrecht, für dessen Geltendmachung die volle Persönlichkeit einzusetzen ist.

\*\*) Dies ergibt sich auch aus der ganzen Technik des Gesetzes. Wenn der Patenteigner im Auslande wohnt, soll der § 12 P.G. Anwendung finden; er soll insbesondere auch in der Art Anwendung finden, dass der Sitz des Vertreters als Sitz des Patentbesitzes gilt und hier der Vermögensgerichtstand begründet ist. Der Vermögensgerichtstand ist aber nach der C.P.O. § 23 nur dann massgebend, wenn der Beklagte im deutschen Reich keinen Wohnsitz hat. Mithin steht § 12 P.G. in Parallele mit § 23 C.P.O. und muss so, wie oben, verstanden werden.

dings soweit, dass Nichts mehr nöthig ist, als die bloße Empfangnahme der patentamtlichen Entscheidung, dann kommt die Postulationsunfähigkeit nicht mehr in Betracht, denn sie betrifft nur die Thätigkeit, nicht das Verhalten in der passiven Rolle.

Er ist postulationsunfähig im Patentertheilungsverfahren, soweit es sich um das Patentbegehren handelt, nicht soweit es sich darum handelt, einem Patentbegehren entgegenzutreten. Er kann also Einspruch gegen ein Patent erheben, er kann es auch thun wegen Verletzung seines Geheimnissrechts; denn er tritt dadurch im Patentwesen nur verneinend, nicht bejahend auf.

Er ist aber auch (nach § 12 P.G.) postulationsunfähig

2. im Prozessverfahren, um das Patent im Prozess zu vertreten; und zwar zunächst als a) Kläger im Civilprozess oder als antragstellender Theil im Strafprozess; der postulationsunfähige kann daher nicht als Kläger auftreten,

α. um eine Feststellungs- oder Störungsklage,

β. um eine Entschädigungs- oder Bereicherungsklage zu erheben; er kann nicht auftreten,

γ. um einen Strafantrag zu stellen, als Nebenkläger zu wirken und Busse zu verlangen; oder um, wenn der Staatsanwalt versagt, bei dem Oberlandesgericht eine öffentliche Klage zu erzwingen.

Das erstere sub α. gilt von allen Feststellungsklagen und negatorischen Klagen, die das Patentrecht betreffen, insbesondere auch von der Klage auf Feststellung des Seins oder Nichtseins des Patentbesitzes, auf Bestimmung der Auslegung und der Subsumtion unter das Patent, soweit die Klage von dem Patentberechtigten erhoben wird, um das Patent oder seine Tragweite oder seine Beziehungen zu bestimmen. Es gilt auch von einer Feststellungsklage oder von einer negatorischen Klage, wenn zwei Prätendenten eines und desselben Patentbesitzes gegen einander auftreten und die Frage, wer Patenteigener ist, zum Austrag bringen; es gilt dies auch, wenn etwa nach einer Vollstreckung, die auf das Patent erfolgt ist, der Patenteigener mit der Aussonderungsklage das Patent aus der Pfandgebundenheit heraus begehrt (C.P.O. § 771).

Zur Entschädigungsklage gehört β. auch die Klage auf Entschädigung wegen Enteignung.

Dagegen bezieht sich die Postulationsunfähigkeit nicht auf die negative Feststellungsklage, daher nicht auf die Nichtigkeitsklage, denn diese steht Jedem zu, der irgend ein Interesse an der Feststellung hat, sie steht nicht dem Patentberechtigten als Patentberechtigten zu, auch wenn er zufällig ein Patent haben sollte. Daher gehört es nicht in das Bereich der Postulationsunfähigkeit, wenn etwa der Kläger ein anderes Patent wegen mangelnder Neuheit oder Patentfähigkeit bekämpft; dies selbst dann nicht, wenn er es bekämpft, weil auf dieselbe Erfindung eine

Voranmeldung eingelaufen ist; ja selbst dann nicht, wenn er behauptet, dass gerade sein Patent dasjenige sei, das auf eine solche Voranmeldung hin erteilt worden ist; denn er erhebt auch hier die Nichtigkeitsklage nicht in seiner Eigenschaft als Patentberechtigter und kraft seines Patentrechts, sondern er erhebt sie, wie sie ein Jeder erheben kann, der zur Geltung bringt, dass ein Patent wegen Voranmeldung (absolut) nichtig ist.

Die Postulationsunfähigkeit erfasst ferner nicht die Klage aus dem Individualrecht oder aus dem (patentlosen) Immaterialrecht; sie gilt also nicht, wenn Jemand kraft seines patentlosen Immaterialrechts eine Anfechtungsklage (relative Nichtigkeitsklage) gegen ein Patent erhebt oder kraft dieses Rechts die Uebertragung des Patenten auf sich begehrt; oder wenn er kraft seines Individualrechts eine Rücknahmeklage erhebt oder wenn er kraft seines Individualrechts Jemanden wegen Patentanmassung verfolgt und etwa Ablassung oder Entschädigung begehrt.

Soweit die Postulationsunfähigkeit in der Klägerrolle.

Ebenso ist aber auch der Auslandswohnende b) postulationsunfähig als Beklagter;

so *a.* bei der Feststellungsklage, wenn es gilt, das Sein oder Nichtsein des Patenten festzustellen, seinen Umfang abzumessen und zu bestimmen, was unter das Patent zu subsumieren ist.

Nicht aber bezieht sich die Postulationsfähigkeit auf die Frage, ob der Patentträger, auch ganz abgesehen von seinem Patent, etwas zu thun berechtigt ist, insbesondere also ob, wenn A gegen B die Klage auf Ablassung erhoben hat, eine bestimmte Thätigkeit des B von dieser „negatoria“ betroffen wird. Denn hier handelt es sich ja durchaus nicht darum, ob die Handlung des B nach Massgabe seines Patentrechts berechtigt ist, sondern ob sie berechtigt ist nach Massgabe des Patentrechts des A; ob B ein Patentrecht hat oder nicht, ist hier gleichgültig: was in die Sphäre des Patentrechts des A fällt, ist unerlaubt — vorausgesetzt natürlich, dass das Patent des A das frühere ist. Es ist also, wie wenn A eine negatoria anstellt, dass B auf dem Nachbargrundstück keinen Rauch aufsteigen lassen darf: die negatoria beruht auf dem Eigenthum des A, nicht auf dem des B. Daraus geht sicher hervor, dass B auch als Ausländer berechtigt ist, den Prozess zu führen, wenn es sich darum handelt, ob eine Thätigkeit, die zur Ausübung seines Patentrechts gehört, in die Sphäre des Patenten des A fällt, *m. a. W.* wenn A gegen ihn die Feststellung begehrt, dass das Patent B (richtiger gesagt, die Thätigkeit auf Grund des Patenten B) vom Patent A abhängig sei; und es ist wiederum einer der Standard-Irrthümer des R.G.'s,

dass es dies in der letzten Zeit verkannt hat.\*) Es ist völlig unrichtig und verfehlt, wenn das R.G. jenen Fall mit dem Fall in Analogie setzt, wo der Beklagte, der negatoria gegenüber, ein Servitutenrecht behauptet und dieses zur Abwehr geltend macht; so liegt der Fall gar nicht: ein zweites Patent gibt niemals ein servitutenartiges Recht gegenüber dem ersten; es ist gar nicht in der Lage, das erstere zu belasten; die Entscheidung über die Abhängigkeit des zweiten Patentes ist nur eine Entscheidung darüber, wie weit sich das erste Patent erstreckt, sie ist keine Entscheidung über den Zusammenstoß und seine Lösung: ein solcher Zusammenstoß ist gar nicht denkbar, es müssten denn zwei Patente zu gleicher Zeit ertheilt worden sein, was hier ja nicht in Frage steht.

Der auswärts Wohnende ist ferner postulationsunfähig als Beklagter

β. in einer Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage, wenn es sich um Nichtigkeit seines Patentes handelt,

γ. in einer Rücknahmeklage, wenn der Rückruf seines Patentes in Frage steht,

δ. in einer Individualrechtsklage, wenn er wegen Patentanmassung auf Unterlassung verklagt wird und er hiergegen zur Geltung bringen will, dass sein Patent besteht und sich auf den streitigen Fall erstreckt. Dagegen kann er sich allerdings in einem Strafprozess wegen Patentanmassung ohne weiteres auf sein Patent beziehen, weil hier nicht das Patent festgesetzt, sondern nur seine Unschuld dargethan werden soll; ebenso im Civilprozess, wenn nicht seine Berechtigung, die Patentbezeichnung zu gebrauchen, im Prozesse steht, sondern nur eine Entschädigung wegen begangener Handlungen begehrt wird.

#### § 166.

Zur Charakteristik der Postulationsunfähigkeit aber diene folgendes:

Die Postulationsunfähigkeit betrifft 1. nicht das materielle Recht, sondern nur die Form der rechtspolizeilichen oder gerichtlichen Thätigkeiten. Daher

a. kommt für diese Postulationsfähigkeit stets das inländische Recht in Betracht, nicht das Recht des Ausländers in seinem Heimathstaate;

b. es kommt das Recht in Betracht im Moment, wo die Thätigkeit

\*) Urtheil 17. Oct. 1898 Bl. f. Patentw. V S. 28; das O.L.G. Hamburg hatte ganz richtig entschieden. Allerdings handelte es sich in diesem Urtheil nicht um die Postulationsunfähigkeit, sondern darum, ob die Vollmacht des nach § 12 P.G. aufgestellten Vertreters sich auf einen solchen Prozess beziehe; aber die Frage ist die gleiche.

stattfindet, nicht wo das Recht oder der Anspruch entstanden ist. War daher Jemand Inländer zur Zeit des Patenterwerbs, so wird er postulatiionsunfähig, sobald er Ausländer wird; ist er im Moment der Klage Inländer, so wird er postulatiionsunfähig, sobald er die Inlandseigenschaft verliert; und umgekehrt. Dies gilt insbesondere auch, wenn das Patent von einem Inländer auf einen Ausländer übertragen wird und umgekehrt. Es gilt auch, wenn ein einzelner Anspruch, z. B. ein Anspruch auf Entschädigung vom Ausländer auf einen Inländer übergeht u. s. w., sei es nun, dass dieser einzelne Anspruch mit dem Patent übertragen wird, oder ohne es.

Die Postulationsfähigkeit bezieht sich 2. auf die Form des Verfahrens, nicht auf die Voraussetzungen des Prozesses oder des Rechtspolizeiverfahrens. Daher ist ein Prozess trotz der Postulationsunfähigkeit der Partei doch gültig, ebenso ein Patentertheilungsverfahren; es fehlt nicht an der rechtlichen Grundlage des Verfahrens, es fehlt nicht an der Fähigkeit der Partei, an der Fähigkeit der im Rechtspolizeiverfahren beteiligten Person, es fehlt nur an der Formfähigkeit und in Folge dessen an der Form. Ein Verfahren unter Verletzung der Form aber ist zwar mangelhaft, nicht aber nichtig.

Die Postulationsunfähigkeit bewirkt 3. Formmangel der Handlung; wird die Form ersetzt d. h. tritt nachträglich die Postulationsfähigkeit ein, so gilt das Rechtsgeschäft mit dem Moment ihres Eintritts; seine Wirksamkeit wird nicht zurückdatirt auf den Moment der ersten Rechtshandlung; dies gilt auch von der Patentanmeldung, sofern diese als Rechtspolizeihandlung, nicht sofern sie als civilistischer Akt in Betracht kommt.

4. Daraus geht hervor:

die Postulationsunfähigkeit, welche einen Mangel der Prozesshandlung oder der Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit darstellt, ist vom Gericht und vom Patentamt von Amtswegen zu berücksichtigen; denn sowohl Gerichte als Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit haben darüber zu wachen, dass die vor ihnen sich entwickelnden Rechtshandlungen formgerecht vor sich gehen.

Im Uebrigen gelten die Regeln der Postulationsfähigkeit für physische, wie für juristische Personen; auch ein Verein, eine Actiengesellschaft, auch eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, eine Genossenschaft — auch eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft kommt hier als In- oder Auslandswohner in Betracht; es kommt die juristische Person in Betracht, nicht ihre Theilhaber; daher genügt es, wenn eine offene Handelsgesellschaft ihren Wohnsitz im Inland hat, auch wenn etwa ein oder mehrere Gesellschafter nicht im Inlande wohnen, und es zeigt sich auch hierin die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft auf's Klarste.

Sodann gelten die Regeln von der Postulationsfähigkeit, sei

es, dass Jemand der alleinige Patenteigner, sei es, dass er Miteigenthümer ist, sei es, dass er als Niessbraucher, als Verleger, als Lizenzberechtigter an dem Patente betheiligt ist. Wer von ihnen Auslandswohner ist, ist in Bezug auf das Patent postulationsunfähig; er ist postulationsunfähig für einen das Patent betreffenden Anspruchs- oder Feststellungsprozess; er ist es, auch wenn nicht das Patent, sondern die Beziehung zum Patent in Frage steht, also wenn ein Miteigenthümer gegen den Miteigenthümer, der Niessbraucher gegen den Eigner, der Verleger gegen den Eigner oder Niessbraucher klagt. Und die gleichen Regeln gelten vom Pfandgläubiger.

Sie gelten, sofern eine dieser Personen in Bezug auf das Patent gerichtlich thätig werden soll. Sie gelten aber nicht, wenn der Pfandgläubiger des Patentes dieses zur Zwangsveräußerung bringt, denn es handelt sich hier nur um eine Uebertragung des Patentes, nicht um Geltendmachung der in ihm enthaltenen Rechte (vgl. unten S. 430); der Pfandgläubiger kann daher sein Verwerthungsrecht geltend machen, auch wenn er im Auslande seinen Wohnsitz hat.

Die Regeln der Postulationsfähigkeit gelten auch für den neuen Gläubiger (Cessionar), der Ansprüche aus dem Patent geltend macht, sofern es sich um Ansprüche handelt, die sich dem Patente gegenüber selbstständig stellen; so also, wenn Entschädigungsansprüche wegen Patentverletzung oder Entschädigungsansprüche wegen Enteignung übertragen werden.

Und zwar gilt in allen diesen Fällen die Postulationsfähigkeit und -unfähigkeit für jede dieser Personen selbstständig; daher ist der Niessbraucher postulationsfähig, auch wenn der Patenteigner es nicht ist, der Patenteigner, auch wenn der Niessbraucher es nicht ist. Und umgekehrt kann die Postulationsfähigkeit des Einen die Postulationsunfähigkeit des Anderen nicht ersetzen.

#### § 167.

Der Auslandswohnsitz bewirkt Postulationsunfähigkeit, er bewirkt nicht die Unmöglichkeit, auf civilistischem Wege über sein Patent zu verfügen, er bewirkt nicht die Unmöglichkeit, Ansprüche zu übertragen oder auf Ansprüche aus dem Patent zu verzichten; er bewirkt nicht die Unmöglichkeit, dass Andere auf das Patent greifen und es zur Vollstreckung bringen; er bewirkt nicht die Unmöglichkeit, sich der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Verfügung über das Patent zu bedienen, also zu einer Veräußerung oder zu einer Theilung; er bewirkt auch nicht die Unmöglichkeit, in die Rolle des Patentamts eingetragen zu werden: denn die Rolle soll bestrebt sein, die richtige Sachlage darzu-

stellen und die richtige Sachlage ist, dass der Erwerber Patenteigener ist, auch wenn er ein Auslandswohner ist; und den Eintrag vollzieht das Patentamt nicht zur Ergänzung des Patentertheilungsverfahrens, sondern zu dem Zwecke, um die Rolle zu berichtigen, sobald die Uebertragung in beweisender Form mitgetheilt wird — also auch dann, wenn sie vom Auslandswohner mitgetheilt wird.

§ 168.

Der Mangel des Auslandswohnsitzes wird gelöscht, sobald der im Auslande Wohnende einen im Inlande wohnenden Vertreter bestellt hat; er erlischt mit diesem Augenblick, und es ist daher ebenso, wie wenn der Ausländer seinen Wohnsitz in das Inland verlegt oder wenn das Auslandspatent von einem Inländer erworben worden wäre.

Der Grund dieser Erscheinung ergibt sich aus Folgendem: die Ernennung eines Vertreters ist der Zweck der ganzen Vorschrift über die Postulationsfähigkeit; die Postulationsunfähigkeit wurde bestimmt, um den auslandswohnenden Patentberechtigten zu zwingen, einen Vertreter zu bestellen.

Schon an sich ist es ein grosser Vortheil, wenn der Auslandswohnende Jemanden im Inlande aufstellt, an welchen die nöthigen Mittheilungen und Zustellungen mit der gleichen Wirkung wie an ihn selbst gelangen können. Hierzu würde nun allerdings die Ernennung eines Zustellungsbevollmächtigten genügen.

Man will aber noch ausserdem eine gewisse Garantie erlangen, dass der im Auslande Stehende dem Patente die nöthige Sorge widme; es soll darum eine Persönlichkeit vorhanden sein, die dazu bestimmt ist, über die Ausübung und über die Schicksale des Patentbesitzes im Inlande zu wachen. Man will auch im Patentertheilungs-, Nichtigkeits- und Rücknahmeverfahren nicht nur einen inländischen Zustellungswohnsitz, man will auch eine Persönlichkeit, welche in dieses Verfahren kräftig eintritt, die nöthigen Erklärungen gibt, die nöthigen Mittheilungen macht.

Daher gilt, was oben (S. 419) entwickelt worden ist: der Auslandswohnende braucht einen Vertreter, nicht nur wenn er Patenteigener, sondern auch wenn er bloss Niessbraucher oder Verleger oder Lizenzträger ist; auch kann die Vertretung des Einen nicht die Vertretung des Anderen ersetzen; das Gleiche gilt von mehreren Miteigenthümern. Nur kann allerdings die Vertretung der Mehreren durch einen und denselben Vertreter erfolgen, mindestens solange sich ihre Rechte nicht kreuzen.

Alle diese Personen sollen also einen Vertreter haben, nicht bloss einen Zustellungsbevollmächtigten; der Vertreter muss natürlich vollständig handlungsfähig sein (V.O. vom 11. Juli 1891,

§ 28): mit dem Momente der Entmündigung würde wieder die Postulationsunfähigkeit der Partei eintreten. Er muss seinen Wohnsitz im Inlande haben: mit dem Moment, wo er ihn aufgäbe, wäre der Berechtigte vertretungslos. Der Vertreter muss auch berechtigt sein, als Einzelner zu handeln; man kann zwar eine Mehrheit von Vertretern bestellen, diese müssen aber zum solidaren Handeln befugt sein, da die Nothwendigkeit eines Zusammenstimmens und Zusammenhandelns den Zweck des Gesetzes vereiteln würde; so auch V.O. vom 11. Juli 1891, § 28. Die Zustellungen können daher an jeden erfolgen; doch kann ein Einzelner von ihnen als Zustellungsempfänger bezeichnet werden; dies verstösst nicht gegen den Zweck des Instituts: für das aktive Wirken muss jeder befugt sein, soll nicht über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Rechtshandlungen endloser Streit entstehen; für die Thätigkeit des Gegners ist es genügend, wenn ihm eine Person angegeben ist, an welche er seine Rechtshandlungen zu richten hat: dadurch wird im Gegentheil der Verwirrung und Unsicherheit vorgebeugt; so auch die Bekanntmachung des Patentamtes vom 22. November 1898, Art. 2f.

Der Vertreter muss eine physische Person sein, die Ernennung eines Vereins, einer Gesellschaft ist nicht statthaft. Der Vertreter muss eine individuelle Person sein; er muss mit seinem bürgerlichen Namen bezeichnet werden, V.O. vom 11. Juli 1891, § 28; es ist daher ausgeschlossen, dass etwa der jeweilige Vorstand einer Gesellschaft, der jeweilige Träger einer Firma zum Patentvertreter ernannt werde.\*)

Die genannten Sätze erleiden eine kleine Aenderung durch die Principien über den Eintrag in die Patentrolle. Der Vertreter ist in die Patentrolle einzutragen, die Aenderung eines Vertreters ist gleichfalls zur Eintragung zu bringen, § 19 P.G. Damit ist nicht gesagt, dass nur derjenige als Patentvertreter gilt, der in der Patentrolle eingetragen ist; es ist aber gesagt: tritt eine Aenderung in der Person des Vertreters ein, ohne dass dieser zur Patentrolle eingetragen wird, so gelten die Rechtshandlungen des bisher eingetragenen Vertreters; sie gelten, auch wenn sie nach seiner Abberufung erfolgt sind; ebenso gelten die Zustellungen und Mittheilungen an den eingetragenen Vertreter, als wie wenn sie dem richtigen Vertreter gegenüber erfolgt wären;\*\* alles dies trifft zu, es müsste denn die Aenderung in der Person des Vertreters dem Dritten bekannt sein; m. a. W. es gelten hierbei

---

\*) Vgl. auch noch die Bekanntmachung des Patentamtes vom 22. November 1898, Art. 2c.

\*\*\*) Sie gelten, auch wenn der Vertretene gestorben ist, wie sofort (422) weiter zu entwickeln ist.

ähnliche Grundsätze, wie bei dem Eintrag des Prokuristen in das Handelsregister.

Eine weitere Folge hat die Eintragung des Vertreters nicht; sie kann daher nicht bewirken, dass Jemand postulationsfähig bleibt, obschon er den Patentvertreter entlassen hat; denn dass der Stellvertreter zum Nachtheil des Vertretenen noch wirken kann, hat nicht zur Folge, dass auch die Stellvertretung zu seinem Vortheile angenommen wird. Noch weniger kann natürlich kraft der Eintragung die Postulationsfähigkeit bestehen bleiben, wenn der eingetragene Vertreter aufhört, handlungsfähig zu sein, oder seinen Wohnsitz in das Ausland verlegt.

Der Vertreter muss einen bestimmten Kreis von Vollmachtsbefugnissen für den Patentberechtigten haben; dieser Kreis ist gesetzlich normirt: nur der volle Umfang dieser Befugnisse kann dem Vertretungszwang entsprechen und die Vorschrift des Gesetzes erfüllen; daher würde die Ernennung eines Vertreters mit geringerer Vollmacht nicht genügen, um die Postulationsfähigkeit zu sichern.

Umgekehrt hat die Bestellung eines Vertreters, auch wenn über seine Befugnisse nichts gesagt ist, die Bedeutung, dass ihm Vertretungsbefugnisse in diesem Umfange eingeräumt werden; die Aufstellung eines Patentvertreters hat insofern Analogie mit der Aufstellung eines Prozessvertreters, insofern nämlich, als beide zur Ausübung gewisser Rechte unentbehrlich sind und beide hierbei ein bestimmtes, unbeschränkbares Maass von Vollmacht bedürfen; wesshalb die Ernennung des Einen oder Anderen so aufzufassen ist, dass er das volle Maass der Vertretungsbefugnisse bekommt, welches erforderlich ist, damit der Berechtigte zur Ausübung seiner Rechte zugelassen wird.

Diese Analogie geht auch dahin, dass, wie der Prozessbevollmächtigte, so auch der Patentvertreter mit der Erbenclausel aufgestellt ist. Tod, Entmündigung, Untergang oder Uebergang der juristischen Person hat keine Bedeutung; insbesondere ist die dem Vertreter zugestellte Nichtigkeits- oder Rücknahmeklage gültig erhoben; dies namentlich wenn der Vertreter in der Patentrolle eingetragen ist.\*)

Der Vertreter muss also ein bestimmtes Maass von Vertretungsbefugnissen haben. Er muss Vertretungsbefugnisse haben, soweit es sich um das Patentertheilungsverfahren, er muss solche haben, soweit es sich um ein das Patent betreffendes gerichtliches Verfahren handelt, und zwar um ein civilgerichtliches, wie um ein strafgerichtliches.

---

\*) Vgl. Patentamt vom 7. Februar 1884 Patentbl. 1886 S. 49, R.G. vom 30. November 1885 Patentbl. 1886 S. 49.

Er muss also bevollmächtigt sein

1) für das Patentertheilungsverfahren mit allen seinen Zwischenfällen, also insbesondere auch mit dem Recht, Anträge zurückzunehmen, ja die ganze Patentanmeldung zurückzuziehen, dem Einspruch stattzugeben; natürlich auch mit dem Rechte, Thatsachen zuzugestehen, auf Beweise zu verzichten — um so mehr, als dies ja für das Patentamt nicht bindend ist.

Diese Befugniß umfasst das Ertheilungsverfahren in Bezug auf die betreffende Erfindung; sie erstreckt sich nicht auf eine andere Erfindung, die etwa im Ertheilungsverfahren mitverbunden werden könnte; also insbesondere nicht auf eine Erfindung, die sich zu einem Zusatzpatent eignen würde; sie erstreckt sich insbesondere nicht darauf, dass nach bereits ertheiltem Patent ein Zusatzpatent angemeldet wird, es müsste denn, was allerdings meist der Fall ist, die Vollmacht nach dieser Richtung erweitert werden.

In Bezug auf die angemeldete Erfindung aber muss dem Vertreter die Freiheit gegeben sein, neue Erklärungen abzugeben, neue Seiten der Erfindung zu enthüllen, eine neue Charakteristik der Erfindung zu bieten, neue Nützlichkeiten darzulegen; denn das Ertheilungsverfahren ist ein Klarlegungsverfahren, und während dieses ganzen Verfahrens kann die Anmeldung erläutert, ergänzt, bestimmt, die Erfindung auch anders gekennzeichnet werden. Würde man hier die Befugniß des Patentvertreters einengen, so würde man ihn für das ganze Verfahren untauglich machen, man würde sich in der ständigen Nothwendigkeit sehen, immer wieder auf den Anmelder selbst zurückzukommen.

Dagegen braucht der Patentvertreter nicht bevollmächtigt zu sein für Einsprüche gegen Patentanmeldungen Dritter und für eine im Patentanmeldungsverfahren Dritter stattfindende Thätigkeit. Auch in dieser Beziehung kann allerdings die Vertretungsbefugniß erstreckt werden, und das ist sehr häufig der Fall.

Der Vertreter muss ferner

2) bevollmächtigt sein und ist im Zweifel bevollmächtigt für die das Patent betreffenden Civil- und Strafprozesse, und zwar zunächst a) in der Klagerolle, also:

- α) für die positive Feststellungs- und Störungsklage;
- β) für die Entschädigungs- und Bereicherungsklage;
- γ) für die Stellung des Strafantrages, für die Nebenklage und Alles, was hiermit zusammenhängt;

er muss insbesondere auch berechtigt gelten, als Nebenkläger die Busse zu verlangen; denn dies ist gegenüber dem Strafantrag doch das Mindere, und es wäre gewiss gegen den Sinn der Sache, wenn der Patentvertreter eines Auswärtigen, der vielleicht im Moment gar nicht erreichbar ist, zwar den Strafantrag stellen, aber, wenn es zum Strafprozess kommt, ihn nicht weiter vertreten

dürfte und insbesondere die Gelegenheit, Busse zu erwirken, versäumen müsste.\*) Daher muss ihm insbesondere auch das Recht zustehen, nöthigenfalls beim Oberlandesgericht die öffentliche Klage zu erzwingen.

Dagegen braucht der Patentvertreter nicht bevollmächtigt zu sein zur negativen Feststellungsklage, Nichtigkeitsklage gegen Patente anderer Personen, auch wenn diese mit dem von ihm vertretenen Patente sich mehr oder minder berühren; es kann aber natürlich auch hier die Vollmacht weiter erstreckt werden.

Wohl aber ist der Vertreter auch bevollmächtigt b) in der Beklagtenrolle, wenn es sich handelt:

- α) das Patent in der Feststellungsklage zu vertreten, insbesondere auch wenn es sich um die Abgränzung und Subsumtion handelt, ferner
- β) in der Nichtigkeits-, Anfechtungsklage,
- γ) in der Rücknahmeklage und
- δ) sofern es sich darum handelt, als Beklagter das Patent gegen die Individualrechtsklage zu vertheidigen.

Die Vertretung muss sich aber auch ε) passiv auf die Vollstreckungsinstanz beziehen, soweit es sich nämlich um die Zwangsvollstreckung in das Patent handelt, das der Vertreter prozessualisch vertreten soll. Zwar kann gegen den Ausländer, auch wenn er keinen Vertreter hat, das Patent gepfändet werden, wie dies oben (S. 419) bemerkt wurde; hat er aber einen Vertreter, so ist dieser zur Vertretung des Patentbesizers auch in dieser Richtung befugt, und daher kann die Vollstreckung gegen den Vertreter betrieben werden, was sich aus der Bestimmung des Gesetzes klar ergibt, dass der Wohnort des Vertreters für die Ortslage des Patentbesizers bestimmend ist: dies kann nur den Sinn haben, dass an diesem Orte der Vertreter über das Patent wacht, und, wer das Patent angreifen will, sich an den Vertreter wenden kann.

Innerhalb des Prozesses hat der Vertreter alle Befugnisse eines Prozessvertreters, insbesondere auch das Recht des Vergleiches, der Anerkennung, des Verzichts, sofern diese drei Rechte — was möglich ist — ihm nicht ausdrücklich entzogen sind. Er muss insbesondere auch das Recht haben, die Vollstreckung zu betreiben, und was die Zahlungsannahme betrifft, so gelten für ihn die Grundsätze der prozessualischen Vertretung.

Eines ist noch beizufügen: Die Vertretung ist, wie oben bemerkt, auch für den Niessbraucher erforderlich, auch für den Cessionar von Patentansprüchen, sofern sie im Auslande wohnen: hier braucht sich natürlich die Vertretungsmacht nur auf diejenigen

---

\*) Anders R.G. vom 24. März 1882, Entsch. in Strafs. VI S. 119, aber auch dem alten Patentgesetz.

Thätigkeitsformen zu beziehen, welche in den Kreis dieser beteiligten Personen fallen.

§ 169.

Die Befugniss des Vertreters erstreckt sich also auf das patentamtliche Rechtspolizeiverfahren und auf das Gerichtsverfahren, auf dieses in jeder Richtung und Anwendungsform. Die Befugniss muss dies umfassen, denn es ist bei dem im Auslande Wohnenden ein öffentliches Erforderniss, dass eine Vertretung in diesem ganzen Umfange stattfindet; weil sonst nicht nur das Patentamt, sondern auch das hierbei beteiligte Publikum unter der Unmöglichkeit oder Schwierigkeit, den Berechtigten zu erreichen, schwer zu leiden hätte.

Zu etwas Weiterem ist der Vertreter an sich nicht befugt; er ist insbesondere nicht befugt, über das Patent ganz oder theilweise zu verfügen, es zu veräussern, zu verpfänden, Rechte daran zu ertheilen, Lizenzen zu begründen. Er ist auch nicht berechtigt, die Lizenzgebühren einzuziehen, den Kaufpreis für das veräusserte Patent in Empfang zu nehmen oder einzuklagen, denn hier handelt es sich nicht um Ansprüche aus dem Patent, sondern um Ansprüche aus Verträgen, die das Patent betreffen. Dagegen kann er eine etwaige Veräusserung des Patentbesitzes dem Patentamte zur Anzeige bringen, da es sich hier nur um einen Kundbarkeitsakt, nicht um einen Rechtsakt handelt.

Dass in all diesen Beziehungen die Vollmacht erweitert werden kann und oft erweitert wird, bedarf kaum der Bemerkung.

Aber auch in der Sphäre, in welcher der Vertreter bevollmächtigt ist, schliesst er den Vertretenen nicht aus; er schliesst ihn nicht aus, auch wenn dieser im Auslande wohnt. Allerdings braucht ein solcher einen Vertreter im Inlande, um postulationsberechtigt zu sein; allein wenn er es hierdurch wird, so kann er nicht nur durch seinen Vertreter, er kann auch selbst handeln, sei es im Patentertheilungs-, sei es im Civil-, sei es im verwaltungsgerichtlichen oder Strafverfahren. Die Interessen der dritten Personen sind genügend dadurch gedeckt, dass sie ihn in der Person des Vertreters erreichen können. Daher kann die Partei insbesondere auch in Person einen Strafantrag stellen.\*)

Die patentamtliche Vertretung kann zum Berufe werden (Gesetz betr. die Patentanwälte vom 21. Mai 1900). Darüber ist im formellen Theil zu handeln.

§ 170.

Die Bestimmung, dass der im Auslande Wohnende einen Vertreter haben muss, findet sich auch in anderen Gesetzen; so in  
Schweiz a. 11;  
Indien (1888) a. 46.

\*) R.G. vom 4. Februar 1882, Entsch. Strafsachen VI S. 10.

Manche Rechte gestatten der Staatsbehörde zweckmässiger Weise, eventuell einen Vertreter zu ernennen;

so Schweden (1884) §§ 4 und 13;

Ungarn § 15;

Oesterreich §§ 7 und 47.

Andere bestimmen, dass, wenn nicht in bestimmter Zeit ein Vertreter ernannt ist, das Patent verfalle;

so Norwegen (1885) a. 13, 25;

Brasilien (1882) a. 5, § 2 Ziff. 4;

Dänemark (1894) a. 23;

Finland (1898) Decl. § 20.

Japan (1899) a. 6. 38.

Manche Gesetze begnügen sich damit, dass der Patentanmelder eine Zustellungsadresse angibt; so Tasmania (1893) s. 11.

In Italien gilt, wenn kein „gewählter Wohnsitz“ (d. h. Zustellungsadresse) am Ort der Einlieferung des Patentbegehrens angegeben wird, die Gemeinde(behörde) dieses Ortes als „gewählter Wohnsitz“, a. 30.

## Zweiter Abschnitt.

### Erfindungsbenutzung.

#### A. Wesen der Erfindungsbenutzung.

##### § 171.

Das Patentrecht ist nicht ein negatives Verbotungs-, sondern ein positives Ausbeutungsrecht, ein Ausbeutungsrecht, welches als alleiniges Ausbeutungsrecht jede Ausbeutung eines Anderen ausschliesst; es ist das Recht der Benutzung und der Alleinbenutzung, § 4 P.G.

Die Benutzung der Erfindung durch den Patentberechtigten hat daher einen anderen Charakter, als die Benutzung einer freien Erfindung durch jedweden; die erstere ist die Ausübung eines subjektiven Rechts, die letztere ist ein Thun, das, weil Allen erlaubt, auch dem Einzelnen erlaubt ist; sie ist allerdings auch die Benutzung eines Erfindungsgedankens, aber eines solchen, der allgemeinen Rechens ist, und dem Gemeingebrauch offen steht.

Dies ist nichts Eigenartiges; auch sonst ist etwas Facultätsbefugniss, sofern es Niemandem vorbehalten und allen erlaubt ist, während es mit dem Augenblick, wo es einer Einzelperson oder einer Mehrheit von Personen angeeignet wird, zum Recht erwächst, so dass die Benutzung eines Dritten nur wiederum durch ein aus diesem Recht abgeleitetes oder mit diesem Recht zusammenstossendes Recht des Dritten gerechtfertigt werden kann.

Mit dem Moment, wo etwas in die Sphäre des Privatrechts gerückt wird, wird zum Privatrecht, was vorher nur allgemeine Facultätsbefugniss war.

Benutzung der Erfindung aber ist:

a) Ausführung des technischen Erfindungsgedankens, gleichgültig ob diese Ausführung eine geplante oder nicht geplante, ja ob sie eine bewusste oder nicht bewusste ist. Wenn also bei einer technischen Produktion irgend welcher Art gewisse in das Erfinderrecht eines Anderen fallende Prozesse unvermeidlich sind, so liegt natürlich dann keine Patentverletzung vor, wenn man diese Prozesse schon in ihrer Entstehung neutralisirt und ihres Erfolges entkleidet; aber auch dann ist das Patent nicht verletzt, wenn zwar diese Prozesse ihre technische Folgen entfalten, aber diese Folgen vom Produzenten technisch unfähig gemacht sind: so wenn sich bei seinem Verfahren ein patentirter Stoff als unvermeidlicher Nebenstoff entwickelt, den er bei seinem Entstehen beseitigt und sofort seines patentwidrigen Charakters entkleidet; — nur muss dieses letztere bereits in der Produktionsthätigkeit mit inbegriffen sein, es muss Theil derselben sein und eintreten, bevor sie abgeschlossen ist: es kann nicht genügen, dass der Produzent die Nebenstoffe nicht benutzt: er muss ein Ergebniss herstellen, das ohne diese Nebenstoffe besteht.

Dagegen wäre es unstatthaft, so zu produziren, dass der patentwidrige Nebenstoff oder der patentwidrige Nebenprozess in das Verfahren einwirkt und einen wirksamen Bestandtheil des Hauptverfahrens bildet. Sollte dies auch dem Produzenten unerwünscht sein, sollte es ihm lieber sein, ohne dieses Zwischenglied zu schaffen und dessen Einwirkung durch etwas Anderes zu ersetzen: solange er durch dieses Zwischenglied und mit Hilfe desselben schafft, greift er in das Patent ein, wie ein jeder, der ein patentirtes Verfahren oder einen patentirten Stoff als Zwischenglied seines Verfahrens benutzt — auch wenn er ihn gegen seinen Willen benutzen muss, weil er keinen anderen Weg kennt.

So wenn z. B. ein Patent besteht, um Fluorwasserstoff bei der Alkoholbildung zu verwenden und Jemand etwa den Fluorwasserstoff anwendet, um die Gefässe zu reinigen, und wenn dann an den gereinigten Gefässen etwas Fluorwasserstoff hängen bleibt, der bei der Alkoholbildung die im Patente bezeichnete Einwirkung ausübt: hier liegt eine Verletzung des Patentrechts vor.

Ebenso wenn etwa ein Verfahren zum Bestreichen von Maschinen patentirt wird, um die Reibung zu verhüten, und Jemand es bei seiner Maschine anwendet, um das Rosten zu verhindern, aber doch so, dass hierbei auch der Erfolg der Reibungsverhütung mit erreicht wird.

Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde es genügen, irgend eine zweite technische Folge eines patentirten Verfahrens darzulegen, um dem Patente zu entgehen, weil man die Hauptabsicht darein setzte, diesen anderen, zweiten Erfolg zu erzielen.

Wohl aber muss die Erfindungsausführung stets eine active Veranstaltung sein; ein Erfindungsgebrauch liegt nicht vor, wenn man die Natur gewähren lässt, — sollte auch die Natur von sich aus gewisse Prozesse erzeugen, auf welche mit Vorbedacht die Erfindung gerichtet ist.\*) Nicht selten besteht die Erfindung nur in der Förderung gewisser Naturvorgänge; das Waltenlassen dieser Naturvorgänge ist frei und nur die eigenartige Weise, wie der Erfinder sie herbeiführt oder unterstützt und steigert, ist dem Patente verfangen. Ein jedes Oeffnen des Fensters bewirkt in der Luft eine Menge reinigender Vorgänge, welche ähnlich wirken wie ein bazillentödtender Ozonerzeuger. Mag ein solches Mittel hundertfach patentirt sein, Niemandem ist es darum verwehrt, das Fenster zu öffnen und Sonne und Aussenluft wirken zu lassen; ebenso wie es Niemandem verwehrt ist, seinen Regenschirm trocknen zu lassen, wenn etwa auch ein besonderes Trockenverfahren hierfür patentirt worden wäre, welches auf dem gleichen Principe beruht.

Das im Patentrecht enthaltene Verbot kann immer nur den Zwang enthalten, etwas nicht zu thun, aber nicht den positiven Zwang, Gegenstände zu zerstören oder der Natur eine Gegenaktion zu bereiten. Allerdings gibt es scheinbare Ausnahmen, wie das soeben (S. 427) Entwickelte zeigt; aber dieses sind nur scheinbare Ausnahmen, denn in der That handelt es sich dort nicht um Naturprozesse, sondern um Prozesse, welche durch die Produktions-thätigkeit erregt werden, wobei es dann allerdings gleichgültig ist, ob man sie absichtlich erregt oder unabsichtlich; wesentlich ist aber, dass sie nicht durch die Natur erscheinen, sondern die Folgen produktiver Thätigkeit sind.

In einem Falle allerdings kommt es nicht in Betracht, ob die Natureinwirkung durch menschliche Thätigkeit veranlasst worden ist, sofern nämlich ein menschliches Thun vorhergeht, das altgewohnt ist; in diesem Falle gilt die sich daran anschliessende Naturfolge nicht als Folge dieses Thuns: sie ist Naturfolge, Folge des menschlichen Nichtthuns.

Die Frage, ob Thun oder Nichtthun, kann überhaupt nicht abstrakt, sondern nur mit Rücksicht auf den jeweils üblichen Gebrauch entschieden werden. Hätte man keine Häuser, so gäbe es auch keine Fenster; gebrauchte man keine Regenschirme, so könnten sie auch nicht trocknen. Und ebenso verhält es sich, wenn Jemand sein Schiff in die See stechen lässt: wenn in solchem Falle durch die Verbindung mit dem Seewasser am Schiffskörper gewisse Prozesse entstehen und vortheilhafte Veränderungen eintreten, so darf trotzdem Jeder sein Schiff in die See schicken, auch wenn

\*) Z. f. gewerbl. Rechtsschutz II S. 201 (Erfindungsgebrauch und Passivität). Die Frage ist ähnlich, wie die S. 197 f.

ein Patent darauf besteht, gewisse Stoffe dem Wasser zu entnehmen und sie mit dem Schiffskörper zu verbinden: hier kann überhaupt nur das besondere Verfahren oder die besonders gesteigerte Verbindung patentirt sein. Und es wäre in diesem Falle nicht etwa so, dass bloss wegen mangelnder Neuheit ein auf Weiteres gehendes Patent nichtig wäre; auch wenn etwa ein verfehltes Patent derart durch 5jährige Frist unanfechtbar würde, kann es nicht durchschlagen, weil es sich in diesem Falle nicht um einen Gebrauch der Erfindung, sondern um eine blosser Passivität handelt; da das Inseestechen der Schiffe etwas Althergebrachtes ist, so ist die Einwirkung des Seewassers nicht etwas durch menschliche Thätigkeit Herbeigeführtes, sondern etwas von der Naturgewalt Geleistetes, das man lediglich auf sich wirken lässt, bezüglich dessen man nicht als aktiver Veranlasser zu betrachten ist: das Patent, auch das unanfechtbare Patent, kann aber nur den Erfindungsgebrauch decken, nicht die Passivität.

Und ebenso, wenn etwa ein Verfahren darin bestände, in die Gefässe Staub zu legen, der dann chemisch oder physikalisch thätig wäre: hier wäre es keine Ausführung des Erfindungsgedankens, wenn Jemand mit Gefässen arbeitete, die nicht abgestaubt wären und in Folge dessen etwas Staub an sich trügen; nur wenn man die Gefässe absichtlich verstauben liesse, läge ein Eingriff in das Erfinderrecht vor. Im ersten Falle würde man die Gefässe benützen, wie man sie von jeher benützte, mehr oder minder rein (wobei es ein Naturvorgang ist, dass sie nicht sauber sind); im anderen Falle würde man mit Staub gefüllte Gefässe und somit den Staub benützen und hierdurch in das Erfinderrecht einbrechen.

Anders, wenn ein Gebrauch nicht hergebracht, sondern neu ist; dann liegt eine Benutzung der Erfindung vor, auch wenn die Benutzung wider Willen geschieht, auch wenn ein neuer Erfinder seinen Gedanken nicht ausführen kann, ohne dass zugleich die in der patentirten Erfindung enthaltenen Prozesse wirken: so, wenn man die neue Erfindung nicht benutzen kann, ohne dass in den Gefässen gewisse, die Entwicklung fördernden Erscheinungen vor sich gehen, welche Gegenstand eines alten Patentes sind; wenn man auch auf diese fördernden Erscheinungen verzichtete, wenn sie auch nicht in der Absicht des Erfinders lägen: wendet man sein Verfahren an und erzeugt man damit diese ihn fördernden Prozesse, so greift man in das fremde Recht ein. Hier kann es von Vortheil sein, wenn es gelingt, einzugreifen und diese in der älteren Erfindung enthaltenen Vorgänge im Keime zu ersticken oder doch wenigstens ihren Erfolg zu zerstören, bevor sie in das Verfahren eintreten; hier wäre der Fall gegeben, wo ein Thun in der That ein Nichtthun ist, indem es ein Thun, das sich entwickeln

würde, erstickt und in die Passivität drängt — wie dies bereits oben (S 427) entwickelt worden ist.

Zur Erfindungsbenutzung gehört b) die Ausführung des Erfindungsgedankens; es gehört hierzu nicht die Veräusserung desselben. Die Erfindungsbenutzung besteht gerade darin, dass man das Recht behält und innerhalb des Rechts Industrie- oder Verkehrsakte vornimmt. Wer aber sein Recht überträgt, der wendet es von sich ab und benutzt es nicht.

Davon wird noch unten die Rede sein.

Zur Benutzung der Erfindung gehört aber c) die Ausführung des technischen Erfindungsgedankens zur Erreichung irgend eines socialmenschlichen Zweckes (oben S. 121 f.); wobei es gleichgültig ist, ob der Zweck mit demjenigen, den sich der Erfinder vorsetzt, identisch ist. Benutzung liegt auch vor, wenn man die Erfindung zu ganz anderen Zwecken benützt, auch zu solchen, die dem Erfinder ganz ferne lagen; auch zu solchen, die der Erfinder gar nicht erkannt hat; auch zu solchen, die der Erfinder gar nicht erzielen könnte. Denn ein Erfinderrecht umfasst die Erfindung für alle socialmenschlichen Zwecke, und wer neue Zwecke erkennt und sie verwirklichen will, hat darum beim Patentberechtigten um die Lizenz nachzusuchen; ganz ebenso, wie Jemand, der ein Gebäude zu 10fach grösserem Nutzen verwenden kann, als der Eigentümer (der es vielleicht leer stehen lässt), sich nicht in dem Gebäude niederlassen kann, ohne von ihm mindestens das Miethbenutzungsrecht erworben zu haben.\*)

Wohl aber muss die Benutzung eine Verwendung des Erfindungsergebnisses zu einem der Erfindung entsprechenden Zwecke sein. Daher ist das Erproben, das Demonstriren einer Erfindung keine Benutzung, sofern nur die etwaigen Resultate vernichtet und nicht weiter in den Verkehr gesetzt werden — wer erprobt, benutzt nicht; anders natürlich die Benutzung der Erfindung zum Zwecke der Erprobung des mit der Erfindung gewonnenen Stoffes; wer das stoffliche Resultat der Erfindung im Gewerbe herstellt, um es dann zu erproben, der benützt die Erfindung, er benützt sie gewerblich: es ist ebenso wie wenn Jemand ein Schauspiel zu dem Zwecke öffentlich aufführt, um zu constatiren, wie es auf das Publikum wirkt. Wer Stoffe zum Erproben haben will, soll sie vom Erfinder beziehen.\*\*)

Dies um so mehr, wenn Jemand die Waare in erster Reihe für die gewerbliche Veräusserung produziert, sich aber dabei vorbehält,

---

\*) Es ist auch im Autorrecht eines der gewöhnlichsten Missverständnisse, dass man glaubt, ein Dritter sei berechtigt, vom Autorwerke einen Gebrauch zu machen, der dem Autorberechtigten nicht zustehe oder doch unzugänglich sei! Hiergegen vgl. Gewerbl. Rechtsschutz IV S. 151 f.

\*\*\*) Studien in Grünhut XXV S. 216. Vgl. auch L.G. Berlin I vom 14. November 1881 Patentbl. 1882 S. 35.

sie zu veräußern oder nicht zu veräußern, je nachdem sie sich für das Volk eignen wird; dies ist eine wirthschaftliche Ausführung, denn eine solche ist auch dann gegeben, wenn man sich vorbehält, die Produkte nur nach Auswahl und Ermessen zu veräußern: dann liegt eben die vorbedachte Produktion eines Vorraths vor, aus dem man sich die einzelnen Veräußerungs-sachen herauslesen will; auch das ist aber ein gewerbliches Bedürfniss, einen Vorrath zu haben, den man eventuell angreifen, eine Waare zu besitzen, die man unter besonderen Umständen an das Publikum bringen kann. Erproben ist hier nur ein unrichtiger Ausdruck für „nach Probe“, d. h. nach Auswahl veräußern.

Noch uneigentlicher wäre der Ausdruck Probe dann, wenn man eine Maschine im Geschäfte benützt zu allen geschäftlichen Zwecken; wenn man es aber thut, um zu sehen, ob man mit dieser Maschine weiter produziren wird, oder mit einer anderen. Hier wird die Maschine nicht erprobt, sondern benützt, und man behält sich nur vor, sie weiter zu benützen oder nicht, je nachdem sie sich bewährt oder „erprobt“. Dies ist um so sicherer: denn es wäre ja eine Benützung, wenn man von vornherein die Maschine nur für einen geringen Zeitraum, z. B. nur für einen bestimmten Nothfall und, solange er dauert, benützen wollte.\*)

Noch uneigentlicher endlich ist der Ausdruck Probe, wenn die Benutzung der Erfindung darin besteht, dass sie es ermöglicht, Stoffe zu erproben, mag dies ihre einzige oder doch eine der Benutzungsweisen sein: hier wird ja nicht die Erfindung erprobt, hier wird die Erfindung benützt, um gewerbliche Erzeugnisse anderer Art zu erproben. Dieses Erproben anderer Dinge ist natürlich ein sehr wichtiger gewerblicher Zweck.\*\*)

Dagegen wäre es keine Erfindungsausübung, wenn man etwa die erfundene Sache nicht in einer der Erfindung, d. h. der Lösungsidee entsprechenden Weise benützte, sondern lediglich als körperlichen Gegenstand mit Körpereigenschaften, die er mit anderen Dingen gemein hat. Es wäre keine Erfindungsbenuztung, wenn Jemand eine neuerfundene Geige als Spule und Garnwinder gebrauchte oder neu erfundenes Schreibpapier makulirte oder mit einer neu erfundenen Presskohle sein Zimmer dekorirte. Und ebenso wäre es keine Erfindungsbenuztung, wenn Jemand einen patentirten Aufzug verwenden wollte, um den aufgezogenen Fabrstuhl schnell herauf- und herunterzulassen und durch sein Gewicht Gegenstände zu verkleinern. Das

\*) Vgl. Appellhof Douay vom 25. Juli 1892, Dalloz 92 I p. 92.

\*\*) Vgl. Cass.-Hof Paris vom 24. November 1883 Propr. ind. V p. 99, 101.

wäre Benutzung der körperlichen Sache, allein nicht der darin enthaltenen Erfindung.

## B. Gewerbliche Benutzung.

### 1. Begriff der Gewerblichkeit.

#### § 172.

Das Patentrecht erfasst nur diejenige Erfindungsbenutzung, die über den Kreis des Privaten hinausgeht; es umfasst nur die gewerbliche Benutzung (§ 4 P.G.). Diese Beschränkung auf die Gewerblichkeit beruht auf der richtigen Abgränzung zwischen den Gebieten, in die das Recht einwirken soll, und den Gebieten, die der Innerlichkeit des Individuums angehören und darum der rechtlichen Nachforschung und Kontrolle entzogen sein sollen. Kein Recht ohne die Möglichkeit der Kontrolle, ohne die Möglichkeit einer gewissen zwangsweisen Durchführung. Es geht nun aber nicht an, das subjektive Recht eines Einzelnen so zu steigern, dass es hinein bis in die Sphäre des privaten Haushaltes, bis in das Heiligthum der Familie reicht. Das würde zu einer polizeilichen Ausforschung des Innenlebens führen, welche in keiner Weise dem gesunden Trieb menschlichen Wirkens entspräche. Das würde aber auch noch nach anderer Seite zu weit gehen: ein jeder Inhaber eines subjektiven Rechtes muss es dulden, dass dessen Strahlen in fremdes Rechtsgebiet fallen oder dass Keime davon fremdes Vermögen befruchten. Dies beruht auf den Bedürfnissen des socialen Lebens, es gehört zu den Bedingungen unseres gemeinschaftlichen Daseins; wer sich diesen Bedingungen nicht unterwerfen will, soll die Menschheit verlassen und in die Wüste gehen. Es ist darum auch schon an sich kein unbilliges Verlangen an den Erfinder, dass er sein Recht nicht soweit steigern darf, dass er die private Benutzung verböte. Mag der Einzelne sich an des Andern Idee erlaben, — doch das Gebiet des Gewerbes soll dem Erfinder und nur ihm zustehen; denn das Gewerbe hat keinen Anspruch auf unentgeltliche Hülfeleistung: im Gewerbe lebt der Egoismus, und dem Egoismus Anderer braucht der Erfinder nicht zu zinsen.

Daraus folgt der Satz:

Die häusliche Benutzung einer Erfindung ist erlaubt, die gewerbliche aber fällt unter das aus dem Erfinderrecht entspringende Verbot.\*)

\*) So unzählige Entscheidungen in den Rechten der Kulturvölker; z. B. französische Urth. in der Pand. franç. Nr. 5136 ff. Für Deutschland namentlich R.G. vom 17. Januar 1895, Entsch. in Strafs. XXVI S. 377 (= Bl. f. Patentw. I S. 201).

Der Begriff gewerblich oder gewerbsmässig im Erfinderrecht (§ 4 P.G.) aber deckt sich nicht mit dem handelsrechtlichen Gewerbebegriff. Dies sollte selbstverständlich sein, und doch wird es oft missverstanden. Er deckt sich nicht, weil eine Patentausführung sich nur sehr theilweise in der Sphäre des Handels bewegt; nur soweit aber, als die Patentausübung durch Handel stattfindet, ist es gerechtfertigt, den die Thätigkeit auszeichnenden und aus dem Kreis des Privaten ausscheidenden Begriff des Gewerbes nach handelsrechtlichen Grundsätzen zu fassen. Wenn ich eine Maschine benütze, eine Lampe brenne, einen Ofen heize oder eine Geige spiele, so ist die Frage, wo meine Thätigkeit den Kreis des Privaten aufgibt und in das Gewerbe übergeht, gewiss ganz anders zu beurtheilen, als wenn es sich darum dreht, dass ich Kohlen verkaufe oder mit Glühstrümpfen handle\*)

Noch weniger kann die Abgränzung den Bestimmungen der Gewerbeordnung entnommen werden; denn es sind wesentlich polizeiliche Gründe, es sind Gründe der Ueberwachung und Kontrolle, es sind auch Gründe der besonderen Behandlung des Hilfspersonals, welche die Gesetzgebung veranlassten, gewisse Thätigkeitsformen der Gewerbeordnung zu unterstellen, gewisse andere nicht.

Wir müssen daher den Begriff des Gewerbes für das Patentwesen selbstständig suchen: es würde allen Regeln der Rechtsbehandlung widersprechen, wollte man das Wort „Gewerbe“ nicht nach Sinn und Bedeutung der Materie auffassen, um die es sich handelt. In dieser Beziehung hatte auch ich mich früher von der veralteten Auslegungsweise leiten lassen. Die richtigen Grundsätze habe ich neuerdings in meinen Studien gegeben.\*\*)

Gewerbe im Sinne des Patentwesens bedeutet eine regelmässige Thätigkeit, die auf eine Vielheit von Personen angelegt ist.\*\*\*) Andere Gesetzgebungen haben, um dies auszudrücken, das Wort „betriebsmässig“ angenommen. Aber auch hier gilt der Satz, dass Worte des Gesetzes jeweils im Sinne des einzelnen Institutes aufzufassen sind, zu dessen Charakterisirung sie dienen sollen.

Zunächst ist Folgendes zu konstatiren: gewerbsmässige Benutzung ist im Sinne von gewerblicher Benutzung zu verstehen. Gewerbsmässig trägt in sich die Färbung, als ob die Erfindungsbenuztung Gegenstand des Gewerbes sein müsse, während

\*) Dass man ohne Weiteres den Gewerbebegriff des Handels auf die dem Handel vielfach ganz abgewendete und ganz anderen Zielen zustuernde Erfindungsausübung hat anwenden wollen, zeugt von dem Hauptfehler unserer Jurisprudenz, der die grösste Analogie zu einem Fehler der Industrie zeigt: von unrichtiger Uebertragung.

\*\*\*) Studien in Grünhut XXV S. 209 ff. Vgl. auch E. Katz und Seligsohn, Z. f. gew. R. III S. 169 ff., 171 ff.

\*\*\*\*) Vgl. darüber ausführlich Studien in Grünhut XXV S. 209 ff.

es doch genügt, dass die Erfindungsbenutzung beim Gewerbe stattfindet und zu seiner Förderung und Unterstützung dient. So ist die Benutzung eines Electricitätserzeugers gewerblich, nicht nur, sofern hiermit die Fabrikmaschinen betrieben, sondern auch, sofern damit die Lampen gespeist werden, die den Fabrikbetrieb beleuchten sollen, oder sofern er die Wärme hervorbringt, damit die Arbeiter existiren können. Und ebenso wird eine Badeeinrichtung gewerblich benützt, nicht nur in einem Luxusbad, wo sich die vornehme Welt zusammenfindet, sondern auch in einer Fabrik, wo die Fabrikarbeiter vor oder nach der Fabrikthätigkeit sich reinigen sollen. Und eine Ventilation wird nicht bloss in einer Luftkuranstalt gewerblich benützt, sondern auch in einem Café oder Concertsaal.\*)

Gewerbsmässig = gewerblich bedeutet also nicht bloss = Gegenstand eines Gewerbes, sondern auch = Beihülfe bei und in dem Gewerbe. Daraus ergibt sich von selbst: ist die Gewerblichkeit eines Thuns festgesetzt, so ist die Benutzung einer Erfindung bei diesem Thun eine gewerbliche, auch wenn sie nur ein einziges Mal stattfindet; denn sie findet statt zur Beihülfe des Gewerbes, und alles, was das Gewerbe unterstützt, nimmt an der Natur des Gewerbes theil.

Im übrigen gelten für das Gewerbe im patentrechtlichen Sinne folgende Sätze:

1. das Gewerbe verlangt eine gewisse Regelmässigkeit und Folgerichtigkeit des Wirkens; mindestens muss eine solche beabsichtigt sein. Die menschliche Thätigkeit ist entweder eine Thätigkeit des augenblicklichen Zeitpunktes oder eine auf Nachhaltigkeit angelegte, von einem auf Nachhaltigkeit gerichteten Entschlusse getragene. Letzteres ist der Fall beim Gewerbe.

Die Regelmässigkeit braucht keine mechanische Zeitregelmässigkeit zu sein: eine solche würde auch nicht einmal immer genügen; sondern es muss eine den Anforderungen eines durchgebildeten Betriebsgedankens entsprechende innere Regelmässigkeit sein, wornach man wiederkehrend in geeignet scheinenden Zeitpunkten Thätigkeiten vollzieht, die innerhalb eines gewissen Kreises liegen und einheitliche Zwecke verfolgen.

Zum Gewerbe im Sinne des Patentrechts gehört aber 2. ein regelmässiges Thun gegenüber einer Vielheit von Personen. Der Begriff Gewerbe ist daher weiter und enger, als der Begriff im Gebiete der Gewerbeordnung. Die ärztliche Thätigkeit ist gewöhnlich keine gewerbliche im patentrechtlichen Sinne, die staatliche Thätigkeit dagegen, die einer Vielheit von Personen gegenüber stattfindet, ist eine gewerbliche in patentrechtlicher Be-

\*) Vgl. auch R.G. vom 31. März 1897 Bl. f. Patentw. III S. 148.

ziehung. Und so ist es daher selbstverständlich nicht gewerblich, wenn sich eine Thätigkeit in der Sphäre des Hauses hält: die Benützung eines Ofens, eines Kochtopfes, einer Waschmaschine in der Hauswaschküche, die Benützung eines Aufzugs im Privathaus, die Benützung einer Beleuchtungseinrichtung daselbst ist privat und nicht gewerblich.

Sie ist auch dann privat, wenn sie mittelbar dem Gewerbe zu gute kommt: privat ist die Einrichtung des persönlichen Arbeitszimmers, auch wenn der Gewerbetreibende hierin seine Hauptpläne entwirft, privat ist die Einrichtung und Beleuchtungsvorrichtung seiner Kutsche, auch wenn er darin seine Geschäftsfahrten macht. Auch was die Thätigkeit des Rechtsanwalts betrifft, so ist die Einrichtung der Räume, in denen er die Rechtssuchenden empfängt, eine private; privat ist auch, was er concipirt und sich vermerkt: ebenso ist die Thätigkeit des Arztes, wenn er in seinem Empfangszimmer die Leidenden untersucht, in dieser Weise privat. Anders, was beim Rechtsanwalt in der Schreibstube geschieht, anders wenn der Arzt eine Anstalt, eine Klinik hat, welche auf Massenbetrieb angelegt ist; anders die Benützung der Dinge im Gast- und Speisehaus,\*) die Benützung eines Ofens oder Gasbrenners im Laden,\*\*) einer elektrischen Einrichtung in der Fabrik, eines Schutzdaches im Biergarten; anders die Benützung einer Gasleitung oder eines Gasbrenners oder einer Glühvorrichtung zur Beleuchtung öffentlicher Strassen, zur Beleuchtung öffentlicher Anstalten, namentlich der Erziehungs- und Versuchsanstalten, oder zur Beleuchtung eines Gefängnisses; anders die Benützung einer elektrischen Vorrichtung zur Beleuchtung der Bahnhöfe, zum Dienst in einer staatlichen oder privaten Ausstellung.

Hiernach ist auch zu beurtheilen, ob die Benützung in der Landwirthschaft eine gewerbliche ist: sie ist es ohne Zweifel, es müsste denn sein, dass der Landwirth in dieser Beziehung bloss für den eigenen Bedarf, für den Bedarf seines Hausstandes produzierte: was für den Hausstand erzeugt wird, ist privat und gehört der Sphäre des Hauses, nicht des Verkehrs an; wenn aber der Landwirth auch nur einiges von seinen Waaren verkauft, so liegt

\*) So z. B. die Benutzung einer Bierpumpe; vgl. die [vielen Entscheidungen bei Mainié nr. 2461.

\*\*) So neuerdings in zahlreichen Auerprozessen entschieden: Appellhof Poitiers 21. Mai 1897, Appellhof Toulouse 18. Dec. 1897, Trib. Nimes 21. Dec. 1896, Trib. Amiens 6. Juli 1897, Trib. Marseille 9. Juli 1897, Trib. Grenoble 21. August 1897, Trib. Valence 12. Nov. 1897, sämmtlich in Pataille 1897 p. 298 ff. Anders haben in der gleichen Frage belgische Gerichte erkannt: sie nahmen an, dass die Benutzung eines Beleuchtungsmittels in einem Laden keine gewerbliche sei, wenn die Beleuchtung nicht selbst Sache des gewerblichen Betriebes ist, sondern nur dazu dient, den Laden zu erhellen und die Waaren zu weisen; so Appellhof Brüssel 29. Juli 1895 und Cass. Hof Brüssel 5. Nov. 1896, Pasir. B. 96 II p. 241, 97 I p. 7.

Gewerbmässigkeit vor, es müsste denn sein, dass der Verkauf nur ausnahmsweise und aussergewöhnlich erfolgte.\*) Gewerblich ist natürlich besonders auch eine mit der Landwirthschaft verbundene Brennerei, gleichgültig, ob sie zum Handelsregister eingetragen ist oder nicht.\*\*)

Das Gewerbe verlangt 3. keine Gewinnabsicht in dem Sinn, dass aus dem Ergebniss ein Reingewinn entspringen soll: Gewerbe liegt auch vor, wenn Jemand eine regelmässige Thätigkeit vollzieht, um einen Wettbewerber zu Grunde zu richten; es verlangt auch keine Gewinnabsicht im Sinne des Egoismus: Gewerbe ist auch dann gegeben, wenn es betrieben wird aus philanthropischen Gründen und wenn der Gewinn sofort in eine öffentliche Kasse fiesst.\*\*\*)

Das Gewerbe im patentrechtlichen Sinne setzt aber nicht einmal einen Gewinn in dem Sinne voraus, dass die Organisation auf Erreichung von möglichst viel Einkommen mit möglichst geringen Auslagen abzielt; Gewerbe im patentrechtlichen Sinne liegt selbst dann vor, wenn bei der Art der Anlage des Ganzen wesentlich andere Ideen obwalten; der Gewerbebetrieb umfasst darum insbesondere auch philanthropische Einrichtungen für das Publikum, z. B. ein Krankenhaus, eine öffentliche Wandelhalle für Leidende, eine öffentliche Wärmeanstalt, eine Volksbibliothek, eine öffentliche Arbeitsnachweis-, eine öffentliche Vermittlungsstelle.

Daraus entwickelte sich das Princip: die Benutzung einer Staatsanstalt ist gewerblich, gleichgültig ob der Staatsbetrieb einen privaten Betrieb ersetzt, oder nicht, gleichgültig ob die betreffende Funktion irgendwie der privaten Thätigkeit unterliegen könnte.†) Ob der Staat ein Gewerbe für sich monopolisirt oder ob er eine Thätigkeit wegen der Bestimmung und Aufgabe des Staates als ausschliessliche Staatsthätigkeit erklärt, kann für das Patentrecht nicht in Betracht kommen; der Staat kann nicht darum eine Befreiung vom Patentrecht begehren, weil er allein berechtigt ist, Strafanstalten zu unterhalten oder Strafgerichte einzusetzen; er kann ebensowenig hier eine Ausnahmestellung begehren, als wenn er für sich allein das Recht beanspruchte, Heilanstalten oder

\*) Der französische Cass.Hof hat 28. Juni 1844 Sirey 44 I p. 795 und 12. Juli 1851 Sirey 52 I p. 145 entschieden, dass der Gebrauch in der Landwirthschaft nicht gewerblich sei. Das ist, wie gezeigt, nur theilweise richtig.

\*\*\*) Man vgl. auch Appellhof Bourges 25. April 1868, Pataille 1869 p. 267.

\*\*\*) Die handelsrechtlichen Erörterungen und Entscheidungen darüber können als bekannt gelten; in dieser Beziehung darf das Handelsrecht herangezogen werden.

†) Entscheidungen, wie R.G. 13. Januar 1896, 27. Februar 1896 Entsch. XXXVII S. 295, 297 u. a. kommen daher für unsere Frage nicht in Betracht.

Armenpflegeeinrichtungen zu schaffen oder wenn er allein das Postwesen oder die Unfallverhütungsvorrichtungen für sich in Beschlag nimmt. Die Ausscheidung der Staatsaufgaben von denen der Privatthätigkeit, die Uebernahme und ausschliessliche Uebernahme von Fürsorge-, Wohlfahrts-, Gerechtigkeitsunternehmungen ist eine stets wechselnde und wandelbare: sie ist abhängig von der Macht und den Mitteln des Staates, abhängig von dem Grade des Bedürfnisses, abhängig von der Ausdehnung und Initiative der Privatindustrie, abhängig von der Verfassung des Staates und von den Anschauungen der Zeit, in der sich solche Einrichtungen bilden. Gegen allen Sinn wäre es nun, dem Patentberechtigten alle seine Rechte zu entziehen, wenn ein Gewerbe der staatlichen Thätigkeit überantwortet ist, und sein Recht dem Privatgewerbe gegenüber fortdauern zu lassen. Einer solchen Behandlung widersprechen alle Zwecke des Patentrechts und alle Anforderungen der Gerechtigkeit. Es wäre völlig gegen den Sinn der Sache, etwa eine vom Staat in öffentlicher Wandelhalle benützte Heizungsvorrichtung dem Patentrecht zu entziehen, dagegen eine solche dem Patentrecht unterthänig und dienstbar zu machen, wenn eine derartige Wandelhalle auf Privatunternehmung beruht. Und wenn sich etwa Personen gewerbmässig als Schiedsrichter aufthäten, so würde sicher eine in den Räumen des Schiedsgerichts gebrauchte Heizanlage dem Patentrecht verfallen; warum sollte dies nicht der Fall sein, wenn Räume staatlicher Rechtspflege, wenn der Sitzungssaal eines Schwurgerichts oder einer Civilkammer in Betracht kommt? Warum sollte die Benutzung eines musikalischen Instruments durch ein Privat-orchester gewerblich sein, und nicht die Benutzung durch ein Militär-orchester?

Und so versteht sich von selbst, dass die Benutzung einer Erfindung in Produktionsstätten des Staates, wie in einer Pulverfabrik, oder auf staatlichen Werften in die Sphäre des Patentbesitzes gehört; ebenso aber auch die Benutzung in einer staatlichen Verkehrsanstalt, wie Post und Telegraph; ebenso aber auch die Benutzung in einer wohlthätigen und lebensfürsorglichen staatlichen Einrichtung, wie in Krankenhäusern und Erziehungsanstalten; ebenso endlich die Benutzung in einer Gerechtigkeits- und Verwaltungsanstalt des Staates.

4. Das Gewerbliche im Patentrecht wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, dass eine auf das Grosse angelegte Thätigkeit sich im Kreis einer Wirthschaft vollzieht und erst indirekt in späteren Resultaten zu Tage tritt. Eine Gewerblichkeit liegt daher auch dann vor, wenn etwa der Staat selbst einen Steinbruch betreibt, um daraus die Steine für seine Dombauten zu entnehmen, oder wenn eine Stadt ein Kohlenbergwerk betreibt, um daraus die Kohlen für ihre Gasanstalt zu gewinnen. Was in anderen Beziehungen gilt, um die Gewerblichkeit hier abzustreifen, hat auf

das Patentrecht keinen Bezug; denn sonst stände es im Belieben grosser Unternehmungen, dem Patenzwang dadurch zu entgehen, dass sie die zur Produktion erforderlichen Zwischengewerbe selbst betrieben.

Gewerblich ist es daher insbesondere auch, wenn etwa Nebenproduktionen geschaffen werden, um die nöthigen Waaren für die Arbeiter herzustellen.\*)

Das Gewerbe braucht 5. kein Grossgewerbe zu sein; es genügt die Gewerblichkeit des Handwerkers, es genügt die Gewerblichkeit der s. g. Minderkaufleute, es genügt die Gewerblichkeit in der Hausindustrie. Hier muss nun allerdings folgende Beschränkung gelten: gewerblich ist natürlich der Gebrauch des gewerblichen Verfahrens und der gewerblichen Vorrichtungen. Wenn aber im übrigen die Produktion nicht in besonderer Werkstätte, sondern in häuslichen Räumen stattfindet, so ist das, was zur Ausstattung dieser häuslichen Räume dient, nicht gewerblich, wenn es auch dem Gewerbe mittelbar zu Gute kommt. Es gilt hier das oben S. 435 Entwickelte. Das Brennen einer Auerflamme in der Werkstätte ist gewerblich, nicht aber in der Stube der Schneiderin, wenn sie darin wohnt und darin auch zugleich für ein Bekleidungs-geschäft arbeitet.

## 2. Wirkungskreis des Gewerbes.

### § 173.

Die Gewerblichkeit (§ 4 P.G.) gehört hierher ohne Rücksicht auf die Stellung des Gewerbes im Wirthschaftsleben. Es gehört hierher die Rohproduktion, der Ackerbau, die Waldkultur, der Bergwerksbetrieb; daher auch ein Verfahren zur Vertreibung der Reblaus oder Blattlaus, zur Vertilgung der Feldmäuse, oder der Gebrauch einer Säe- oder Mähmaschine; daher auch der Gebrauch einer Lufterneuerung oder Sicherungsvorrichtung im Bergwerk, ein Verfahren zur Entdeckung von Erzen, Sprengvorrichtungen hierbei: alles dieses unterliegt dem Patentrecht.

Ebenso auch eine landwirthschaftliche Methode z. B. eine Methode, um bessere Baumrinde zu erzielen, eine Methode, um das Regenwasser vortheilhafter zu verwenden, eine Methode der Bewässerung,\*\*) eine Methode der Düngung, eine Art der Bodenmischung für den Gartenbau, eine Methode des Pfropfens u. a.; auch eine Methode, um Wasserquellen aufzufinden, und die dazu gehörigen Geräthe. Nur muss es eine ausgebildete Methode sein, nicht bloss eine allgemeine Anweisung; denn eine Aufstellung leitender Gesichtspunkte, die höchstens der subjectiven Einsicht zu Gute

\*) Blanc, contrefaçon p. 617 f.

\*\*\*) Vgl. amerikan. Patentcommissioner 18. November 1876 Off. Gaz. X 869.

kommen und nach Art der individuellen Umstände so oder anders zu bewerthen sind, ist keine Erfindung, aber dies desshalb, weil die Idee der nöthigen Geschlossenheit entbehrt, wovon früher (S. 133 f.) gehandelt wurde.

Allerdings kommen dabei die obigen allgemeinen Grundsätze mit in Betracht, und hiernach wird natürlich zu beurtheilen sein, inwiefern die Landwirthschaft gewerblich, inwiefern sie nicht gewerblich (weil bloss für den Privatbedarf bestimmt) ist.

Patentirbar ist auch ein Verfahren der künstlichen Züchtung, z. B. eine Methode der Austernmast, eine Methode der künstlichen Brütung, eine Methode der künstlichen Zucht der Seidenraupen u. s. w., während allgemeine Anweisungen über die beste Racenmischung nicht unter die Sphäre des Patentschutzes fallen.

Vor allem aber gehört hierher das Gewerbe der Stoffverarbeitung, die physikalische wie chemische Industrie: was in Hüttenwerken, in Spinn- und Webereien, in Farbenfabriken gebraucht wird an Wärme-, Licht-, Förderungseinrichtungen, an Geräthen und Maschinen, an Verfahrensweisen, an Arbeitsmaterial gehört hierher; es gehört hierher, was eine Bierbrauerei, eine Schaumweinfabrik an Einrichtungen, Maschinen, Gährungs-, Süssungsmethoden u. s. w. bedarf. Es gehört in allen Fällen nicht nur dasjenige hierher, worin die Eigenart des Verfahrens liegt, sondern alles, was zur Unterstützung und Erleichterung des Verfahrens benützt wird.

Auch die Verarbeitung der Stoffe bei Behandlung von Liegenschaften, gehört hierher: so die Stoffarbeit im Gewerbe des Architekten, Baumeisters, Mauerers, Zimmermanns.\*)

Ebenso die Beförderungsindustrie: eine Methode der Verpackung, eine Einrichtung der Eisenbahnwagen, der Locomobilen, ein Apparat zur Garantie der Sicherheit, Regelmässigkeit, Pünktlichkeit der Geschäftsabwicklung. Ferner was den Postverkehr anbetrifft: eine Briefbeförderung durch Luftdruck, eine Methode, um Briefmarken zu kassiren; ebenso die Einrichtungen des Fernschreibens und Fernsprechens (abgesehen von den Fällen, wo sich der Nachrichtenverkehr innerhalb des häuslichen Kreises hält). Dabei ist es gleichgültig, ob die Beförderung von Privaten oder vom Staate betrieben wird, ob sie des Privatvortheils halber erfolgt, oder ob das öffentliche Interesse überwiegt oder allein entscheidend ist.

Das Gleiche gilt von der kaufmännischen Thätigkeit, soweit sich diese der Erfindung bedient; also was Beleuchtung, Heizung, Beförderung, Aufzugsapparate, Geräte und Methoden

\*) Vgl. auch O.L.G. Hamm 22. Juni 1897 Gewerbl. Rechtssch. III S. 19.

der Waarensicherung und Waarenaufbewahrung, Vorrichtungen zur Aufsichtung der Geschäftsbriefe betrifft.)\*

Allerdings walten auch hier die allgemeinen Regeln, und insbesondere kommt nur in Betracht, was einen ausgesprochenen Erfindungscharakter hat, also nicht eine besondere Methode der Arbeitstheilung, eine Methode der Ablösung des Personals, eine Methode der richtigen Verwendung jugendlicher Kräfte, alles dieses aus dem oben S. 111 angeführten Grund.

Ebenso verhält es sich mit der Gewerblichkeit des Gastwirths, mit den Apparaten des Gasthauses, der Hotelküche, mit den Einrichtungen eines öffentlichen Tanzbodens, mit der Gewerblichkeit, die sich in sonstigen Vergnügungsräumlichkeiten entwickelt, mit Promenaden, Wandelhallen, Badeanstalten; und dies gilt auch dann, wenn solche Anstalten oder Anlagen dem Publikum unentgeltlich preisgegeben sind, auch dann, wenn sie von Staat oder Gemeinde lediglich des öffentlichen Interesses willen angelegt und betrieben werden.

Darum gehört auch alles in dieses Gebiet, was von Oeffentlichkeits halber zur Anlage und Ausrüstung öffentlicher Wege und Plätze, zu ihrer Pflasterung, Reinigung, Beleuchtung, zur Wegankündigung, zur Zeitbezeichnung geschieht

Die künstlerische und wissenschaftliche Thätigkeit aber ist nur gewerblich, soweit sie ihren individuellen Charakter abstreift und dem Publikum gegenüber hervortritt. Schon oben ist hervorgehoben worden, dass die Thätigkeit des Arztes, soweit sie sich nicht zu einer Heilanstalt ausweitet, nicht als gewerblich im patentrechtlichen Sinne bezeichnet werden kann; eine Heilanstalt aber mit ihren Geräthen, Brausen, Elektrizitätserzeugern, mit ihren Augenspiegeln, Magenpumpen, Geburtszangen unterliegt dem Patentrecht.

Ähnliches gilt vom Schriftsteller und Künstler: der Schriftsteller als Schriftsteller handelt nicht gewerblich, gewerblich ist nur die Art der Vervielfältigung und Verbreitung seiner Werke; dasselbe, was den Künstler betrifft: der Maler und Bildhauer schafft nicht gewerblich, dagegen ist die Thätigkeit des Kupferstechers eine gewerbliche, ebenso die des Bronzengiessers, des für die Verbreitung arbeitenden Photographen; und ähnliche Unterschiede sind bei dem Musiker zu machen, der auf einem patentwidrigen Klavier komponiren, aber nicht concertiren darf; wie dies bereits anderwärts ausgeführt worden ist. Und ähnlich verhält es sich mit den privaten und öffentlichen Lehrern, gleichgültig, ob eine öffentliche Lehranstalt von Privaten oder von Staatswegen betrieben wird; so auch mit öffentlichen Kunstanstalten und der darin benützten Methode, z. B. den

\*) Unrichtig O.L.G. Naumburg 15. Dec. 1892 Patentbl. 1893 S. 230.

dabei benützten Trockenmitteln oder Modellirapparaten; so auch mit öffentlichen Versuchsanstalten und all ihre Methoden und Einrichtungen; so auch mit sonstigen öffentlichen Schulen und ihren Apparaten, ihrer Beleuchtung, Heizung, Lüfterneuerung. Und ebenso ist die Rechtslage anderer öffentlicher Anstalten, so der Anstalten der Justiz- und Verwaltung nach Massgabe des obigen Principis.)\*

Dasselbe gilt vom öffentlichen Spiel, dasselbe gilt von einer öffentlichen Aufführung eines Kunstwerks oder eines Schaustücks: die öffentliche Aufführung ist gewerblich, auch wenn sie nicht gegen Entgelt erfolgt; es kann also eine Patentverletzung darin liegen, dass bei einer unentgeltlichen Aufführung eine Kulisseneinrichtung oder eine Einrichtung der Skioptikons verwendet wird; ja auch darin, dass nur nebenbei die Beleuchtung oder Heizung des Saales in patentwidriger Weise erfolgt.

### C. Arten der gewerblichen Benutzung.

#### 1. Gebrauch.

##### § 174.

Der gewerbliche Gebrauch der Erfindung aber (§ 4 P.G.) ist, wenn die Erfindung eine Verfahrenserfindung ist, die Ausübung des Verfahrens, wenn sie eine Stofferverfindung ist, die Benutzung des Stoffes.

Das alte Patentgesetz beschränkte dieses Gebrauchsrecht auf Verfahren, Maschinen, Betriebsvorrichtungen, Werkzeuge und Arbeitsgeräte, schloss mithin die beim Verfahren verbrauchten Arbeitsstoffe aus; so wenn Jemand eine neue Art von Brennmaterialien, eine neue Art von Gährungsstoffen, eine neue Art von Bindemitteln erfunden hat. Ich habe diese Beschränkung in meinem Patentrecht (S. 104) als unbegründet getadelt,\*\*) und sie ist im neuen Gesetze (§ 4) weggeblieben. Allerdings: wenn die Art der Verwendung dieses Mittels das Verfahren zu einem neuen Verfahren gestaltet, liegt der Schutz des Patentberechtigten schon in dem Schutze dieses neuen Verfahrens; allein möglicherweise handelt es sich nicht um ein neues Fabrikationsverfahren, mindestens nicht um ein patentmässig neues Fabrikationsverfahren; möglicherweise handelt es sich um eine blosser Aequivalirung, indem der Stoff A statt des Stoffes B eingeschoben wird: hier wäre die Verfahrensidee, welche das Aequivalent als Theil des Verfahrens einschleibt, keine Erfindungsidee, und es wäre Anderen kraft derselben nicht verboten, das Aequivalent zu benutzen; wesentlich ist daher, dass

\*) Vgl. darüber namentlich meine Studien in Grünhut XXV S. 211 f.

\*\*\*) So auch Robolski, Theorie und Praxis S. 207.

Anderen untersagt ist, den neuen Stoff als solchen für sich zu benützen, obgleich er kein Geräth und kein Betriebsmittel ist, obgleich sein Gebrauch stets zugleich ein Verbrauch ist, und obwohl die Einschlebung des neuen Stoffes kein neues Verfahren bildet und der Erfinder des neuen Stoffes also nicht kraft Verfahrenspatentes geschützt ist.

Allerdings in dem einen Falle wäre der Patentberechtigte schon ohnedies geschützt: wenn nämlich der gebrauchte Stoff im Schlussergebnisse noch materiell vorhanden ist, so dass die Verbreitung des Schlussergebnisses zugleich die Verbreitung dieses Stoffes wäre. Allein solches schlägt nicht durch, wenn der Stoff materiell, d. h. in seiner für das Recht maassgebenden Gestalt untergeht und nur als Energie nachwirkt; denn das Recht kann die aus dem Stoffe ausgelöste Energie nicht mehr weiter verfolgen: in diesem Falle wäre der Erfinder des Stoffes auch nicht durch das Alleinrecht der Verbreitung des Stoffes gedeckt.

Die Folge wäre, dass ein Landwirth, dem vielleicht  $\frac{1}{20}$  des ganzen Binnenareals zu Gebote stünde, ein patentirtes Düngemittel straflos aus dem Auslande beziehen und auf seinem Boden verwenden dürfte, während ihm nicht gestattet wäre, einen Pflug, eine Säemaschine zu gebrauchen, die den Gegenstand eines Patentes bildete. Das wäre unerträglich.

Ebenso wäre es unerträglich, wenn der Staat seine Arbeitsräume mit einem Heizmittel wärmen dürfte, das im Inland patentirt wäre, das er aber aus dem Auslande bezöge, oder die Bergwerksgesellschaft ein Pulver verwenden könnte, das einem Inländer vorbehalten ist und das man sich von Auswärts kommen liesse.

Der Unterschied zwischen den dauernden und den augenblicklichen Arbeitsmitteln kann in anderer Weise hervortreten; nicht aber so, dass der Gebrauch der letzteren frei, der Gebrauch der ersteren gebunden wäre. Schliesslich käme man dazu, den Gebrauch eines Feuerzeuges vorzubehalten, das zehnmal benützt werden könnte; dagegen den Gebrauch eines Anzünders, der nur einmal dienen kann, freizugeben. Dafür spricht kein überzeugender Grund.

Mit Recht hat daher unser Gesetz diese Beschränkung verworfen: auch augenblickliche, verbrauchbare Betriebsmittel sind dem Erfinder in der Art vorbehalten, dass sie ohne seine Zustimmung nicht gewerblich gebraucht werden dürfen.

## 2. Herstellung.

### § 175.

Die gewerbliche Benutzung der Erfindung ist aber nicht nur eine Benutzung des Erfindungsverfahrens oder des Erfindungs-

gegenstandes, sondern auch eine Herstellung und eine Verbreitung des Erfindungsgegenstandes (§ 4 P.G.). Wie bereits S. 118 f. bemerkt, erweitert sich bei stofflichen Erzeugnissen das Erfindungswesen in der Art, dass auch ihre Herstellung und ihr Vertrieb mit zu derjenigen gewerblichen Thätigkeit gehört, die die patentirte Erfindung zur Ausbeutung bringt.

Daher besteht eine Hauptbenutzung der Erfindung darin, dass im Inlande produziert und dass die Produkte in den inländischen Verkehr gebracht, im Inlande abgesetzt werden. Und zwar ist das Eine wie das Andere eine Erfindungsbenutzung, die das Inland dem Erfinder bietet: es ist eine ihm vorbehaltene Erfindungsbenutzung, wenn er die inländischen Produktionskräfte benützt, es ist eine solche, wenn er die inländischen Absatzwege verfolgt. Eine inländische Produktion ist ihm also vorbehalten, auch wenn sie für das Ausland geschieht, und eine Verbreitung im Inland ist Anderen untersagt, auch wenn es sich um Verbreitung von im Auslande produzierten Dingen handelt.

Dem Erfinder ist also die Herstellung vorbehalten, auch wenn sie für das Ausland erfolgt; sie ist ihm vorbehalten, auch wenn sie für eine spätere Zeit, auch wenn sie für die Zeit nach Erlöschen des Patenten geschieht — während der ganzen Patentdauer sollen ihm die Produktionskräfte des Inlandes zu dem betreffenden Zweck allein zustehen.\*) Daher ist Dritten verboten, im Inlande Patentwaaren zu erzeugen, um sie nach Ablauf der Patentfrist zu vertreiben.\*\*)

Schon das Herstellen gibt einen Vorsprung: — man denke sich eine Herstellung, die Wochen lang in Anspruch nimmt; sodann sind die Herstellungsbedingungen oft anderwärts oder in späterer Zeit schwieriger und kostspieliger, sie fallen oft ganz aus: in allen diesen Beziehungen soll der Berechtigte während der Patentzeit und in dem Patentlande das Vorrecht haben.

Vorbehalten ist die Herstellung einer Sache, welche den Erfindungsgedanken enthält. Besteht daher die Erfindungsidee nicht in der Sache, sondern in einer Methode der Herstellung, so steht die Fabrikation der Sache einem Jeden offen (sofern er nicht die patentirte Methode anwendet); besteht sie dagegen in der Sache, so ist die Herstellung vorbehalten ohne Rücksicht auf die Mittel, zu ihr zu gelangen: eine jede, selbst bessere, billigere Herstellung ist Anderen verboten.\*\*\*)

\*) Aus dem Patent- und Industrierecht I S. 12, Z. f. gewerbl. Rechtsschutz IV S. 203. Unrichtig (in einer Autorrechtsache) R.O.G. vom 16. März 1877 XXII S. 37 ff. 43.

\*\*) Blanc, brevets d'invent. p. 344, contrefaçon p. 644.

\*\*\*) Vgl. Cass.-Hof vom 15. März 1856 S. 56 I p. 637, Appellhof Paris vom 31. Juli 1856 S. 56 II p. 533, Dalloz Nr. 305. Vgl. auch R.G. vom 20. October 1891 Patentbl. 1892 S. 22.

### 3. Verbreitung.

#### § 176.

Soeben (S. 443) wurde betont, dass nicht nur die Herstellung, sondern auch das Inverkehrbringen der Produkte, d. h. das Verbringen der Erzeugnisse in die (inländischen) Absatzwege eine Benutzung der Erfindung darstellt (§ 4 P.G.). Verwendet der Hersteller der Sache sie im eigenen Gewerbe, so liegt in dieser Verwendung solange nichts Neues, als die Sache nicht aus seinem Gewerbe heraustritt; es kann allerdings darin eine Patentverletzung liegen, dass die Sache in seinem Gewerbe benutzt wird und als Produktionsfaktor weiter thätig ist: das ist aber Benutzung der Erfindung durch Gebrauch des Erfindungsgegenstandes. Wenn aber der Produzent die Sache in den Verkehr wirft, so ist dies eine neue Seite in der Erfindungsausübung, die allerdings mit der Produktion auf's Innigste zusammenhängt, aber doch selbstständig ist. Die Selbstständigkeit zeigt sich darin:

1) der Patentberechtigte wird verletzt, sobald ein Dritter patentwidrige Waaren im Inlande in Verkehr bringt, auch wenn die Waare im Auslande produziert worden ist und daher ihre Produktion das Patentrecht nicht verletzt;

2) der Patentberechtigte kann sein Patentrecht nicht nur dadurch ausüben, dass er Waaren produziert und verbreitet, sondern auch dadurch, dass er Waaren vom Auslande einführt und verbreitet, entweder selbst oder durch Ertheilung einer Einführungslicenz, zu der nur er berechtigt ist.

Das Inverkehrbringen besteht in dem juristischen Akt, welcher die Sache der Benutzung Anderer zugänglich macht; es besteht nicht in den faktischen Thätigkeiten, welche diesen juristischen Akt vorbereiten oder begleiten. Das Inverkehrbringen besteht also nicht in der Einführung in das Inland,\*) in der Ueberbringung von einem Orte zum anderen, es besteht erst in dem Rechtsgeschäft, welches die Sache dem Anderen zugänglich macht.

Ein solches Rechtsgeschäft ist nicht der Eigenthumsverzicht; denn, wenn dieser die Sache mittelbar Anderen zugänglich macht, so liegt doch die Thätigkeit, welche sie an Andere bringt, nicht in der Dereliction, sondern in der Besitzergreifung dieser Anderen, zu der sich jene nur als eine, das Hinderniss wegschaffende Negative verhält: sie hebt ein Hinderniss und gibt damit dem Ergreifenden die Möglichkeit der Aneignung, sie vollzieht aber diese Aneignung nicht selbst durch positiven Akt.

\*) Anders einige ausländische Gesetze, welche die Einführung in das Inland als besonderen Fall des Patenteingriffs erwähnen; so italienisches Gesetz a. 64, reg. 94; vgl. auch Trib. Pisa vom 11. Juni 1897 *Rivista* III p. 245; Trib. Rom 25. Juli 1900 *ib.* VI p. 105; ferner Dänemark § 5, Schweden § 22, Norwegen § 7, Schweiz a. 24.

Ganz anders ist es mit der Uebertragung, auch mit der „*traditio in incertam personam*“. Es wäre leicht denkbar, dass Jemand z. B., um den Patentberechtigten zu schädigen, Patentsachen unter das Publikum würde: das wäre keine „Verlassung“, das wäre eine Uebergabe, und das Publikum, das sich dieser „*missilia*“ bemächtigte, thäte es nicht kraft allgemeinen Aneignungsrechts, sondern kraft der von dem Hinausschleudernden gegebenen Ergreifungsgestattung.

Das Rechtsgeschäft kann aber sein:

1. Eigenthumsübertragung oder Verschaffung eines dinglichen Rechts an der Sache, und zwar genügt eine blosse Rechtsübertragung, auch wenn keine (unmittelbare) Besitzübergabe stattfindet: daher auch wenn die im Lagerhaus befindliche Waare übereignet, auch wenn die beim Verbreiter befindliche Waare durch „*constitutum possessorium*“ übergeben wird.

Erfolgt die Verbreitung durch Uebersendung, so ist sie nicht mit dem Augenblick erfolgt, wo die Sache der Post oder dem Frachtführer oder Spediteur übergeben wird, sondern erst mit dem Augenblick, wo sie an den Adressaten gelangt und von diesem in Besitz genommen worden ist. Die Uebersendung selbst aber ist die causale Erregung der zu diesem Erfolge wirkender Kräfte. Daraus geht hervor:

a) Wenn Jemand vom Auslande Waaren ins Inland schickt, damit diese hier an den Adressaten gelangen, so verursacht er eine im Inlande erfolgte Verbreitung, er verletzt daher das inländische Recht.\*) Ob er dafür im Inlande gestraft werden kann, ist allerdings eine andere, später zu behandelnde Frage.

Daraus folgt aber ferner:

b) Wenn Jemand vom Inlande Waaren in das Ausland schickt, so setzt er sie zwar im Ausland in Verkehr, er thut es aber auf Grund einer inländischen Erregungsthätigkeit; daher fällt seine Handlung zugleich auch in das Patentrecht des Absendungsstaates; wobei es im Uebrigen gleichgültig ist, ob der inländische Ort der obligationsrechtliche Erfüllungsort ist oder ob der Erfüllungsort in das Ausland verlegt ist.\*\*)

Damit ist nicht gesagt, dass 2) die Uebertragung des unmittelbaren Besitzes nicht auch eine Verbreitung ist, denn eine Verbreitung schliesst die andere nicht aus. Hat also der Eine den dinglichen Vertrag abgeschlossen, während der Andere die Waare überbringt, so liegen zwei Patentverletzungen vor:

---

\*\*) Unrichtig das englische Appellgericht in Sachen der Bad. Anilin-fabrik v. Bindschedler, *Gewerbl. Rechtssch.* II S. 210; richtig Appellhof Douai vom 26. Februar 1892 *Prop. ind.* X p. 23. Anders, wenn der Verkäufer die Waare im Auslande bereit hielte und der Erwerber sie im Auslande in Empfang nähme, um sie selbst von da aus ins Inland zu schaffen.

\*\*\*) Vgl. R.G. vom 3. April 1884 *Entsch. in Strafs.* X S. 349.

beide machen die Waare zugänglich, der eine rechtlich, der andere faktisch.\*)

Noch mehr: die faktische Uebertragung zum Gebrauch würde genügen, auch wenn die Sache nicht zum Eigenthum übergehen, sondern als fremde Sache benützt werden sollte (unten S. 447 f.).

In beiden Fällen 1) und 2) wird vorausgesetzt, dass die Verbreitung eine funktionelle Verbreitung ist: es muss eine Verbreitung sein, welche dem Erwerber die Funktionskraft der Sache kraft Rechtens zugänglich macht. Die Verbreitung kann daher durch Eigenthumsübertragung geschehen, durch Uebertragung des Miteigenthums, durch Einräumung des Niessbrauchs, des Nutzpandes; auch durch Einräumung eines sonstigen Pfandes, sofern dieses dem Pfandgläubiger die Verkaufsbefugniss, die Befugniss der Veräusserung zur freien Benutzung der Sache gewährt; denn auch das ist eine funktionelle Verbreitung, weil ein Dritter auf dem Mittelwege die Funktionskraft der Sache erwirbt; was natürlich nicht ausschliesst, dass die Veräusserung von Seiten des Pfandgläubigers ein neuer Akt der Verbreitung ist. Und ebenso liegt eine funktionelle Verbreitung auch dann vor, wenn die Veräusserung eine betagte oder eine bedingte ist. Eine funktionelle Verbreitung kann auch in der Einräumung kraft Miethrechts bestehen, wovon alsbald noch (S. 447) zu handeln ist.

Eine funktionelle Verbreitung läge aber dann nicht vor, wenn Jemand, der die Nutzungsbefugniss schon hat, sie nur in einer anderen juristischen Form bekäme. Es wäre daher keine neue Verbreitung, wenn dem Niessbraucher der Sache das Eigenthum zugewendet würde; denn wenn er auch damit die Möglichkeit erlangt, die Sache durch Veräusserung in andere Kreise zu bringen, was ihm als Niessbraucher nur in beschränktem Maasse zusteht, so ist doch der erste und maassgebende Zweck dieses Geschäfts nicht, dem Niessbraucher die Veräusserungsmöglichkeit zu verschaffen, sondern seinem Gebrauche eine andere rechtliche Grundlage zu geben.

Daher ist es auch keine Verbreitung, wenn Miteigenthümer unter einander abtheilen, indem die Sache dem einen von ihnen zugewiesen wird; denn die Miteigenthümer haben ein Gebrauchsrecht kraft Miteigenthums, ein Gebrauchsrecht, das in thesi jedem Miteigenthümer zusteht, wenn es auch in der einen oder anderen Weise geregelt und zugewiesen ist; mithin ist die Abtheilung durch Zuweisung des Eigenthums nur eine besondere juristische Form, in welcher der Zuweisungsempfänger das Gebrauchsrecht erlangt. Noch weniger kann in einer Gebrauchsregelung unter Miteigenthümern (§ 745 f. B.G.B.) eine Verbreitung erblickt werden.

Ein Anderes wäre nur bei einer solchen Art des Miteigenthums der Fall, wo das Gebrauchsrecht des einzelnen Miteigen-

\*) Vgl. auch R.G. vom 23. Mai 1887 Patentbl. 1887 S. 235.

thümers principiell ausgeschlossen ist, indem etwa die Sache ungebraucht verwahrt wird, damit sie ein Mitglied nach Bedarf und Belieben erwerbe. Noch mehr würde dies natürlich gelten, wenn der erwerbende ein Erwerbsverein wäre, um für seine Mitglieder zu ihrem Bedarf im Grossen Dinge anzuschaffen; und wäre es ein Verein mit wechselnder Mitgliederzahl, so würde dies mit Rücksicht auf die neuen Mitgliederrechte natürlich doppelt gelten.

Dagegen ist die Art des Uebertragungsgeschäfts, sein wirtschaftlicher Titel, bedeutungslos; daher ist auch die Schenkung eine Verbreitung, was man in Frankreich bestritten hat.\*\*) Dagegen ist, wie oben bemerkt, die Eigenthumsverlassung keine Verbreitung — vorausgesetzt, dass sie eine wirkliche Verzichtleistung und nicht eine verkappte Uebergabe ist.

Mithin fällt die Veräusserung durch dingliche Uebertragung in diese Kategorie; aber nicht erst die dingliche Veräusserung, sondern 3) auch schon das obligationsrechtliche Geschäft, welches das Anrecht auf die Uebertragung oder auf die Niessbrauchs- oder Pfandbestellung gewährt, ist ein Verbreiten; denn die Obligation begründet die Pflicht der Erfüllung, ja die Erfüllung kann in Wirklichkeit gerichtlich erzwungen werden. Die Verbreitung ist hier vollendet, sobald der Vertrag in der Art abgeschlossen ist, dass der Erwerber ein Anrecht auf Uebergabe der Waare hat, auch ein bedingtes Recht, — vorausgesetzt, dass die Bedingung nicht eine blosse Willensbedingung auf Seite des Veräusserers ist, welche seine Gebundenheit zu einer scheinhaften macht.

Eine Nichtigkeit des Geschäfts hebt den Begriff der Verbreitung auf, nicht aber eine blosse Anfechtbarkeit, nicht eine blosse Resolutivbedingung. Auch dann ist die Verbreitung geschehen, wenn der Käufer in der Annahme säumig ist, auch wenn in Folge dessen das Geschäft wieder rückgängig gemacht wird; denn die Verbreitung bleibt Verbreitung, auch wenn nachträglich eine Rückbewegung stattfindet: sie braucht nicht ein unerschütterliches Glied in der fortschreitenden Verkehrsarbeit zu sein: sie bleibt Verbreitung, auch wenn der Verbreiter es ist, welcher die Sache in die ursprüngliche Lage zurückbringt. Ob dieses Rückführungsgeschäft selbst wieder eine Verbreitung ist, darüber später (S. 450).

4) Es bedarf aber nicht einmal eines Geschäfts, welches auf dingliche Uebertragung abzielt, es genügt ein Geschäft, welches dem Erwerber kraft blossen Besitzrechts die Funktion der Sache zuwendet.\*\*\*) Daher kann auch die Vermietung, die Verleihung eine patentwidrige Ver-

\*) Pand. franç. Nr. 5188 und die dort citirten.

\*\*) Vgl. R.G. vom 23. Mai 1887 Bolze IV. 211.

breitung sein. Würde also Jemand Klaviere, Glühkörper, bewegliche Oefen, Landwirthschaftsmaschinen, die im Auslande hergestellt sind, im Inlande durch Ausleihen zur Benutzung bringen, so wäre auch dies ein Inverkehrbringen, ein Verbreiten; denn auch dies ist eine Thätigkeit, welche das Arbeitsmittel der inländischen Ausnützung überantwortet: das Eigenthum oder Nichteigenthum thut nichts zur Sache. Das ist von Bedeutung, insbesondere wenn die Benutzung der Dinge keine gewerbliche ist: in solchem Falle handelt der Benutzer nicht gegen das Patent, wohl aber thut es der Verleiher, weil er die Sache im Inlande in Verbreitung bringt. Würde man dies nicht annehmen, so könnten die besten inländischen Erfindungen durch Massenverleihungen ausländischer Arbeitsmittel in hohem Maasse geschädigt werden.

Vorausgesetzt ist in allen diesen Fällen, dass die Waare schon existirt: ein Vertrag in Bezug auf künftige, erst herzustellende Waaren, ist noch keine Verbreitung, sondern erst eine Vorbereitung künftiger Verbreitung; Verbreitung ist ein Inbewegungsetzen: man kann aber nur etwas in Bewegung setzen, was da ist.\*) Vorausgesetzt ist auch, dass die Waare sich im Inlande befindet: was im Auslande ist, wird noch nicht im Inlande in Bewegung gesetzt; daher liegt insbesondere eine Verbreitung nicht vor, wenn auf Grund von Mustern und Zeichnungen verkauft wird, die Waare aber noch im Auslande liegt oder noch gar nicht hergestellt ist; oder wenn vom Inlande aus über Auslandswaare und zwar von einem Auslande nach dem anderen hin verfügt wird;\*\* wogegen, wenn die Waare auf solche Weise vom Ausland in das Inland gelenkt wird, die Verbreitung von dem Augenblick an eine inländische wird, wo die Waare im Inland an den Empfänger gelangt, ja noch früher, von dem Moment an, wo Absender und Empfänger, nachdem die Waare das Inland berührt hat, sich über die Ausführung des Geschäfts verständigen.

5. Verbreitung ist immer ein juristischer Akt, welcher die Waare in den Verkehr hineinschleudert: Verbreitung ist nicht der juristische Akt des Erwerbens. Der Käufer, der Miether der Waare begeht daher keine Patentverletzung — er begeht sie wenigstens nicht durch den Akt des Abschlusses des Kauf- und Miethgeschäfts, auch nicht durch den Akt der Uebernahme der Sache kraft der Eigenthums- oder Miethübergabe. Man könnte zwar gesetzgeberisch geltend machen, dass auch in dem Hereinziehen in den eigenen Kreis ein Eingriff in das Patentrecht liegen müsse; allein man würde dabei übersehen, dass das Patentrecht die privaten Kreise nicht beherrschen, in das intime Leben nicht hineinreichen will. Erwirbt daher Jemand eine patentwidrige

\*) Vgl. R.G. vom 14. Juli 1884 Entsch. Strafs. XI S. 241.

\*\*\*) Vgl. R.G. vom 15. October 1892 Bolze XV. 109.

Sache für seinen privaten Gebrauch, so liegt weder in dem Erwerb, noch in dem nachträglichen Gebrauch eine Patentwidrigkeit; erwirbt aber Jemand eine Sache für gewerblichen Zweck, so wird dieser Zweck erst durch den gewerblichen Gebrauch zur Geltung gebracht: in diesem aber liegt die Patentwidrigkeit, — der Erwerb bewegt sich noch im Bereiche des Privaten.

Daher ist es auch keine Patentwidrigkeit, wenn Jemand sich Patentwaaren aus dem Auslande kommen lässt: wenn er seinen Bedarf aus dem Auslande deckt, so ist dies nicht patentwidrig, auch nicht, wenn Mehrere sich zusammenthun, entweder mit getrenntem Eigenthum oder als Miteigenthümer. Was aber die Auseinandersetzung unter den Miteigenthümern betrifft, so gilt das oben (S. 446) Entwickelte.

Ebensowenig ist es eine Patentwidrigkeit, wenn Jemand Patentwaaren pfänden lässt; z. B. ein Gläubiger pfändet eine im Auslande gekaufte Patentsache: bei der Pfändung ist der Eigner der Sache nicht thätig, er verbreitet nicht; thätig ist nur der pfändende Gläubiger, aber er verbreitet auch nicht, wenigstens nicht durch Erwerb des richterlichen Pfandrechts. Die Pfändung ist also statthaft; wie es sich aber mit der executiven Pfandveräußerung verhält, ergibt sich aus dem Obigen (S. 446).

Nur dann wäre die Pfändung Patentwidrigkeit, wenn etwa das Ganze ein abgekartetes Spiel wäre, um auf dem Wege des Pfändungspfandrechts ein Vertragspfandrecht zu verschleiern; Patentverletzter wäre aber dann nicht der pfändende Gläubiger, sondern der Eigner, der die Sache der Pfändung unterbreitet.

Soweit die Verbreitung der Waaren; nicht hierher gehört die Uebertragung des Verfahrens, die Ertheilung von Verfahrenslizenzen: das ist Erfindungsübertragung, es ist nicht Erfindungsbenutzung, wie bereits oben (S. 430) hervorgehoben worden ist. Daher ist die Erfindungsveräußerung oder Lizenzerteilung durch einen unberechtigten Dritten natürlich nichtig, sie ist aber nicht Patentverletzung: sie ist es eben deshalb nicht, weil sie nichtig ist. Bei unerlaubter Veräußerung von Erfindungssachen tritt ja trotz des Unrechts der dingliche Erfolg ein und bietet die Grundlage zu neuen wirthschaftlichen Operationen; das ist das gefährliche, darum wird die Thätigkeit als Patentverletzung verfolgt: es ist ein Zusammenstoß vorhanden zwischen Patentrecht und Eigenthum. Dies ist dagegen bei einer auf Veräußerung des Erfindungsrechts gerichteten Thätigkeit nicht der Fall: die Verbreitung ist einfach nichtig und ergebnisslos; darin erschöpft sich die Wirkung des Patentrechts.\*)

Das Inverkehrbringen kann durch jedes Verbreiten erfolgen, nicht nur durch das erste Verbreiten. Der Verkehr ist nicht ein Ganzes in der Art, dass, was im Verkehr ist,

\*) Unrichtig R.G. 11. Mai 1898 Bl. f. Patentw. IV S. 144.

nicht noch mehr in Verkehr gebracht werden könnte: Inverkehrbringen ist jedes Verbreiten, wodurch die Waare an andere Kreise kommt, als sie vorher war. Auch ist es ja nicht so, als ob die in Verkehr gesetzte Waare kraft einer „vis inertiae“ weiter rollte; sondern eine jede weitere Stufe im Verkehr setzt menschliche Thätigkeit voraus und verlangt daher ein neues Inverkehrsetzen, ein neues Verbreiten: es ist die Versetzung der Waare aus der Ruhelage in eine weitere Verkehrsbewegung.\*)

Dagegen wäre eine blosse Rückgabe der Sache von Seiten des Empfängers (beispielsweise wegen Mängel oder wegen fremden Eigenthums, § 440 B.G.B., oder auch kraft Gegenvertrages) keine Verbreitung: wenn lediglich die Sache auf den Stand vor der Verkehrsthätigkeit des A zurückgebracht wird, hat die Rückschiebung im Verkehr nur negative, nicht positiv förderliche Bedeutung; etwas anderes wäre es, wenn die Waare kraft eines neuen positiven Geschäfts an den A zurückkäme, also nicht durch Rückgängigmachen des ersten Geschäfts; sei es dass dies auf einem Umwege durch Einschleusen eines Dritten geschähe, sei es unmittelbar vom Käufer her. Denn hier würde das Geschäft wieder neuem Gewinne folgen, neue, von dem früheren Vertrag unabhängige Gewinnaussichten einleiten: es wäre mithin ein neues Glied in der Verkehrsbewegung, eine Gegenbewegung, nicht eine rückläufige Bewegung. Hier könnte der Verkäufer als Patentverletzer bestraft werden.\*\*)

§ 177.

Dem Patentberechtigten ist die gewerbliche Verbreitung vorbehalten; die oben ausgeführte Beschränkung, dass das Patentrecht das private Leben nicht beherrschen will, muss auch für die Verbreitung gelten. Es ist also keine Patentwidrigkeit, wenn ich eine patentwidrige Uhr aus dem Auslande geschenkt bekomme und sie, weil ich sie nicht brauche, im Inland verkaufe; oder wenn die Hausfrau einen patentwidrigen Kochtopf aus dem Auslande bezogen hat und ihn, weil die Hauswirthschaft sich verkleinert, nunmehr veräussert. Und ebenso wenn ich ein Klavier, das mir zu viel ist, einem Freunde leihe oder einen patentwidrigen Glühstrumpf beim Verlassen der Miethwohnung dem Nachfolger „stifte“ oder eine patentwidrige Acetylenlampe mit meinem Fahrrad mitübertrage.

Der Begriff der Gewerblichkeit stimmt hier mit dem Begriff

\*) Vgl. Recht des Markenschutzes S. 338 und die dort cit. Entsch. und die O.L.G.-Entscheidung im Patentbl. 1889 S. 230, 231.

\*\*) Das gleiche Princip gilt, wenn es sich um Verbreitung gefälschter Nahrungsmittel handelt. Hier hat die deutsche Jurisprudenz öfters gefehlt.

der Gewerbmässigkeit des Handels überein; denn die Verbreitung ist die Sphäre des Handels, und der vom Handelsrecht entwickelte Gewerbebegriff kann darum unmittelbar übernommen werden.

Verboten ist daher die Veräusserung:

- a. wenn Jemand aus der Veräusserung solcher Dinge ein Gewerbe macht, d. h. Einrichtungen trifft, um sie in regelmässig wiederkehrender Weise zu veräussern;
- b. wenn Jemand sonst ein Handelsgewerbe betreibt und innerhalb dieses Gewerbes die Veräusserung vornimmt.

#### 4. Feilhalten.

##### § 178.

Dem Inverkehrbringen ist das Feilhalten gleichgestellt.\*) Allerdings ist dieses nur ein Beginn der Verbreitung, aber es schafft bereits eine Voreingenommenheit des Verkehrs für die Waare, gewährt dem Feilhalter Vortheile für den Vertrieb anderer Produkte und stört den Vertrieb des Berechtigten, weil es im Publikum die Meinung erregt, dass dieser nicht der einzige gesetzliche Veräusserer der Waare sei. Feilhalten aber ist eine öffentliche Auslegung zur Verbreitung (zum Verkauf, zum Ausleihen) in einer die Waaren dem Publikum ersichtlich machenden Weise.

Wesentlich ist also:

1. die öffentliche Auslegung der Waaren; Feilhalten wäre nicht eine Aufstellung von Waaren in einem dem Publikum nicht zugänglichen, nicht zur Einsicht geöffneten Magazin; und dies würde auch dadurch nicht geändert, dass der Kaufmann die auf solche Weise aufgespeicherten Waaren nach Muster verkaufte.\*\*)

Das Feilhalten verlangt

2. eine Auslegung zum Zweck der Verbreitung; eine solche ist aber gegeben, sobald die Waare in einem Laden in ladenmässiger Weise ersichtlich angebracht ist, es müsste denn die Absicht, sie nicht zu verbreiten, äusserlich erkenntlich gemacht sein, z. B. durch die Erklärung: unverkäuflich;\*\*\*) so insbesondere auch wenn die Waare in einer Gewerbe- oder Industrieausstellung in einem Raum aufgestellt ist, wo Verkaufswaaren sich zu befinden pflegen.

3. Feilhalten ist nicht nothwendig Feilbieten. Feilhalten ist eine Auslegung von Waaren, auch wenn die ausgelegten Waaren

\*) Vgl. auch Oesterreich § 4, Ungarn § 8, Norwegen § 7, Schweden § 22, Dänemark § 5.

\*\*) Unrichtig Pand. franç. nr. 5228.

\*\*\*) Eine innerliche Absicht, nicht zu verkaufen, würde nicht genügen, sie könnte nur genügen, um etwa den strafrechtlichen Vorsatz auszuschliessen, vgl. R.G. 13. Januar 1887 Patentbl. 1887 S. 65. Darüber später.

selbst nicht verkäuflich sind, sondern nur als Reclamemittel dienen sollen für gleichartige Waaren, die im Geschäft zu bekommen sind.

4. Wie beim Verbreiten, handelt es sich beim Feilhalten nur um ein Feilhalten von Sachen, nicht um die Feilhaltung eines Verfahrens.\*)

## 5. Zusammenhang der Benützungsformen.

### a. Ueberhaupt.

#### § 178.

Die verschiedenen Benützungsformen einer Erfindung haben eine gewisse Selbstständigkeit; allein sie sind nicht jeden Zusammenhangs bar; und diese Zusammenhänge zeigen sich in wichtigen Rechtssätzen.

Namentlich gelten folgende Grundprincipien:

I. Jedes Patent gibt sämtliche genannte Ausübungsrechte, soweit sie nach der Art der Erfindung möglich sind: es ist unstatthaft, etwa ein Patent zu ertheilen mit blossem Gebrauchs-, ein anderes mit blossem Herstellungsrecht; es ist auch unmöglich, durch späteren Verzicht das Patent auf die eine Stufe herabzudrücken. Es ist nur möglich, Dritten innerhalb des Gebietes der Patentbenutzung nach der einen oder anderen Seite hin Lizenzen zu geben. Davon wird im vierten Abschnitt dieses Buches gehandelt werden.

II. Die Zusammenhänge der Benützungsformen haben gewisse Folgerungen:

A. Die Benutzung und Verbreitung der Patentprodukte, sei es, dass das Produkt oder das Verfahren patentirt ist, steht immer im Zusammenhang mit der Herstellung, sie ist eine Fortsetzung derselben, sie ist die weitere wirtschaftliche Entwicklung der in der Herstellung liegenden Patentausübung.

B. Die Benutzung und Verbreitung von Waaren im Inlande kann die Fortsetzung eines früheren inländischen Verbreitungsaktes sein; sie ist es, wenn die Benutzung und die spätere Verbreitung als rechtliche Folge aus der früheren Verbreitung hervorgehen.

Aus A. ergibt sich:

1. ist die Sache im Inlande berechtigtermassen hergestellt, so kann sie auch im Inlande vertrieben und im Inlande gebraucht werden. Daher:

a. ist sie von einem Lizenzberechtigten gemacht, so kann

\*) Vgl. oben S. 449. Unrichtig R.G. 11. Mai 1898 Bl. f. Patentw. IV S. 144.

sie verkauft und von Dritten benutzt werden, auch wenn unterdessen die Lizenz erloschen ist; ebenso wenn sie von einem zeitweiligen Patentberechtigten hergestellt und sodann das Patent auf einen Anderen übergegangen ist;\*)

b. ist die Waare von einem Vorbenutzer erlaubtermassen producirt, so hat der Vorbenutzer auch das Recht, sie zu vertreiben und Dritte haben das Recht, sie zu gebrauchen;\*\*)

c. ist die Sache berechtigtermassen hergestellt, so kann ein jeder Erwerber sie gebrauchen;\*\*\*) auch ein solcher, der sein Recht nicht auf einen Rechtsnachfolger des Patentberechtigten zurückführen kann; insbesondere also auch der gutgläubige Erwerber, der kraft des Satzes, Hand muss Hand wahren, Eigenthümer wird: es gilt vom gutgläubigen Besitzer, es gilt aber auch vom Besitzer überhaupt: auch der bösgläubige Besitzer, der sich der Maschine bedient, begeht zwar ein Unrecht gegenüber dem Eigenthum, nicht aber ein Unrecht gegenüber dem Patente;

d. der Erwerber einer rechtmässig hergestellten Sache ist daher patentrechtlich gedeckt, auch wenn der Verkäufer die Sache nur mit Verpflichtungen veräussert hat; kommt die Waare in Verkehr, so können derartige Auflagen als vertragsmässige Pflichten den ersten Erwerber belasten, sie können auch den künftigen Erwerber belasten, sofern er bei seinem Erwerb die gleichen Verpflichtungen übernommen oder sofern er in bösem Glauben erworben hat, z. B. durch Benutzung der Unkenntniss des Vertreters des Eigenthümers, der ihm in Folge dessen die Verpflichtungen nicht setzt;†) sie können ihm aber nicht patentrechtlich belasten;††)

e) ist die Sache patentgemäss hergestellt, so kann sie von den Gläubigern gepfändet und kraft des rechtmässig erworbenen Pfändungspfandrechts weiter veräussert werden.†††) Und dasselbe gilt, wenn der Patentberechtigte in Konkurs fällt und die Patentwaaren im Konkurse veräussert werden: hier natürlich um so mehr, als die Gläubigerschaft nicht nur in das Sachenrecht,

\*) Vgl. Walker § 301.

\*\*) Darüber S. 480. Dies gilt natürlich noch mehr, wenn der Vorbenutzer die Sache vor Ertheilung des Patenten hergestellt hatte; vgl. Walker § 158.

\*\*\*) Vgl. Circ. Court North. Distr. New York 1889 Comm. Dec. 1890 p. 283.

†) Vgl. § 992, 823 ff. B.G.B.

††) Anders die amerikanische Anschauung, welche annimmt, dass ein solcher Vorbehalt patentrechtlich wirke, mindestens gegenüber dem bösgläubigen Erwerber; vgl. Robinson II § 824.

†††) Vgl. Circ. Court of Pennsylv., Wilder v. Kent, Off. Gaz. XXIII p. 831 (und Myer § 5912, 5913); Myer § 5914, Robinson II p. 622. Zutreffend auch Robolski, Theorie und Praxis S. 234 (wenn auch mit der unrichtigen Begründung, dass der Pfandgläubiger als Geschäftsführer des Eigenthümers handle).

sondern auch in das Patentrecht eintritt; aber auch wenn sie auf den Zugriff auf das Patentrecht verzichten wollte, hätte sie doch das Recht, die vorhandenen Patentwaaren mit der Wirkung zu veräußern, dass der Erwerber sie gebrauchen darf.

Und dasselbe gilt, wenn der Vermiether von seinem gesetzlichen Pfandrechte Gebrauch macht: die Pfandveräußerung des Vermiethers (B.G.B. § 1257. 1228 f.) bringt die Sachen zur Veräußerung nicht nur in ihrer stofflichen Eigenschaft, sondern auch in ihrer durch die Erfindungseinrichtung bedingten Gebrauchseigenschaft.\*)

f. Ist die Sache von dem innerhalb eines Inlandsbezirkes Licenzirten berechtigtermassen hergestellt, so kann sie über diesen Bezirk hinaus verkauft und gebraucht werden;\*\* vorausgesetzt, dass es sich um Verbreitung und Gebrauch im Inland, also in dem Staate handelt, in dem das Lizenzgebiet liegt.\*\*\*)

g. Ist die Sache auch zunächst nicht patentmässig hergestellt worden, so kann sie doch weiter verbreitet und benutzt werden, wenn der Patentberechtigte wegen der unbefugten Anfertigung die gesammte Entschädigung erhalten und dadurch für alle aus der Herstellung und Verbreitung hervorgehenden Folgen ausgeglichen worden ist.†)

2. Diesem Princip kann auch der Patentberechtigte nicht widerstreben: eine Bestimmung desselben, dass die von ihm berechtigtermassen hergestellte Sache nur in der einen oder anderen Weise verbreitet, nur von dem Einen oder Anderen benutzt werden dürfe, ist wirkungslos; sie würde zur unerträglichen Belastung des Handels werden. Sobald der Berechtigte sie in Verkehr gegeben hat, ist sie dem freien Vertriebe eröffnet, und irgend eine Unterbindung lässt sich das Leben nicht gefallen. Allerdings ist es möglich, obligationsrechtliche Schranken zu bedingen; allein solches Geding wirkt nur obligationsrechtlich, wie dies bereits S. 453 dargelegt worden ist.

Dies gilt noch weiter, sofern der Berechtigte Patentwaare erzeugt, sie aber noch nicht verbreitet hat. Wird sie ihm entwendet, so gelten die Entwendungsgesetze: der Besitzer der Waare kann sich kraft dieser (als Entwender oder Hehler) verantwortlich machen, allein er macht sich nicht patentrechtlich verantwortlich, wenn er die Waare benutzt oder verbreitet. Und wird die Waare

\*) Unrichtig Pand. franç. nr. 3767, unrichtig Appellhof Lyon 26. Dec. 1863, Sirey 64 II p. 232.

\*\*\*) Myer § 5918.

\*\*\*\*) Vgl. unten S. 455.

†) Vgl. Circ. Court North Distr. New York 7. Juni 1876 Off. Gaz. XII 352.

gepfändet, dann gilt, wie eben bemerkt, das Pfändungsrecht und der Patentberechtigte kann der Ausübung des Pfandrechts nicht widersprechen, Vorausgesetzt ist, dass die Waare bereits producirt d. h. fertig geschaffen ist.

Und so kann es Verletzung einer Vertragsverbindlichkeit sein, wenn der Erfinder mit dem Grosshändler A ausmacht, dass er die Waare nur einer Reihe von ihm bezeichneter Personen verkaufen soll, und A dem zuwiderhandelt; niemals aber kann eine solche Zuwiderhandlung patentwidrig sein; ebensowenig wenn etwa Jemand sich als Zwischenhändler aufthäte, um mittelbar die Patentwaare solchen zukommen zu lassen, denen sie der Patentberechtigte vorzuenthalten will.\*)

Das ganze Princip A gilt aber nur für dasselbe Patentland, es gilt nicht für das Verhältniss zweier verschiedener Patentländer; denn die Patentrechte zweier Staaten sind verschiedene Patentrechte, sie sind nicht Ausflüsse eines und desselben Rechts.

Daher:

a. Die in dem einen Patentstaate rechtmässig gefertigte Sache darf darum nicht auch in dem anderen Staate verbreitet und gebraucht werden; sie darf es nur, wenn die Verbreitung und der Gebrauch nach den Patentverhältnissen dieses anderen Staates erlaubt ist.

b. Dies gilt selbst dann, wenn die Patente in zwei Staaten derselben Person ertheilt worden sind;\*\*) es gilt, wenn sie derselben Person ertheilt und nachträglich in verschiedene Hände übergegangen sind; es gilt auch dann, wenn sie sich noch in den Händen derselben Person befinden. Wird daher, wenn die Patente des Staates A und B dem nämlichen Berechtigten (dem x) gehören, eine im Staate A hergestellte Waare im Staate B verbreitet, so darf sie im Staate B nicht verbreitet werden kraft der Berechtigung, die aus dem Patente des Staates A und aus der Herstellung unter dem Patente dieses Staates fliesst, sondern nur kraft der Berechtigung, die aus dem Patente des Staates B fliesst.

Daraus ergibt sich:

α. hat der Berechtigte für den Staat A Lizenzen ertheilt, so dürfen die kraft dieser Lizenzen in A hergestellten Waaren zwar im Staate A unbedingt gebraucht und verbreitet werden, nicht aber im Staate B; im Staate B nur kraft einer für den Staat B besonders gegebenen Lizenz;

β. so kann es kommen, dass, wenn derselbe Erfinder im Staate A und B das Patent hat, und im Staate A dem x, im Staate

\*) Vgl. darüber L.G. Hagen 21. Sept. 1892 Patentbl. 1892 S. 700; Z. f. gew. R. II S. 319.

\*\*) Appellhof Douai 15. Mai 1885 in Busch Archiv 47 S. 209 und hierüber ebenda 48 S. 258.

B dem y Lizenzen erteilte, der x im Gebiete A produciren und verbreiten darf, der y im Staate B, dass aber keiner Waaren aus dem anderen Staate einführen und verbreiten oder gebrauchen darf; es müsste denn sein, dass x zugleich die Lizenz hat, Waaren des Staates B einzuführen und zu verbreiten, und y das gleiche bezüglich der Waaren aus dem Staate A, und dass Einführung und Verbreitung kraft dieser Lizenz erfolgten.

Ohne solche Lizenz und ohne Genehmigung des Lizenzberechtigten darf eine im Lande A producirte Waare nicht ins Land B eingeführt und verbreitet werden und umgekehrt, wenn auch die Patente von A und B derselben Person zustehen. Die Lizenz kann hier allerdings auch in der Art erteilt werden, dass jeder Käufer der im Lande A producirten Sache Lizenz haben soll, sie im Lande B einzuführen, und umgekehrt.\*)

γ. Das Entwickelte gilt natürlich dann mit besonderer Schärfe, wenn die Patente von A und B nicht mehr derselben Person zustehen, sondern durch Veräusserungen oder Belastungen getheilt oder doch in verschiedene Interessensphären gespalten sind.\*\*)

Soweit die Folgerungen aus dem Princip A.

Das Princip B kommt insbesondere in Betracht, wenn die im Auslande erzeugte Waare kraft Lizenz im Inlande eingeführt ist; ist sie eingeführt, so ist damit eine jede weitere Entwicklung ihrer Rechtsschicksale durch den ersten berechtigten Verbreitungsakt gedeckt, soweit dieser Verbreitungsakt juristisch die weitere Benützung und Verbreitung in sich fasst; sie ist daher gedeckt, wenn die erste berechnete Verbreitung eine Verbreitung zum Eigenthum war; sie ist nicht gedeckt, wenn die Waare zwar mit Lizenz im Inland eingeführt wurde, aber nur mit Lizenz zum Gebrauch, nicht mit Lizenz zur Veräusserung; sie ist in diesem Falle auch dann nicht gedeckt, wenn Jemand durch gutgläubigen Erwerb Eigenthümer der Waare wird: sie ist in diesem Falle ebensowenig gedeckt, als wenn Jemand eine im Inland patentwidrig geschaffene Waare gutgläubig in der Meinung erwirbt, dass die Waare patentmässig hergestellt sei.

Ist dagegen die Waare zu Eigenthum patentgemäss eingeführt, dann ist ihre Benutzung und Verbreitung patentmässig gestattet, auch wenn etwa die Waare in dritte Hand, in die Hand eines gut- oder bösgläubigen Besitzers käme: das Unrecht des bösgläubigen Besitzers wäre ja ein Unrecht, aber nur ein dingliches Unrecht, kein Vergehen gegen das Patentgesetz.

\*) Vgl. hierüber Z. f. gew. R. II S. 318 und die dort erwähnte amerik. Entscheidung. Vgl. auch Circ. Court S. Distr. New York 26. Mai 1885, Comm. Dec. 1885 p. 325.

\*\*\*) Appellhof Nancy 18. März 1893 Pataille 96 p. 230, 236.

Man hat diese aus den Zusammenhängen der Benutzungsarten hervorgehenden Sätze (A und B) früher auf eine stillschweigende Lizenz zurückgeführt, also darauf, dass der erste Verbreiter der Waare zugleich eine Lizenz für alles weitere gewähre; auch ich habe früher diese Absicht vertreten,\*) mich aber allerdings später veranlasst gesehen, von den Folgerungen dieser Lehre Einiges nachzulassen.

Aus dem Obigen ergibt es sich von selbst, dass die ganze Lehre von der stillschweigenden Lizenzerteilung in dieser Verbindung unrichtig, unnötig und ungenügend ist. Das Verbreitungs- und Benutzungsrecht ergibt sich aus dem obigen Princip von selbst, es ergibt sich ohne die Zuhilfenahme der Lizenz, es ergibt sich auch für Fälle, wo man mit der Lizenz nicht auskäme, so insbesondere beim dritten gutgläubigen Erwerber,\*\*) so im Falle der Zwangsveräußerung der Sache und so in dem Fall, wo eine kraft Lizenz producirte Waare nach Erlöschen der Lizenz oder über das Lizenzgebiet hinaus verbreitet wird. Die Fragen, die man von diesem Standpunkt aus erhoben hat, sind darum müssig.

Doch ist die Lehre von der stillschweigenden Lizenz in anderer Verbindung richtig und bedeutsam; ist es, soweit nicht schon nach den entwickelten Grundsätzen die eine Benutzungsform die andere in sich fasst.

Dies kommt aber öfters vor: die berechnete Herstellung der Maschine deckt die Verbreitung und den Gebrauch, der aus der Maschine naturgemäss hervorgeht; wird dagegen die Maschine als Theil eines patentirten Verfahrens benützt, so deckt der an sich gestattete Gebrauch der Maschine natürlich nicht das Verfahren, von dem nun der Gebrauch der Maschine einen Theil ausmacht.

M. a. W.: der Erwerb der Maschine deckt nur den Gebrauch der Maschine *in abstracto*, er deckt nicht den Gebrauch der Maschine, soweit er den Bestandtheil eines patentirten Verfahrens ausmacht.\*\*\*)

Hier allerdings kann die Frage auftauchen, ob nicht die Verbreitung einer Maschine von Seiten dessen, der zugleich der Träger jenes Verfahrenspatentes ist, auch eine Lizenz für das Verfahren enthalte, sofern nämlich die Maschine möglicherweise hauptsächlich oder ausschliesslich für ein bestimmtes Verfahren Verwendung findet. Diese Frage ist nach den Grundsätzen der Lizenz zu behandeln, bei der Maschine ebenso wie bei Geräthen

\*) Patentrecht S. 160 f.

\*\*) Vgl. Aus dem Patent- und Industrierecht I S. 70 und die dort cit. Entscheid.

\*\*\*) Vgl. oben S. 116 f.; auch Robinson II § 825. Vgl. ferner R.G. 80. Mai 1900 Bl. f. Patentw. VI S. 302 und die hier cit. Entsch. v. 29. Januar 1890.

oder Apparaten, die vorzüglich für gewisse Zwecke gebraucht werden.

Eine solche Lizenz aber würde sich innerhalb der Schranken der Lizenz halten. Zwar wäre auch hier anzunehmen, dass die Lizenzübertragung eine unbestimmte und allgemeine ist und sich auf jeden erstrecken soll, der Eigentum oder auch nur gutgläubigen Besitz an der Maschine oder an dem Geräthe erwürbe, aber die Licenzertheilung wäre (partielle) Erfindungsübertragung, sie wäre nicht Erfindungsausnützung; sie würde daher nur soweit reichen, als das Recht des Licenzertheilers reicht. Daraus folgt:

- a. hat der Vorbenützer ein Herstellungsrecht, aber kein Recht auf das Verfahren, so kann er auch keine solche Verfahrenslicenz ertheilen;
- b. hat der Uebertrager der Maschine nur ein Verfahrensrecht innerhalb eines örtlichen Kreises, so kann er die Lizenz nur für diesen Kreis übertragen;
- c. hat der Uebertrager der Maschine nur ein zeitlich beschränktes Verfahrensrecht, so kann er auch nur ein solches zeitlich beschränktes Recht übertragen.

Man denke sich z. B. den Fall eines Patentes für ein Verfahren des Fernschreibens oder Fernsprechens. Kommen dabei besondere Apparate in Betracht, die gleichfalls patentirt sind, so können diese Apparate, wenn im Inlande gerechtfertigter Maassen hergestellt und verbreitet, allüberall im Inland benutzt werden — aber nur soweit ihre Benutzung nicht innerhalb der Ausübung des Verfahrenspatentes erfolgt; im letzteren Falle wäre ihre Benutzung nicht zwar eine Verletzung ihres Patentes als des Apparatenpatentes, aber sie wäre eine Verletzung des Verfahrenspatentes. Solche könnte vorliegen: sie läge ja vor, selbst wenn die Apparate allgemeinen Rechtes wären; in diesem Falle wäre die Benützung des Verfahrens nur innerhalb der vom Patentberechtigten ertheilten Lizenz berechtigt, und Jemand, welcher das Benützungsrecht nur in dem Kreise A hätte, könnte Niemanden die Benützung im Kreise B zugestehen.\*)

Hier handelt es sich also um Licenzertheilung, es handelt sich mithin um partielle Erfindungsübertragung, es handelt sich nicht um Erfindungsausübung: wer eine Erfindung ausübt (durch Herstellung von Erfindungssachen), schafft etwas, das für alle Zeit verwendbar ist, solange die Gebrauchsmöglichkeit der Waare dauert: es ist daher entsprechend, dass die Rechtsordnung diesem Umstände Gehör schenkt; wer dagegen ein Recht überträgt, hat

---

\*) Insofern richtig die Entscheidung Adams v. Burke bei Myer § 5187.

damit nur ein Recht weiter gegeben, soweit und auf solange als ihm dieses Recht überhaupt zusteht.)\*

Auf dem Stande der stillschweigenden Lizenz steht aber nicht nur die ausländische Litteratur und die Jurisprudenz.\*\*\*) sondern manche Gesetze, so Italien a. 8 (reg. 9): quando (pero se) colui che gode la privativa somministra egli medesimo le preparazioni o i mezzi meccanici, il cui adoperamento (uso esclusivo) costituisce l'oggetto di una privativa, presumesi che abbia nel tempo medesimo conceduto il permesso di farne uso, purché non esistano patti in contrario.

Allerdings sieht man sich hierbei zu manchen Connivenzen genöthigt. So nimmt man in der amerikanischen Praxis an, dass, wenn der Patenteiguer eine Patentverlängerung durch den Congress erwirkt, der Erwerber einer unter dem Patent rechtmässig erworbenen Maschine befugt sei, sie auch nach der Verlängerung des Patentes weiter zu benützen, bis sie abgenützt ist.\*\*\*)

Und auch sonst neigt sich die englisch-amerikanische Jurisprudenz im praktischen Resultat unserer Anschauung zu; wobei man ja stets Verfahrens- und Maschinenpatent unterscheiden muss.†) Namentlich geht das Streben dahin, den gutgläubigen Käufer zu schützen.††)

#### b. Einfluss der Be- und Verarbeitung auf den Zusammenhang.

##### § 179.

Eine Patentverletzung liegt vor, auch wenn die Sache nach erfolgter Be- oder Verarbeitung gebraucht oder verbreitet wird, also auch dann, wenn sie durch Verarbeitung eine ganz andere Verkehrswesenheit angenommen hat; vorausgesetzt, dass sie in dem schliesslichen Ergebniss noch in ihrer Eigenart erkennbar ist. Das Patent ergreift die Sache nicht nur in ihrer einmaligen Verkehrsbeschaffenheit, es ergreift die Sache in jeder Verkehrsbeschaffenheit, es ergreift insbesondere auch den Rohstoff in der Verarbeitung zum Fabrikat, das Halbfabrikat in der Verarbeitung zum Ganzfabrikat.

Denn die Wirkung der Verarbeitung, eine Sache dem Vermögen des Einen zu entziehen, und dem Anderen zuzuwenden, gilt nur vom dinglichen Recht, sie gilt nur vom Stoffeigenthum, das der Arbeit erliegen muss; im Patentrecht handelt es sich aber

\*) Vgl. auch Walker § 159.

\*\*) So auch noch R.G. 19. Dec. 1898 Bl. f. Patentw. V S. 35. So nimmt man in Amerika an, dass durch Vorbehalt beim Verkauf das Recht der Verbreitung und das Recht des Gebrauchs der Waare auf bestimmte Theile des Bundesgebiets beschränkt werden könne; Entscheidungen bei Walker § 302, Myer § 4029. Im übrigen wird hier die Idee der stillschweigenden Lizenz unzähligmal ausgesprochen; so z. B. Circ. Court North. Distr. New York August 1877 Off. Gaz. XII p. 842.

\*\*\*) Myer § 2494 f., 5941. Anders die Entsch. ib. § 5197.

†) Vgl. die Urtheile bei Myer § 5189 ff., 5926 ff., Crosswell

p. 2.

††) So neuerdings der englische High Court 1. Mai 1895 Incandescent gas light Co. v. Cantelo, Report XII p. 262.

nicht um Stoffeigenthum, sondern um eine geistige Arbeitsidee, welche die Sache in jeder Gestalt und Verwirklichung erfasst, welche überall durchdringt, solange die Sache noch erkennbar vorhanden ist, und sie darum auch in alle Formungen und Gestaltungen hinein verfolgt. Und wenn man auf der einen Seite die schöpferische Ideenarbeit des Erfinders und auf der anderen Seite die Arbeit, welche den Stoff umgestaltet, auf die Waage legt, so geht naturgemäss die erstere vor, und das Patentrecht schlägt durch.

Vorausgesetzt ist, dass die Sache noch in erkennbarer Weise vorhanden ist. Ist schliesslich der Stoff so untergegangen, dass er nach unseren Verkehrsbegriffen nicht mehr im Erzeugnisse steckt, dass er nur als Kraftmittel, das seine Kraft abgegeben hat, noch nachwirkt, dann kann das Erfinderrecht nicht mehr durchdringen, weil eine so weite ungehemmte Durchführung schliesslich die ganze Welt zersetzen und uns jeden greifbaren Halt, jeden Boden unter den Füssen nehmen würde: die Verfolgung der Kraftenergie durch den Weltraum ist dem Rechte nicht möglich; es muss sich an das Stoffliche halten, kann aber allerdings hier entweder bei einer bestimmten Gestalt des Stofflichen stehen bleiben, wie das Eigenthum, oder das Stoffliche in die verschiedensten Formen verfolgen, solange es noch als ein stofflich Identisches nachweisbar ist — so das Patentrecht.

So ist insbesondere patentirte Baumwolle noch in dem Baumwollenfabrikat, noch im baumwollenen Gewebe, im baumwollenen Kleide erkennbar, ein patentirtes Leder noch in den Schuhen, ein patentirtes Glas noch in den Glasprodukten, ein patentirtes Holz noch in den Holzmöbeln; dagegen ein Viehfutter nicht mehr im Thier, ein Heizungsmittel nicht mehr in geschmolzenen Metall, ein Gährungserreger nicht mehr im Bier u. s. w.: solche Erzeugnisse können nicht mehr durch das Patent an die in ihrer Energie nachwirkenden Arbeitsstoffe gebunden werden. Nur dann können auch sie noch unter das Patent fallen, wenn nicht etwa das Arbeitsmittel, sondern die Arbeitsmethode patentirt ist und das Erzeugniss als das Erzeugniss dieser Arbeitsmethode erscheint. Allein dies gehört einer anderen Betrachtungsweise an (unten S. 462).

Das Patent verfolgt also den Stoff in allen seinen Gestaltungen, es verfolgt aber nicht die vom Stoff entsendete Arbeitsenergie. Es verfolgt den Stoff in seinen Gestaltungen, aber es verfolgt ihn nicht in seiner Eigenschaft als Summe der Moleküle, es verfolgt ihn nur als ein physikalisches Wesen von bestimmter molekularer Beschaffenheit. Wie es daher die Arbeitsenergie nicht verfolgen kann, so kann es nicht die Stoffmoleküle verfolgen, wenn sie in einer neuen chemischen Zusammensetzung eine ganz andere physikalische Natur angenommen haben. Haben die Moleküle sich mit anderen so verbunden, dass das Ganze etwas physikalisch

Anderes geworden ist, so erscheint es dem Recht nicht mehr als dasselbe; denn das Recht kann die Sache nur als physikalische Sache in Betracht ziehen. Nur solche chemische Aenderungen, welche die physikalische Eigenart belassen, wären bedeutungslos.

Natürlich könnte aber, wenn der Stoff durch solche Molekülenverbindung seine Eigenart verloren hätte, diese Eigenart wieder hervortreten, sobald er aus dieser Molekülenverbindung gelöst wäre und in der alten physikalischen Beschaffenheit wieder erstünde. Wäre also (was allerdings in Deutschland nicht vorkommen kann) eine neue Säure patentirt und würde diese Säure in eine chemische Kombination gebracht, so dass sie ihre physikalische Gestalt verlöre, so könnte diese Kombination frei circuliren, vorausgesetzt, dass nur die Säure, nicht auch die Kombination der Säure mit neuen Basen Gegenstand des Patentes wäre. Würde man aber die Säure wieder aus der Verbindung herausholen und sie dann veräussern oder gewerblich verwerthen, so würde sie wieder unter das Patent fallen; denn sonst könnte ja der Erfolg des Patentes dadurch umgangen werden, dass Jemand eine Kombination in Deutschland einführt und Andere dann aus dieser Kombination den verbotenen Stoff wieder herauszögen. Ja, selbst die Verbreitung der Kombination würde unter das Patent fallen, wenn die Zurückführung in den früheren Zustand leicht wäre und die Kombination nur zu dem Zweck erfolgte, hierdurch die Verbreitung der ursprünglichen Säure auf einem Umwege zu bewirken. Juristisch würde hier nur die in der Verbreitung der Kombination liegende mittelbare Verbreitung der Säure in Betracht kommen.

Auch dann müsste das Patentrecht zurücktreten, wenn der Stoff zwar noch vorhanden wäre, er aber nicht in der Eigenschaft als Stoff, sondern nur in der Eigenschaft als Arbeitsenergie in Betracht käme. Man könnte also eine Sache nicht patentrechtlich verfolgen, wenn sie lediglich ein patentirtes Löthmittel oder einen patentirten Leim enthielte, der die Theile zusammenfügt; man könnte ein Gemälde nicht deshalb verfolgen, weil es mit patentirten Farben gemalt ist, oder ein Buch, weil es mit patentirter Drucker-schwärze gedruckt ist: denn hier handelt es sich um ein Ideeausdrucksmittel, das für uns nur in dieser Arbeitsenergie, nicht in seiner sonstigen stofflichen Wesenheit in Betracht kommt. Dagegen wäre eine Verfolgung allerdings möglich, wenn eine Statue aus patentirtem Material gearbeitet, ein Gemälde auf patentirte Leinwand gemalt, ein Buch auf patentirtes Papier gedruckt wäre.

6. Erzeugnisse des Verfahrens.

§ 180.

Beim Verfahrenspatent wird die Erfindung zunächst durch Wiedergabe des Verfahrens, durch Produktion nach Maassgabe der patentirten Methode benützt, und eine solche Benutzung liegt natürlich auch dann vor, wenn die dabei verwendeten Arbeitsmittel patentrechtlich frei sind, auch dann, wenn die an sich patentirten Arbeitsmittel durch Verarbeitung ihre patenttragende Gestalt verlieren (S. 441, 460).

Allein das Verfahrenspatent kann noch in anderer Weise benutzt werden: das Verfahrenspatent ist das Patent für eine Methode eine Sache herzustellen; es verfolgt das Verfahren in alle seine Stadien, vom Anfang bis zum Ende; es ergreift auch das Verfahren an seinem Zielpunkte, denn das Ziel ist nur die Verkörperung des Verfahrens, es ist die Verwirklichung der das Verfahren beherrschenden Idee.

Eine Verletzung des Verfahrens liegt daher auch in der Verbreitung dieser produzierten Sache, aber natürlich nur dann, wenn das Produkt auf diesem Wege hergestellt wurde, nicht wenn seine Herstellung in anderer Weise erfolgt ist. Der Unterschied zwischen dem Stoff- und dem Verfahrenspatent (S. 118 f.) liegt also darin: beim Stoffpatent darf die Sache nicht verbreitet werden, gleichgültig in welcher Weise sie (z. B. im Auslande) geschaffen worden ist; beim Verfahrenspatent darf die Sache nicht verbreitet werden, wenn sie auf patentirtem Wege produziert worden ist, sie darf es aber, wenn die Herstellung auf andere Weise erfolgt ist.

Dies ist von ausnehmender Wichtigkeit; denn die Verfahrenspatente sind von der allergrössten Bedeutung: die billigere, bequemere Herstellung von Waaren, die als Waaren bereits bekannt sind, gehört zu den Hauptaufgaben der Industrie, und auf einem ihrer Hauptgebiete, in der chemischen Industrie, gibt es nur Verfahrenspatente, keine Stoffpatente (S. 85 f.). Würde der Satz nicht gelten, so könnten die deutschen chemischen Erfindungen nicht nur in den Nichtpatentländern (Holland, und was die chemische Industrie betrifft, Schweiz) ungehindert nachgemacht, sondern ohne Arg in Deutschland eingeführt und in Deutschland verbreitet werden.

Der irrigen Wortinterpretation des alten Patentgesetzes gegenüber habe ich zuerst 1879 in Baden-Baden diesen Standpunkt vertreten, er ist auch vom Reichsgericht angenommen worden;\*) das neue Patentgesetz hat durch die Fassung des § 4 jeden Zweifel gehoben:

---

\*) Vgl. Busch, Archiv Bd. 47 S. 349 f., Aus dem Patent- und Industrierecht Bd. I S. 17 f., wo die Entscheidungen abgedruckt sind; vgl. auch Patentbl. 1888 S. 187, auch R.G. vom 25. October 1890 Entsch. Strafs. XXI S. 205 f.

„Ist das Patent für ein Verfahren ertheilt, so erstreckt sich die Wirkung auch auf die durch das Verfahren unmittelbar hergestellten Erzeugnisse.“\*)

Das Verfahrenspatent erstreckt sich also auf das Verfahrenserzeugniss, es erstreckt sich auf dieses in der Art, dass es im Inlande nicht verbreitet werden darf; es erstreckt sich auf dieses in der Art, dass es im Inlande nicht benutzt werden darf. Es wäre daher auch eine Patentverletzung, wenn Jemand Glühstrümpfe oder Carbidstoffe, die im Auslande nach unseren Patenten produziert sind, im Inlande gewerblich benützen würde.

Der Grundsatz, dass das Verfahren das Erzeugniss deckt, gilt, sofern das Verfahren und das Erzeugniss in causalem Zusammenhange stehen; also sofern das Verfahren die dem Erzeugniss entsprechende Lösungsidee darstellt; und die dem Erzeugniss entsprechende Lösungsidee ist:

- a) die Lösungsidee, der das Erzeugniss seine Verkehrseigenschaft verdankt;
- b) die Lösungsidee, der das Erzeugniss eine Aenderung verdankt, ohne seine bisherige Verkehrseigenschaft aufzugeben.\*\*)

Dagegen steht ein Verfahren, das nicht eine solche Lösungsidee, sondern nur eine Durchführungsidee gibt, durch die die Lösungsidee vollzogen werden kann, mit der maassgebenden Sache nicht in causalem Zusammenhang, also insbesondere nicht das Verfahren, durch das ein bei der Lösung benütztes Element hergestellt wird. Das Patent, welches die Herstellung eines solchen Durchführungselementes deckt, hindert nicht die Verbreitung einer Waare, welche der darüber stehenden Uebererfindung ihren Verkehrscharakter verdankt.

Dass dies richtig ist, zeigen die Folgerungen. Gewiss kann, wer eine neue Feuerung für Fabriken erfindet, kein Anrecht darauf erheben, dass in Folge dessen alle Erzeugnisse vom Inland ausgeschlossen werden, bei deren Herstellung eine solche Feuerung angewendet worden ist; ebensowenig kann davon die Rede sein, dass, wer zur Förderung der Erze aus dem Bergwerk ein Verfahren erfindet, ein Anrecht hat auf alle Maschinen, die nun mit solchem Metall hergestellt werden, so dass er sie vom Inlande ausschliessen könnte u. s. w.

\*) So auch die englische Jurisprudenz, Agnew p. 274 f., Aus dem Patent- und Industrierecht I S. 229 (namentlich Appellhof vom 15. März 1880 Heyden v. Neustadt); so auch die französische Jurisprudenz, namentlich Seine-Trib. vom 6 Februar 1890, in meinem Aufsatz in Z. f. gewerbl. Rechtssch. II S. 129, 130; Appellhof Paris vom 1. Juli 1891 Pataille 1893 p. 74; ferner Cass.-Hof vom 27. Juni 1893 Sirey 97 I p. 517, auch Appellhof Nancy vom 18. März 1896 Pataille 1896 p. 238. So auch die italienische Jurisprudenz, Trib. Mailand vom 1. März 1895 Rivista I p. 198, vom 17. September 1895 ib. II p. 184.

\*\*\*) Vgl. oben S. 166.

Dementsprechend ist das gebaute Haus nicht das Ergebniss des patentirten Verfahrens, wenn etwa eine der bei Herstellung des Hauses erfolgten Hantirungen kraft eines patentirten Verfahrens vollzogen, z. B. das Haus nach einem patentirten Verfahren ausgetrocknet worden ist\*)

Und ebenso wäre es völlig unstatthaft, Erzeugnisse des Landbaues deshalb auszuschliessen, weil hier ein patentirtes Verfahren angewendet worden ist, etwa um das Feld zu düngen oder um die Reblaus zu zerstören.

Was soeben von dem das blosse Durchführungselement betreffenden Patent gesagt ist, gilt insbesondere, wenn das Patent lediglich eine Maschine, ein beim Verfahren benutztes Geräthe betrifft;\*\*) es gilt dies noch mehr: denn das Maschinenpatent deckt ja nur die Maschine als Mittel der Funktion, es deckt nicht die Maschinenfunktion selbst; das Erzeugniss könnte aber nur als Erzeugniss der Maschinenfunktion, nicht als Erzeugniss der Maschine betrachtet werden. Dies gilt, wenn die Maschine nur in einem bestimmten Theile des Verfahrens Anwendung findet, es gilt auch, wenn das ganze Verfahren in der Funktion der Maschine besteht, denn nicht die Funktion, sondern die Maschine als Mittel der Funktion ist geschützt (S. 116).

Das ist denn auch von selbst klar: eine Bestimmung, dass Waaren, bei deren Herstellung patentirte Maschinen verwendet worden sind, dem Patente mit unterlägen, würde zu unhaltbaren, undurchführbaren Folgerungen führen.

Daher besteht kein Alleinrecht auf den Faden, der mit einer bestimmten Spinnmaschine, auf das Gewebe, das mit einer bestimmten Webmaschine hergestellt worden ist; und wenn man im Auslande sich etwa einer im Inlande patentirten Futterschneidmaschine, oder eines derartigen Spiritusbrennapparates bediente, so kann das geschnittene Futter oder der Spiritus darum doch im Inlande verbreitet werden.

Soweit das Produkt und die Durchführungsidee.

### § 181.

Dagegen ist das Produkt aus der Lösungsidee, die ihm den Charakter verleiht, hervorgegangen, auch wenn es innerhalb dieses Charakters eine Verarbeitung oder Umänderung erfährt; nicht aber wenn es einem weiteren Verfahren eine solche Aenderung verdankt, dass es zu einer anderen Verkehrsgattung von Sachen gehört. Denn in diesem Falle würde die

\*) Vgl R.G. vom 31. März 1897 Bl. f. Patentw. III S. 148.

\*\*) Aus dem Patent- und Industrierecht I S. 23 f.

erste Lösungsidee zurücktreten und zur Durchführungsidee für die die Verkehrseigenschaft bestimmende Lösungsidee werden.

Wenn also eine bestimmte Webart patentirt ist, so ist das auf solche Weise hergestellte Gewebe vom Patentschutz erfasst, auch wenn es durch Appretur einen besonderen Glanz bekommt, auch wenn es besonders gefärbt oder mit einem glänzenden Stoff überzogen wird. Wenn die Herstellungsweise von Röhren patentirt ist, so sind solche Röhren dem Patente verfangen, auch wenn sie durch Bestreichung oder durch eine Behandlung der Oberfläche noch einen besonderen Werth erhalten u. s. w. Wenn die Herstellung von Holzwolle patentirt ist, so ist es Patentverletzung, wenn ein Apotheker diese Holzwolle imprägnirt und dann die imprägnirte Waare weiter verbreitet. \*)

Anders wäre es, wenn aus patentmässig hergestelltem Teige Brod, mit patentmässig hergestelltem Zucker Backwaaren, mit patentmässig hergestelltem Weine Essig oder Liqueur, aus patentmässig hergestelltem Faden ein Gewebe produziert, aus patentmässig hergestelltem Stahl eine Maschine gebaut oder ein Buch auf patentmässig fabrizirtem Papier gedruckt, ein Gemälde auf patentmässig gearbeiteter Leinwand gemalt würde (B.G.B. § 950).

Hier ist die Sache also anders als beim Stoffpatent: dieses verfolgt das Objekt auch durch seine Verarbeitung hindurch, solange die Sache in ihrem physikalischen Charakter als identisch zu betrachten ist (S. 459 f.). Der Unterschied ist auch sehr begründet: ist die Erfindungsidee die Idee des Stoffes als eines bestimmten physikalischen Dings, dann ist es völlig korrekt, dass das Patent diese Idee in allen ihren Gestaltungen deckt; erfasst aber die Erfindungsidee nur die Herstellungsweise des Stoffes, so ist es zwar korrekt, dass sie den Stoff als Ergebniss miterfasst, aber nur, solange der Stoff als das causale Ergebniss des Verfahrens zu betrachten ist, nicht auch, wenn das Verfahren lediglich einen Zwischenstoff geschaffen hat, mit dem die allein causale Lösungsidee weiter operirt.

Die Lösungsidee ist in der Sache verkörpert, wenn sie die Hauptwesenheit der Sache bedingt; sie ist auch dann verkörpert, wenn sie nur eine Aenderung der Sache bedingt, auch eine Aenderung ohne verarbeitende Bedeutung. In diesem Falle verkörpert dasselbe Ding das zur Hauptsache führende Verfahren, es verkörpert aber zu gleicher Zeit auch das Verfahren, das diese Aenderung erzeugt; die Sache kann also eine doppelte Ideenverkörperung darstellen und daher nach zwei Seiten hin patentrechtlich verfolgbar sein. Ist das Hauptverfahren frei, dann ist die Sache natürlich nur kraft des Aendungsverfahrens verfolgbar, sie ist es aber.

\*) R.G. vom 6. Dezember 1893 Bolze XVII. 119.

Kohler, Patentrecht.

Hat daher Jemand ein neues Verfahren, um Lampencylinder zu schleifen, oder um das Kanonenrohr anders zu gestalten, oder um den Auerstrumpf haltbarer zu machen, erfunden, so kann er verbieten, dass die im Auslande nach diesem Verfahren produzierten Waaren im Inlande verbreitet werden.\*)

Ebenso wenn Jemand ein besonderes Verfahren erfindet, Wolle zu färben: die so gefärbte Wolle darf in Folge des die Färbung betreffenden Patentbesitzes, nicht verbreitet werden; ebenso wenn Kaffeegeschirr nach einer patentirten Methode versilbert ist: der Gebrauch solchen Kaffeegeschirres in einer inländischen Kaffeewirtschaft wäre ein Eingriff in das Patentrecht.\*\*)

Daher also der Satz:

1. Unstatthaft ist die Verbreitung der Waare, welche die Lösungsidee repräsentirt, sollte diese Lösungsidee in der Herstellung oder bloss in der Aenderung der Sache ihre Verkörperung finden;
2. die Verbreitung ist unstatthaft, solange die die Lösungsidee verkörpernde Waare nicht solche Aenderungen erfahren hat, dass sie kraft Verarbeitung einer anderen Klasse von Waaren angehört. Eine solche Aenderung hebt die Verbindung der Waare mit der ursprünglichen Lösungsidee auf.

In gleicher Weise, wie die nachträgliche Umänderung, ist die nachträgliche Verbindung des Produktes mit anderen Produkten zu behandeln. Es kommt darauf an, ob die Sache trotz der Verbindung ihren wesentlichen Verkehrscharakter behält oder ihn durch die Verbindung mit der Hauptsache verliert.

Daher steht ein kraft Patentverfahrens hergestellter Lampencylinder oder Glühstrumpf unter dem Patent, auch wenn er nur in Verbindung mit der Lampe oder dem Brenner verkauft wird; ebenso ein Farbstoff, auch wenn er nicht direkt, sondern als Färbemittel von Wolle oder Baumwolle in Verkehr kommt.\*\*\*)

Dagegen würden künstliche Steine, die mit einem Patentverfahren hergestellt worden sind, ausserhalb des Patentbesitzes fallen, wenn sie in ein Haus eingefügt und dadurch mit ihm unverbrüchlich verbunden sind; oder patentmässig hergestellte Wolle oder Baumwolle, wenn sie gewoben und ein solches Gewebe in Handel gesetzt wird.

Der Gedanke nun, dass man bei dieser Charakteristik des Gesamtproduktes als des Schlusspunktes des Verfahrens nur auf das letzte Verfahren, nicht auf die Herstellung der zum Verfahren nöthigen Zwischenfaktoren zurückgehen darf, ist vom

\*) Vgl. auch Wirth im Gewerbbl. Rechtsschutz II S. 105.

\*\*) A. A. französischer Cass.-Hof 24. März 1848 Sirey 48 I p. 579.

\*\*\*) L.G. Elberfeld vom 19. November 1897 Bl. f. Patentw. IV S. 10.

deutschen Gesetz durch den Satz zum Ausdruck gebracht, dass sich das Verfahrenspatent „auf die durch das Verfahren unmittelbar hergestellten Erzeugnisse“ erstreckt (§ 4).

Die Ausdrucksweise ist, wie gezeigt, nicht ganz genau, sie ist die nicht völlig korrekte Ausdrucksform eines richtigen Gedankens; die ungenaue Fassung schadet aber nichts, wenn man nur die Sache nicht nach dem Buchstaben nimmt, sondern, wie oben, sinn- und principgemäss versteht.

§ 182.

Die Gesetzesbestimmung über den Schutz des Verfahrensprodukts ist hauptsächlich der chemischen Produkte wegen gegeben; sie beschränkt sich nicht hierauf. Allerdings können Produkte physikalischer Herstellung ein Stoffpatent erlangen, und es wird der Schutz dieses Stoffpatentes längst ausreichen, so dass man auf das Verfahren gar nicht zurückzukommen braucht. Aber auch bei mechanischen Erzeugnissen hat der Rechtssatz seine Bedeutung; denn:

1. vielfach kann das Produkt ein Stoffpatent nicht erlangen, weil es als Sache nicht neu, weil nur seine Herstellung neu ist;

2. vielfach kann das Produkt zwar wesentlich verbessert sein, aber so, dass die Verbesserung nur quantitativer Art und desshalb dem Patente unzugänglich ist;

3. vielfach hat der Erfinder den Hauptnachdruck auf das Verfahren gelegt und es versäumt, das Patent auf das Erzeugniss zu erstrecken, also ein Stoffpatent zu erlangen;

4. in vielen Fällen würde das Stoffpatent nicht ausreichen, weil der Stoff bloss ein Produktionsmittel oder zwar einen Bestandtheil des Fabrikats bildet, aber als Bestandtheil in ihm so aufgeht, dass er nach dem Begriffe des Verkehrs nicht mehr als ein in ihm Fortenthaltenes anzusehen ist. In diesem Falle würde das Stoffpatent nicht durchschlagen, um den Vertrieb des Fabrikats dem Patentinhaber vorzubehalten. Dagegen kann er ihm vorbehalten sein, wenn die Art und Weise, wie die Sache eingefügt, die Art und Weise, wie das Produktionsmittel verwendet wird, zur Lösungs-idee gehört und daher mit der Lösungs-idee geschützt wird: der Schutz breitet sich dann auch auf die Waare aus, die der Lösungs-idee ihr Dasein verdankt.

Dem deutschen Gesetze folgt das österreichische in § 8: „Ist das Patent für ein Verfahren ertheilt, so erstreckt sich die Wirkung auch auf die durch dieses Verfahren unmittelbar hergestellten Gegenstände.“

Im Uebrigen vertauscht es den Ausdruck „gewerbmässig“ mit „betriebsmässig“, ohne dass dadurch sachlich etwas geändert würde.\*)

Ebenso bestimmt Ungarn § 8: „Die Wirkung eines auf ein Verfahren

\*) Vgl. Studien in Grünhut XXV S. 209 f.

gewährten Patentes erstreckt sich auch auf die nach diesem Verfahren hergestellten Erzeugnisse.“

Ueber die Praxis im englischen, französischen, italienischen Recht vgl. oben S. 463.

### Dritter Abschnitt.

## Beschränkungen des Benutzungsrechts.

### A. Vorbenutzung.

#### I. Erfindungsbesitz und Vorbenutzung.

##### § 183.

Neben dem Patentrecht steht das Recht des Vorbenutzers, § 5 P.G.

Das Recht des Vorbenutzers, als Beschränkung des Patentrechts, beruht auf der Idee des Besitzes und ist ein Recht, welches, aus dieser Idee entsprungen, das Streben hat, einen bestehenden Besitzzustand, dem Patente gegenüber, zu erhalten.

Solange kein Patentrecht vorhanden ist, genießt der Vorbenutzer als Vorbenutzer überhaupt kein Recht; er kann ein Individualrecht haben als Geheimnißbesitzer, er kann Träger eines Immaterialrechts sein: allein dieses sind alles Rechte, die mit seiner Eigenschaft als Vorbenutzer nichts zu thun haben.

Solange also kein Patent besteht, hat der Vorbenutzer keine Besitzrechte, er hat sie nicht, weil er sie nicht braucht, weil die sonstigen Rechte einstweilen genügen, soweit er einen Schutz bedarf; ihm genügt der Individual- und Immaterialschutz gegen Geheimnissentwendung; seiner Erfindungsbenutzung kann einstweilen Niemand entgentreten, — da wäre es überflüssig, einen Besitz als Recht anzunehmen.

Anders von dem Augenblick an, wo ein Dritter ein Patentrecht erwirbt; mit dem Zeitpunkt dieses Erwerbs hat der Patentberechtigte die Befugniß, ihm die weitere Erfindungsausübung zu verbieten — und da bedarf er nun eines Gegenrechts, um diesem Verbot entgentzutreten; dieses Gegenrecht ist das Besitzrecht des Vorbenutzers.

Es ist ebenso, wie wenn ein Gewerbebetrieb früher frei war und nun monopolisirt wird: die Gewerbetreibenden hatten bisher kein subjectives Gewerbe recht, sondern sie handelten kraft ihrer Facultätsbefugniß; mit dem Momente der Monopolisirung bedarf es eines subjectiven Ausnahmerechts, um gegen das subjective Monopolrecht aufzukommen: sollen die bisherigen Gewerbetreibenden weiter fabriciren dürfen, so muss sich ihre Facultätsbefugniß

in ein subjectives Recht umwandeln: die Facultätsbefugniss wird dann zum „jus quaesitum“<sup>\*)</sup>)

Dies ist nicht der einzige Fall, wo eine Facultätsbefugniss zum erworbenen Recht wird; sie wird stets zum erworbenen Recht, sobald ein früher freies Recht dem Publikum entzogen wird und eine Anzahl von Facultätsberechtigten vom Verbot ausgenommen werden sollen: ihr ehemaliges Facultätsrecht wird zu einem dem Verbot als Ausnahmsregel entgegretenden erworbenen Recht. In dem Moment, wo auf der Strasse das Rauchen verboten, aber eine Anzahl von Personen vom Verbot ausgenommen würde, würde dieses Ausnahmerecht der bevorzugten Personen zum „jus quaesitum.“<sup>\*\*\*)</sup>)

Das Recht des Vorbenutzers, das mit dem Zeitpunkt des Patentschutzes eintritt, ist ein Recht, das mit der Kategorie des Besitzes Verwandtschaft zeigt; es ist ein Recht beruhend auf einem „Besitzstand“, welcher die Befugniss zur Fortsetzung des Besitzstandes gibt; es ist ein Recht, hervorgegangen aus der Besitzidee. Dass aber dieses Sonderrecht nicht mit anderen Erscheinungen zu einem Besitz an der Erfindung zusammengefasst werden darf, ergibt sich aus dem obigen (S. 70 f.): es ist ein Ausfluss der Besitzidee, welcher als solcher in seiner Besonderheit aufgefasst werden muss; es ist nicht ein Beispielfall eines ausgedehnten, verzweigten Besitzrechts, das im Gebiete des Immaterialrechts überhaupt nicht existirt. Die Besitzidee ist die leitende Idee, aus der das Vorbenutzungsinstitut hervorgeht, sie ist nicht die Trägerin eines förmlichen Besitzesinstituts.

Damit soll nicht gesagt werden, dass nicht die unrichtige Idee vom Erfindungsbesitz zeitweilig fruchtbar gewirkt hat.<sup>\*\*\*)</sup>)

---

\*) Schon die früheren deutschen Patentgesetze erkannten das Recht des Vorbenutzers an; so das Preuss. Publicandum v. 1815 § 8; so die Bayerische V.O. v. 21. April 1862 § 109 Z. 2; ebenso der Zo.vereinsvertrag vom 21. Sept. 1842 a. VI: „jedoch gegen die gedachten Personen ohne Wirkung.“

\*\*) Völlig unrichtig aber ist es, wegen der Möglichkeit eines solchen Wandels überhaupt den Begriff der Facultätsrechte zu streichen und die Facultätsrechte von Anfang an als erworbene Rechte zu behandeln; schliesslich könnte man das Recht, einen Ländler zu pfeifen, als jus quaesitum betrachten, weil möglicher Weise das Pfeifen verboten und nur einigen Auserwählten gestattet sein könnte!

\*\*\*) So in Frankreich, wo man auf Grund dieser Idee allgemein, ohne jeden gesetzlichen Anhaltspunkt, das Vorbenutzungsrecht angenommen und in der Praxis erkannt hat. Es ist dies einer der vielen segenbringenden Irrthümer. Vgl. Patentrecht S. 93, Kass.-Hof 30. Febr. 1849 Sirey 50 I p. 70. 28. Dec. 1855, 23. Febr. 1856 Sirey 57 I p. 159, 12. Nov. 1883 Sirey 86 I p. 29, 22. Juli 1890 Sirey 93 I p. 474 und die weiteren Entscheidungen in den Pand. franç. nr. 4483; auch Appellhof Paris 5. März 1896 Thaller (Bull. jud.) XI p. 206. Vgl. auch Thaller in seinen Annales V p. 214: sinon par la loi de 1844 elle même, du moins par une jurisprudence bienveillante . . . Zum Ganzen vgl. noch E. Adler in Grünhut XXVII S. 575 f.

Betrachten wir aber die Sache von der Besitzidee aus, so müssen wir sagen:

Der Besitz des Vorbenutzers ist ein Besitz eigener Art; er ist nicht Erfindungsbesitz im Sinne von Erfindungsalleinbesitz; er ist Erfindungsbesitz als Lizenzbesitz; er ist nicht vergleichbar dem Besitz an einem Grundstück, der ausschliesslich ist und Dritte zurückweist, er ist vergleichbar dem Besitz an einem Wegrecht, kraft dessen Jemand, des Eigenthums Dritter unerachtet, einen Weg gehen darf, ohne jedoch den Anspruch zu erheben, Dritten die Begehung des Weges zu verbieten. Der Besitz hat die Eigenschaft eines Gebrauchsbesitzes, nicht eines Alleingebrauchsbesitzes; das ihm als Folie dienende Recht ist nicht das Patenteigenthum, sondern das Lizenzrecht; wir werden am besten sagen: die Vorbenutzung gibt dem Vorbenutzer eine gesetzliche Lizenz.\*)

§ 184.

Die rechtliche Grundlage des Vorbenutzungsrechts ist also der Besitzgedanke. Wer bisher benutzt, soll weiter benutzen dürfen; *quieta non movere!* Dafür spricht dieselbe juristische Erwägung, die als Postulat an den Gesetzgeber hervortritt, wenn er Monopole schafft oder die vorhandenen Monopole ausdehnt: es ist recht und billig, dass, wer im Besitz eines Gewerbes ist, in diesem Besitze bleibt, oder wenn der Gesetzgeber dies als Widerspruch mit wichtigerem Interesse erkennt, dass solche Personen mindestens genügend abgefunden und vergütet werden.

Das Recht des Vorbenutzers beruht daher nicht etwa auf dem subjectiven Erfinderrecht des Vorbenutzers, insofern als der Vorbenutzer bereits Erfinder oder Rechtsnachfolger eines Erfinders ist, dessen Rechtstand gegenüber dem neuen Erfinder, welcher ein Patent erwirbt, gewahrt bleiben soll.\*\*) Zwar erfüllt das Besitzinstitut auch diesen Zweck; denn, wenn der Erfinder, der kein Patentrecht erworben hat, weichen muss, so ist es doch recht und billig, ihn nicht völlig zurückzudrängen; allein es ist nicht der einzige Zweck des Instituts: zwar hat der Erfinder, der seine Erfindung benutzt hat, einen Anspruch auf das „*quieta non movere*“; ebenso aber auch jeder Vorbenutzer, der nicht Erfinder ist. Dazu kommt, dass die Erfindung im Sinne der geistigen Erfassung der Erfindungseingebung nicht genügt: auch der Erfinder, der die Erfindung kraft eigener Kraft erkannt hat, hat ein Vorbenutzungsrecht nicht, wenn er die Erfindung nicht benutzt hat; erst die Benutzung schafft das Besitzrecht: nicht als Erfinder, sondern als Vorbenutzer hat der Benutzende die gesetzliche Lizenz.

\*) Unrichtiges bei Schanze, *Gewerbl. Rechtsschutz* I S. 161.

\*\*\*) Dieser Idee hatte ich mich früher zugewendet, *Patentrecht* S. 92. Vgl. aber oben S. 197 f., 468 f.

Daher setzt das Vorbenutzungsrecht durchaus keine Doppelerfindung voraus, wenn auch der Fall der Doppelerfindung stets ein Hauptfall sein wird.\*) Es braucht gar nicht eine erste und zweite Erfindung vorzuliegen: es ist denkbar, dass der Erfinder A seine Erfindung dem x und y mitgeteilt hat und dass x sie vorbenutzt, während y ein Patent erwirbt. Es ist möglich, dass der Vorbenutzer seine Kenntniss der Lektüre eines vergessenen alten Schriftstellers verdankt, in welchem Falle zwar eine Erfindung früherer Tage vorliegt, aber keine, in die der Vorbenutzer irgendwie rechtlich eingetreten ist (oben S. 303, 353). Es ist aber auch möglich, dass, was der Vorbenutzer las, nur eine Entdeckung war, zu der er die Konstruktion hinzufügte, um dadurch den Erfolg der Erfindung zu erzeugen. Es ist auch möglich, dass eine Doppelerfindung deshalb nicht vorliegt, weil der Vorbenutzer benutzte, ohne die empirische Kenntniss zu haben, welche zur Erfindung erforderlich ist.\*\*)

Wäre etwa bisher ein Stoff als Durchgangsstoff benutzt worden, ohne dass man ihn erkannte, so hätte der Vorbenutzer zwar nicht das Recht, den Durchgangsstoff aus dem Verfahren loszulösen und gesondert herzustellen, aber er könnte, wie bisher, im Verfahren weiter produzieren; und wenn etwa bis heute die Menschheit es immer nur gekannt hätte, die Eier hart zu kochen, und Jemand für die Methode, sie nun weich zu kochen, ein Patent erhielte, so könnte der Vorbenutzer zwar keine weichen Eier verkaufen, aber er könnte immer noch Eier hart kochen, wenn es auch ein Durchgangsstadium im Hartkochen ist, dass die Eier zuerst weich werden.\*\*\*)

Eine Doppelerfindung ist also nicht erforderlich. Es wäre auch der Fall denkbar, dass A dem B die Erfindung entwendet und angemeldet hätte und B, anstatt die Anmeldung zu bekämpfen, sich an der Rolle des Vorbenutzers genügen liesse. Auch hier ist das Vorbenutzungsrecht nicht zu bestreiten. Wie es sich im umgekehrten Fall verhält, wenn der Erfindungsentwender sich als Vorbenutzer geberdet, ist alsbald (S. 472) zu entwickeln.

## II. Voraussetzung der Vorbenutzung.

### 1. Verhältniss des Besitzers zum guten Glauben.

#### § 185.

Der Vorbenutzer braucht kein gutgläubiger Vorbenutzer zu sein; er bleibt im Besitzstand, auch wenn er einem Dritten

\*) Unrichtig Gierke, deutsches Privatrecht I S. 884. Richtig das Schweizer Bundesgericht 31. Mai 1890 bei Meili, Gerichtspraxis I S. 151, 154.

\*\*) Vgl. auch Circ. Court Eastern Distr. of Pennsylv. 10. Novbr. 1885 Busch Archiv 47 S. 206.

\*\*\*) Dieses treffende Beispiel rührt, wenn ich mich recht erinnere, von Klostermann her.

das Geheimniss der Erfindung entwendet hätte. Allerdings wäre hier ein Mangel gegeben, allein der Mangel ist relativ, er ist nur ein Mangel gegenüber dem, dem die Erfindung entwendet worden ist; gibt dieser seine Genehmigung, so ist der Mangel geheilt; reagirt er nicht hierauf, so kommt der Mangel nicht in Betracht. Es ist einer der Hauptsätze der Besitzlehre, dass die Mängel des Besitzerwerbs nicht Dritten gegenüber hervortreten und, wenn die Beteiligten schweigen, überhaupt verschwiegen werden; ohne diesen Satz ist eine gedeihliche Besitzordnung nicht denkbar.

Anders wäre es, wenn der Besitzer oder sein Rechtsvorgänger dem Patentberechtigten selbst oder seinem Rechtsvorgänger das Geheimniss widerrechtlich entzogen hätte; widerrechtlich d. h. in einer dem guten Glauben widersprechenden Weise, unter Verletzung seines Individual- und Immaterialrechts; dann wäre die „*possessio*“ ein „*possessio vitiosa*“ gegenüber dem Patentberechtigten und dann würde der Einrede der Vorbenutzung die Erwiderung der Arglist entgegenstehen;\*) richtiger gesagt die Erwiderung, dass der Entwender ja verpflichtet sei, das Entwendete zurückzuerstatten, also den Erfindungsbesitz an den Erfinder herauszugeben; und hieraus ergibt es sich, dass die „*Replik*“ auch gegen den gutgläubigen Rechtsnachfolger des Erfindungsentwenders begründet ist, weil auch der gutgläubige Erwerber die entwendete Erfindung herausgeben muss, wie dies aus dem früheren (S. 252 f.) von selbst hervorgeht.\*\*)

Dem gleichen Grundsatz entspricht es natürlich, dass der Angestellte, welcher nach Rechtsgrundsätzen die Erfindung für den Geschäftsherrn machen musste, kein Vorbenutzungsrecht erwirbt, falls er auf Grund dieser Erkenntniss die Erfindung für sich benutzt;\*\*\*) und dass ferner derjenige kein Vorbenutzungsrecht hat, welcher eine Erfindung veräussert hat und sie, der Veräusserung zum Trotz, weiterbenutzen will, oder welcher gar eine schon paten-

\*) Dies habe ich bereits in meinem Patentrecht ausgeführt S. 95, sodann im Autorrecht S. 118. Es ist damals, wie so vieles andere, von aller Welt bestritten worden; neuerdings ist auch das R.G. auf diesen Standpunkt gelangt, 28. Nov. 1895 Bl. f. Patentw. II S. 3; vgl. übrigens auch schon Ansätze des Richtigen in Entsch. v. 1. Mai 1885 (Strafentscheidung) Patentbl. 1885 S. 173; vgl. aber auch 25. Febr. 1895 Bl. f. Patentw. I S. 147. Richtig auch Schweizer Bundesgericht 31. Mai 1890 Aus dem Patent- und Industrierecht III S. 10 (vgl. Meili, Gerichtspraxis I S. 151). So auch das französische Recht, z. B. Appellhof Grenoble 1. August 1887 Pataille 90 p. 33. Vgl. auch Meili, Schweizer Patentgesetz S. 102.

\*\*) Vgl. Munk, Patentrechtl. Lizenz S. 28. Ganz verfehlt bei Schanze, Gewerbbl. Rechtsschutz I S. 170, der das Individualrecht und seinen Charakter als subjectives Recht völlig verkennt. Derartige Dinge lassen sich nur aus der allgemeinen Rechtslehre befriedigend entwickeln.

\*\*\*) Dass die Benutzung der Erfindung im Gewerbe des Geschäftsherrn und für den Geschäftsherrn kein Vorbenutzungsrecht gibt, ist schon aus anderen Gründen klar (S. 475.)

tirte Erfindung veräussert hat oder welchem ein Patent abgepfändet worden ist.\*) Mit dem Augenblick, wo das Erfinderrecht in rechtsgültiger Weise übergegangen ist, und zwar mit Ausschliesslichkeit übergegangen ist, ist das Weiterbehalten der Erfindung und ihre Weiterbenutzung fehlerhaft, sie ist ebenso fehlerhaft, wie wenn der Veräusserer des Hauses oder der, den eine Zwangsversteigerung aus dem Hause getrieben hat, noch wohnen bleiben oder sich wieder in den Besitz des Hauses setzen wollte.

Eine Entwendung der Erfindung kann auch darin liegen, dass ein Vorbenutzer die Erfindung aus einer ausländischen Patentanmeldung des Erfinders und aus der dieser entsprechenden Bekanntgebung erfahren hat und sie sodann im Inlande nachmacht: eine Entwendung liegt hier vor, wenn man erwarten kann, dass die Anmeldung auch im Inlande erfolgen wird, und wenn nun Jemand innerhalb der gesetzlichen Sperrfrist schleunigst die Vorbenutzung eintreten lässt: dies wäre eine unlautere theilweise Vereitelung der Vorwirkung der ausländischen Anmeldung, jener Vorwirkung, die ja im allgemeinen die Vorbenutzung nicht berührt, aber doch auch durch den Vorbenutzer nicht gegen Treu und Glauben vereitelt werden soll — weder ganz noch theilweise (oben S. 292).

## 2. Benutzung als Besitzhandlung.

### § 186.

Das Vorbenutzungsrecht beruht auf der Idee des Erfindungsbesitzes. Besitz ist, wie oben ausgeführt, nicht bloss ein Erkennen der Idee; Besitz verlangt, dass man die Idee technisch durchführt: Besitz ist Bethätigung; die Bethätigung kann genügen ohne Erkenntniss, sie kann genügen mit mangelhafter Kenntniss.

Besitz ist Bethätigung mit der Absicht der Bethätigung; nicht nothwendig mit der Absicht der Durchführung einer erkannten Idee — denn diese ist vielleicht noch unerkannt —, wohl aber mit der Absicht eines Thuns, welche, wenn auch unbewusst, diese Idee enthält.

Das Thun muss ein gewerbliches, die Absicht auf ein gewerbliches Thun gerichtet sein. Das nicht gewerbliche Thun liegt ausserhalb des Erfinderrechts; wer privatim benutzt hat, darf nun nicht etwa auf das Gewerbe überspringen und eine gewerbliche Benutzung beginnen. Die private Benutzung bedarf ja keines Vorbenutzungsrechts: sie kann auch nach dem Patent nicht verboten werden; sie bewegt sich also in einer Sphäre, die durch das Patent nicht berührt wird, sie ist nicht eine

\*) R.G. 9. Nov. 1882 Patentbl. 1882 S. 101.

„possessio“, im Gebiete des Patentrechts, die dem Patent gegenüber den Fortbestand erheischt.\*)

Auch hier ist gewerblich in dem umfassenden Sinne der patentrechtlichen Gewerblichkeit verstanden; insbesondere gehört hierher auch die Vorbenutzung durch Staat und Staatsanstalten, Gemeinde und Gemeindeanstalten; es gehört hierher auch die gewerbliche Benutzung durch Handwerk und Hausindustrie.

Die bisherige Benutzung muss also eine gewerbliche sein, sie ist es aber, auch wenn sie bis jetzt keine gewinnbringende gewesen ist,\*\*) sie ist es natürlich auch dann, wenn der Benutzer die wirtschaftliche Tragweite der Erfindungsübung nur mangelhaft erkannt hat.\*\*\*)

Die Vorbenutzung muss eine technische Vorbenutzung sein; sie kann, wenn es sich um ein Verfahren handelt, im Gebrauch des Verfahrens, wenn um einen körperlichen Erfindungsgegenstand, in der Produktion und im Gebrauch desselben bestehen.

Sie kann keine bloss handelsmässige sein; wer bisher die Erfindungssache weder hergestellt, noch gebraucht, noch auch das Verfahren in Anwendung gebracht, sondern lediglich Produkte verbreitet oder feilgehalten hat, der hat nicht etwa nach der Patentertheilung das Recht eines Vorbenutzers d. h. das Recht, Erfindungsgegenstände weiter ins Inland einzuführen und im Inlande zu verbreiten. Die Vorbenutzung gibt nur eine Herstellungs- und Gebrauchs-, nicht eine Einfuhrlicenz. Für eine solche spräche nichts. Es hat guten Sinn, dass man die Sacherzeugung in ihrem bisherigen Stande aufrechterhält, es hätte keinen Sinn, die neu auftauchende inländische Produktion dem bisher betriebenen Auslandshandel aufzuopfern. Der Handel hat so viele Dinge, auf die er sich ohne neue Einrichtungen und Vorbereitungen werfen kann, dass ein Festhalten einer einzelnen Verkehrsware kein genügendes Bedürfniss ist, während das Versagen der Weiterproduktion grosse Anlagen lahm legen kann; wozu kommt, dass die bisherige Produktion, wenn auch nicht auf Erfindung beruhen muss, doch auf Erfindung beruhen kann, mithin der Besitzschutz zugleich ein Element ist, um den Erfinder zu schützen, was bei der blossen Einfuhr nicht der Fall ist.†)

Die Benutzung muss eine gegenwärtige sein: eine vergangene Benutzung genügt nicht; es würde daher nicht hinreichen, wenn die Benutzung vor dem massgebenden Moment, nämlich der

\*) Richtig Schanze, Gewerbl. R. I S. 190. So auch L.G. Berlin 9. August 1880 Patentbl. 1880 S. 202, R.G. 25. Februar 1895 Bl. f. Patentw. I S. 147.

\*\*\*) Vgl. R.G. 25. Februar 1895 Bl. f. Patentw. I S. 147.

\*\*\*\*) Vgl. R.G. 14. Januar 1893 Patentbl. 1893 S. 102.

†) Vgl. Studien in Grünhut XXV S. 230.

Patentanmeldung, aufgehört hätte, so dass der Benutzer erst jetzt, nachdem das Patentamt die Wichtigkeit der Erfindung enthüllt hat, wieder auf etwas Vergangenes zurückgreifen wollte. Dies darf allerdings nicht missverstanden werden: auch der endgültige Betrieb kann mit Rücksicht auf die Art des Artikels möglicherweise nur mit Unterbrechungen stattfinden oder auf einige Zeiten des Jahres angelegt sein: es wird hierbei wesentlich auf die Art der Sacherzeugung und den wechselnden Bedarf des Publikums ankommen. Die Benutzung dauert fort, wenn die Benutzungsakte sich in einer den Anforderungen des Betriebs entsprechenden Weise ohne erhebliche unmotivirte Unterbrechung an einander reihen; sonst aber nicht: auf einzelne frühere Benutzungshandlungen darf um so weniger zurückgegriffen werden, als hier gar keine Zeitbeschränkung bestünde, und etwa eine Benutzung vor 100 Jahren vom Erben wieder aufgenommen, auch die 5 Jahre des § 28 Patent-G. theilweise illusorisch gemacht werden könnten.\*)

Der Besitz muss ein Besitz im Sinne einer Benutzung im eigenen Gewerbe sein; es genügt nicht, wenn der Benutzer nur als Besitzgehülfe wirkt. Wer also im Gewerbe eines andern an der Benutzung theilgenommen, sie vielleicht selbst geleitet hat, hat keinen Besitz und entsprechend auch kein Recht auf Weiterbesitz.\*\*)

Dagegen kann der Besitz des wirklichen Besitzers ein mittelbarer oder unmittelbarer sein: ein mittelbarer, wenn der Träger des Geheimnisses nicht selbst benutzt, sondern Anderen Lizenzen gibt, wenn er diese Anderen unter dem Siegel der Geheimhaltung und unter vertragsmässiger Garantie dafür in sein Geheimniss einweiht, mit dem Recht, es innerhalb bestimmter Grenzen auszubeuten. Hier ist der mittelbare und der unmittelbare Besitzer berechtigt.]

Kein mittelbarer, sondern ein unmittelbarer Besitz liegt dann vor, wenn der Fabrikant Theile der Waare in fremder Werkstätte fertigen lässt, auch dann, wenn er sie von dort zu einem Stückpreis bezieht; ja, selbst wenn er die Waare auf seine Rechnung ganz dort machen lässt, ist er der ausführende Theil.

Anders wäre es, wenn die Sache bisher so eingetheilt war, dass A einen Theil des Erfindungsgegenstandes auf seine Rechnung verfertigte und diese Halbfabrikate etwa theils in das Inland theils in das Ausland absetzte, und wenn darauf B die Halbfabrikate von ihm bezog und daraus das Endfabrikat herstellte: hier sind beide Theile Besitzer; der erste ist Besitzer des einen, der andere des andern Theils des Herstellungsprozesses.

\*) Man denke sich den Fall, dass z. B. Jemand eine Produktion wegen Unergiebigkeit aufgegeben oder sich einer ganz andern Art von Thätigkeit gewidmet hat und nun auf Vergangenes zurückkommen wollte, nachdem eine Patentanmeldung eines Andern seine Wichtigkeit dargelegt hat, und dies gar, nachdem die 5 Sicherungsjahre verstrichen sind.

\*\*) R.G. 1. Mai 1885 Patentbl. 1885 S. 177.

Eine unmittelbare Benutzung wäre auch dann gegeben, wenn A mit B und C im Verständniss wäre, indem jeder ein Stück der Waare producirt und der Gewinn getheilt würde: hier wäre weder A, noch B, noch C, sondern die aus diesen 3 Personen gebildete Gesellschaft als Vorbenutzerin zu betrachten.

Die Vorbenutzung kann die Benutzung einer physischen, wie juristischen Person sein; ein Verein als Rechtsperson kann Benutzer sein, aber auch eine aus mehreren Personen gebildete Gesellschaft: hier haben die einzelnen Personen einen Mitbesitz, der ihrem Miteigenthum am Gesellschaftsvermögen (§ 718 B.G.B.) entspricht.

### 3. Versuch der Benutzung als Bethätigung des Besitzwillens.

#### § 187.

Die Benutzung muss eine gegenwärtige, sie darf nicht eine erst zukünftige sein. Wer die Erfindung kennt und vorhat, sie in Benutzung zu setzen, der ist noch nicht in Benutzung. Hier aber gibt die Rechtsordnung eine Erleichterung; sie berücksichtigt den sich in „einem Anfang der Ausführung“ bethätigenden Versuch. Der Versuchsbegriff des Strafrechts wird hier verständnissvoll auf das Civilrecht übertragen: es genügt, dass der Benutzenwollende die zur Benutzung erforderlichen Veranstaltungen getroffen hat. Wenn der Versuchsbegriff im Strafrecht fruchtbar ist, warum soll er nicht auch im Civilrecht bedeutsam werden? Nicht zwar auf dem Gebiete der Willenserklärung durch Worte — hier hat er keinen Raum, wohl aber wenn es sich um die Willenserklärung durch die That handelt. Hat die Rechtsordnung Gründe, denjenigen, welcher ein Verbrechen zu begehen versucht, auch ohne Vollendung des Verbrechens in Anspruch zu nehmen, so kann sie auch Grund haben, einen, der zur Benutzung Veranstaltungen getroffen hat, bereits einem Benutzer gleich oder fast gleich zu stellen. Dafür spricht die einleuchtende Erwägung, dass, wer Vorbereitungen gemacht, wer Mühe und Kosten aufgewendet, wer zu einem bestimmten Zweck mit den Hindernissen gerungen hat, doch gewiss zutreffend so behandelt wird, als ob er schon in der Benutzung wäre: er hat ja bis jetzt das Schlimme der Sache ohne das Gute gehabt; da ist es recht und billig, dass man ihn so behandelt, als ob ihm auch schon das Gute zugekommen wäre.

Der Versuch der Benützung steht also patentrechtlich der Benutzung gleich, § 5 P.G.

Der Versuch verlangt

1. eine auf die Vollendung gerichtete Absicht; die Vollendung aber, die beabsichtigt sein muss, ist der gewerbliche Betrieb.

Blosse Laboratoriumsversuche, bei denen es zweifelhaft ist, ob sie zu einem brauchbaren Ergebniss führen, genügen daher nicht. Wer solche Versuche anstellt, der will erst erproben, er will sich erst verlässigen, ob die Sache zu einer gewerblichen Verwerthung angethan ist. Solche Versuche sind daher nicht der Anfang der Ausführung, sondern im Gegentheil: ihr Wesen besteht darin, dass sie dem Entschluss der Ausführung vorhergehen und das Material bieten, aus dem dieser Entschluss sich ergeben soll.

Das gleiche gilt, wenn Jemand zwar schon über das Stadium der Laboratoriumsversuche hinweggelangt ist, aber noch zweifelhaft nach der einen oder anderen Seite hinzielt, ohne dass er sich für einen bestimmten Weg entschieden hat. Wer die Absicht hat, muss über den einzuschlagenden Weg im Reinen sein, wenn auch natürlich im Detail der Ausübung manche Varianten hervortreten können, in denen sich der Augenblick, in denen sich die Gegenwart geltend macht.

Insbesondere ist es nur ein Zustand der Vorbereitung, wenn man, unsicher, ob und was man produciren will, einstweilen Proben herstellt, die man an das Publikum versendet, um zu sehen, ob und was Anklang finden wird\*)

2. Die Absicht der Ausführung muss in festbezeichnete Weise an die Aussenwelt gerückt, der Plan so vergegenständigt sein, dass hierdurch sowohl die Art des Thuns zu Tage tritt, als auch eine genügende Energie, um dieses Thun zur Vollendung zu führen.

Der Wille der vollendeten Durchführung eines bestimmten Planes muss also zum Ausdruck gebracht sein.\*\*)

Daher genügt die blosse Anfertigung eines Modells nicht; denn dieses hat doch mehr die Aufgabe, ein Bild von der Sache zu geben, um die Entscheidung, ob man den Betrieb beginnen soll, zu erleichtern. Auch kann möglicherweise das Modell manche Aenderungen erfahren, bevor man sich zu einer bestimmten Art des Betriebs entschliesst. Das Modell ist daher vielfach gerade das Zeichen, dass man sich noch im unsicheren Vorbereitungsstande befindet.\*\*\*)

Ebensowenig genügt die Anfertigung von Zeichnungen, die Aufstellung einer Patentbeschreibung mit Beispielen und Proben, die man irgendwo niederlegt; denn dies geschieht,

\*) O.L.G. Köln in Z. f. gew. R. I S. 185, R.G. 20. Januar 1896 Bolze XXII 121.

\*\*) Vgl. R.G. 28. Nov. 1883 Entsch. X S. 94, 24. Oct. 1887 Patentbl. 1887 S. 387, 14. Januar 1892 Bolze XVI 107, 14. Januar 1893 Entsch. XXX S. 63, 20. Januar 1896 Bl. f. Patentw. II S. 115, 24. Oct. 1887 Entsch. Strf.S. XVI S. 414. Unrichtig Schanze, Gewerbl. Rechtssch I S. 195 f.

\*\*\*) Vgl. auch O.L.G. Colmar vom 28. Juni 1895 Bl. f. Patentw. I S. 304; R.G. vom 20. Januar 1896 Gewerbl. Rechtssch. I S. 174.

um die Priorität einer Erfindung zu beweisen, die man im Moment noch nicht anmelden, aber auch noch nicht in Benutzung nehmen will, etwa weil man sie für nicht genügend gereift hält, oder weil man den Augenblick nicht für den richtigen erachtet, um (ohne Patent) die Produktion zu beginnen. Anders wenn die Zeichnungen mit Maassen und näherer Bauangabe gemacht werden, um für den fest projektirten Bau als Grundlage zu dienen: hier kann die Zeichnung, wenn die Absicht noch aus anderen Aeusserungen hervortritt, ein sicheres Symptom des Ausführungs-willens bilden.

Wohl aber genügt die Herstellung der Fabrikräumlichkeiten, die Herbeischaffung der Maschinen, bezw. die erforderliche Herbeischaffungsthätigkeit;\*) und wenn etwa die Maschinen bereits für andere Zwecke vorhanden waren, so genügt jeder Akt, welcher den endgültigen Willen der Uebertragung der Maschinenfunktion auf den neuen Zweck bekundet.

Hierbei muss natürlich die Vorbereitung in ihrer Gesamtheit ins Auge gefasst werden; so wird z. B. die Anlage eines Fabrikgebäudes eine genügende Veranstaltung sein, auch wenn aus den kahlen Wänden heraus die Zweckbestimmung nicht ersichtlich ist: allein sie findet in den hierzu erfolgten Vorbereitungen, Ausmessungen, Verhandlungen ihre genügende Auslegung; und ebenso verhält es sich mit der Herbeischaffung von Maschinen, die an sich zu verschiedenen Zwecken dienen können. Muss ja doch auch bei der strafrechtlichen Versuchslehre gesagt werden: hat der Thäter seinem Willen eine äussere Ausprägung gegeben, welche eine genügende Energie verräth, so ist die Frage, ob diese Ausprägung das Vergehen genügend individualisirt, unter Berücksichtigung aller Momente der That zu beurtheilen.

### III. Inhalt des Vorbenutzungsrechts.

#### 1. Vorbenutzungsrecht als gesetzliche Lizenz.

##### § 188.

Schon oben wurde das Vorbenutzungsrecht charakterisirt als gesetzliche Lizenz; diese Bezeichnung ist ernst zu nehmen: es ist eine Lizenz mit allen Eigenarten des Lizenzrechts;\*\*) also ein Lizenzrecht als Benutzungsrecht, vorbehaltlich des Benutzungs-

\*) Die Bestellung der Maschinen im Auslande genügt nur dann, wenn noch andere Momente hinzukommen, vgl. R.G. 10./24. Januar 1900 Seuffert 56 Nr. 12.

\*\*) Diese Charakteristik als gesetzliche Lizenz gegenüber dem Eigenrecht hat auch im Schweizer Gesetz zu der sehr bezeichnenden Folge geführt, dass, wie der Patenteigner und die Inhaber der von ihm abgeleiteten Rechte ihre Waaren mit dem Zeichen des Schweizer Patentrechts (dem eidgenössischen Kreuz) und der Patentnummer versehen müssen, so auch der Vorbenützer; §§ 20, 21 des Schweiz. Gesetzes.

rechts Anderer; ein Lizenzrecht ohne Klagerecht gegen Dritte,\*) ohne ein Einschränkungsrecht gegenüber dem Patentberechtigten und seinen Rechtsnachfolgern, und ohne dass diesen irgendwie verboten werden könnte, Lizenzen zu ertheilen: selbst in dem eigenen örtlichen Bezirke des Vorbenutzers darf der Patentberechtigte produziren und verkaufen; er darf ihm jede Konkurrenz machen, und ein etwaiger unlauterer Wettbewerb wäre ein Einbruch in sein Individual-, nicht in sein Lizenzrecht.

## 2. Umfang der Lizenz.

### § 189.

Das Vorbenutzungsrecht beruht auf Besitz: die Lizenz richtet sich daher nach dem Besitz; nicht als ob sie sich sklavisch dem Umfange der bisherigen Benutzung anschliesse: wenn ich den Besitz einer Dienstbarkeit habe, so kann ich sie mehr oder minder intensiv ausüben. Wohl aber ist der Besitz entscheidend für den (juristisch) qualitativen Umfang der Lizenz: die Lizenz erstreckt sich auf diejenige Arten der Benutzung, welche bisher geübt wurden; sie erstreckt sich auf diese Benutzungsarten in der Weise, dass ein Hervortreten über sie hinaus die Berechtigung überschritte und daher in den Kreis des Patentbesitzes fiel, sich also als Patentverletzung kundgäbe.\*\*)

Bestand also die Vorbenutzung in der Benutzung eines Verfahrens, so geht auch das Vorbenutzungsrecht dahin, dass der Vorbenutzer das Verfahren weiter benutzen darf; bestand es in der Herstellung einer körperlichen Sache, so hat er weiter das Recht, solche Sachen herzustellen; bestand es in dem Gebrauch körperlicher Sachen, so hat er fürder das Gebrauchsrecht.

Ein Hinüberspringen von dem Einen auf das Andere ist nicht zulässig. Man kann nicht sagen, die Vorbenutzung umfasse stets die Erfindung in ihrer Gesamtheit: dafür spricht kein Grund. Wer einerseits einen Stoff produziert und wer andererseits den von Anderen produzierten Stoff gebraucht, — diese beiden vollziehen so verschiedenartige Thätigkeiten, dass gar keine genügende Rechtfertigung vorliegt, den Besitzstand vom einen auf den anderen zu übertragen. Wenn die Rechtsordnung dem Erfindungsberechtigten ein und für allemal ein bestimmtes Maass von Rechten gibt, das ihm voll zusteht, so liegt kein Grund vor, dem Besitz, welcher ja

\*) Wogegen nichts im Wege steht, dass der Vorbenutzer eine Feststellungsklage gegen den Patentberechtigten erhebt; R.G. vom 11. Juni 1890 Entsch. XXVI S. 64 Patentbl. 1890 S. 365. Diese Feststellungsklage ist vom Oesterreich. Patentgesetz, § 9, besonders vorgesehen: es bestimmt, dass sie in dem gleichen Verfahren, wie die Nichtigkeitsklage, zu verhandeln sei.

\*\*) So ausdrücklich Oesterreich § 95 Z. 2.

doch nur ein Recht auf den Fortbestand verlangen kann, eine ebenso weit gehende Tragweite zu geben und Jemanden, der bisher die Fabrikation A betrieben hat, auch zur Fabrikation B zu berechnen.

Allerdings das muss zugestanden werden: a) der produzierende Vorbenutzer hat das Recht, seine Produkte zu veräußern,\*) er hat das Recht, sie selbst zu veräußern oder durch Dritte zur Veräußerung zu bringen, Dritte zur Veräußerung seiner Produkte zu ermächtigen;\*\*\*) und die Erwerber der Produkte sind zur Benützung befugt.

Er hat also, wenn die Vorbenutzung in der Ausübung eines Verfahrens besteht, das Recht, die Produkte dieses Verfahrens zu vertreiben, er hat, wenn die Vorbenutzung in der Herstellung von Produkten einer bestimmten Art besteht, das Recht, diese Produkte in Verkehr zu bringen. Durch sein Vorbenutzungsrecht werden alle Verbreiter seiner Waaren ebenso gedeckt, wie sonst durch das Lizenzrecht des produzierenden Lizenzträgers.

Dies ist keine Erweiterung des Besitzrechts; es beruht vielmehr auf den oben entwickelten Regeln über die Verbindung der verschiedenen Erfindungsbenutzungen (S. 452 f.) und auf dem Satz, dass die einmalige Gesamtausnutzung der Erfindung das Erfinderrecht nach allen Seiten hin erschöpft.

b) Hat Jemand die Gebrauchslizenz in Bezug auf eine Sache, so kann er die Sache vom Patentberechtigten erwerben — allein hierfür bedürfte er die Gebrauchslizenz gar nicht; denn, wer eine Maschine vom Patentberechtigten erwirbt, darf sie auch ohne weitere Gebrauchslizenz benutzen. Mithin muss man dem Lizenzberechtigten gestatten, die Sache für seine Benutzung aus dem Auslande zu beziehen oder sie für seine Benutzung selbst zu schaffen; und ebenso der Vorbenutzer, dessen Vorbenutzung im Gebrauch der Erfindungsgegenstände bestand: er darf diese Gegenstände weiter benutzen und sie daher für diesen Gebrauch kommen lassen oder selbst schaffen, aber auch nur für diesen Gebrauch.

Soweit die von einander verschiedenen Erfindungsthätigkeiten: Herstellung und Gebrauch; die Verbreitung kommt hier nicht in Betracht: denn die Lizenz des Vorbenutzers ist, wie S. 474 ausgeführt, stets nur Herstellungs- und Gebrauchs-, sie ist nie blosse Verbreitungs-, nie blosse Einfuhrlizenz.

Damit ist aber die Möglichkeit der (juristisch) qualitativen Begränzung der Vorbenutzung noch nicht erschöpft: auch innerhalb des Gebrauchs, auch innerhalb der Herstellung gibt es eine

---

\*) Vgl. auch R.G. vom 14 März 1882 Patentbl. 1882 S. 65; 11. Juni 1890 Entsch. XXVI S. 64.

\*\*\*) Vgl. R.G. vom 4. Februar 1882 Entsch. in Strafs. VI S. 10.

Reihe von Möglichkeiten, von denen bisher der Besitzer die eine gewählt hat: hat er sie gewählt, so ist seine gesetzliche Lizenz auf Gebrauch und Herstellung in dieser Sphäre beschränkt.

Kann also eine Erfindung in der Sphäre A und in der Sphäre B benutzt werden und hat sie der Vorbenutzer nur in der Sphäre A benutzt, so ist seine Lizenz auf die Sphäre A beschränkt, und die Sphäre B ist ihm versagt; sie ist ihm versagt, wenn er sie auch erdacht hätte; sie ist ihm versagt, sofern er nicht auch diese Art der Ausübung begonnen oder einen genügenden Versuch dazu gemacht hat.

Hierbei muss man aber wohl ins Auge fassen, dass eine Erfindungsausübung sich noch in der Sphäre A hält, wenn es sich auch um verschiedene konstruktive Anwendungen desselben Gedankens zu wesentlich demselben wirtschaftlichen Resultate handelt, sofern nur die eine Anwendungsform das Aequivalent der anderen ist, so dass der Vorbenutzer eben die eine Form wählt, weil sie ihm besser zusagt, und auf die andere Form übergeht, weil späterhin die andere Form die angänglichere ist.

Aber auch dies gilt nur unter einer wichtigen Beschränkung: damit die eine Form das Aequivalent der anderen ist, muss der Vorbenutzer den Erfindungsgedanken mindestens soweit erfasst haben, dass ihm das Wesentliche des Gedankens gegenüber dem Unwesentlichen der Form klar geworden wird. Hat er nachwandlerisch, traumhaft, ohne jedes Verständniss, eine gewisse Methode beobachtet, so ist für ihn diese Methode Alles; sie ist ihm nicht die Aeusserung eines Erfindungsgedankens, sondern ein Ganzes, wobei Wesentliches und Unwesentliches, Erfindungsgedanken und Ausführung ungetrennt sind. Hier kann er eine äquivalente Durchführung nicht beanspruchen; denn er hat nicht den Erfindungsgedanken, abgesehen von der einen Verwirklichungsform, ausgenutzt, und auf seine Benutzung ist seine Vorbenutzungslizenz beschränkt.

Hat er aber den Gedanken erfasst, so kann er nicht nur Aequivalente im Sinne des Gleichguten, er kann auch Aequivalente im Sinne des Besseren einschleichen; er kann also auch Erfindungen, welche für den Patentträger den Gegenstand eines Zusatzpatentes bilden würden, machen und mitbenutzen, er kann auch für diese Erfindungen ein Patent (allerdings ein selbstständiges, kein Zusatzpatent) erwerben.

Daraus geht insbesondere hervor: während im Erfinderrecht der Satz gilt: was für ein Resultat erfunden ist, ist für alle aus der Erfindung stammende Resultate erfunden, so gilt dieser Satz vom Vorbenutzer nur, sofern die auf das eine Resultat erzielende Lizenz auch die übrigen Resultate umfasst. Wer also einen Stoff produzieren darf, darf ihn für alle möglichen Verwerthungsweisen produzieren; wer aber kraft Lizenz ein Verfahren anwenden darf,

ist nicht berechtigt, es auf andere Produktionsweisen zu erstrecken. Im Stoff sind die Eigenschaften krystallisirt, im Verfahren ist die technische Wirkung wechselnd, von der Art des Betriebes abhängig, wie sich dies aus der Lizenzlehre ergeben wird.

War die Vorbenutzung eine mittelbare, so besteht das Recht der Benutzung in dieser mittelbaren Weise fort. Der Vorbenutzer ist also nunmehr Oberlicenzberechtigter, die bisherigen Unterbenutzer werden Unterlicenzberechtigte: als solche dürfen sie weiter benutzen, denn die Vorbenutzung bezieht sich nicht nur auf den Eigenbesitz (S. 475). Erlischt aber das Recht der Unterlicenzen, so tritt der Oberlicenzberechtigte, hier also der Vorbenutzer, mit seiner gesetzlichen Lizenz ein, und das volle Benutzungsrecht jener wird wieder in seiner Person vereinigt. Weitere Lizenzen zu schaffen, nachdem Lizenzen heimgefallen sind, ist der gesetzliche Oberlicenzträger nicht in der Lage.

Anders wenn der Besitz Mehrerer ein unmittelbarer war, aber so, dass Jeder nur theilweise produzierte, also A die eine, B die andere Produktionshälfte vollführte: hier steht künftighin jedem nur diese halbe Produktion zu. Wenn also die Produktion aus den Theilen a bis b und b bis c besteht, so darf künftig der eine den Weg a bis b, der andere den Weg b bis c zurücklegen (S. 475): technisch qualitative Beschränkung. Natürlich braucht in diesem Falle B die Halbfabrikate nicht von A zu beziehen, er kann sie auch vom Auslande kommen lassen, um von da aus die weitere Produktion b bis c durchzuführen; ebenso kann A die Halbfabrikate nicht bloss an B absetzen, sondern auch an das Ausland; nach dem Princip, dass der Kundenkreis kein beschränkendes Element bildet, worüber sofort Weiteres zu erörtern ist.

§ 190.

Soweit die qualitative Beschränkung. Dagegen ist das Recht des Vorbenutzers weder örtlich noch quantitativ beschränkt: denn die örtliche wie die quantitative Ausdehnung ist nur ein Moment in der Intensität der Benützung, nicht ein Charakteristikum der Ausdehnungssphäre der Benützung. Zwar könnte man gegen diese Auffassung Verschiedenes einwenden: man könnte eine Beschränkung auf den ungefähren Stand des Betriebes zur Zeit der Patentanmeldung befürworten;\*) allein aus dem Grundsatz: „quantum possessum tantum praescriptum“ ergibt sich dies nicht nothwendig: ein Hereinbeziehen der wirtschaftlichen Quantität in die Charakterisierungsfrage ist schon an sich eine immer nur aus besonderen Gründen gerechtfertigte Unnatur; und wollte man etwa soweit gehen, nicht nur

\*) Vgl. mein Patentrecht S. 137.

den Produktions-, sondern auch den Kundenkreis zu stereotypiren, indem also, wer für das Inland produziert habe, auch ferner nur für das Inland produziren dürfe, wer für das Ausland, weiter für das Ausland, so würde man die Produktion in ihrem Nerve lähmen: denn das ist ja das Belebende in der Produktion, dass sie in der Einwirkung auf die Aussenwelt stets wechseln, den Interessentenkreis stets vertauschen kann. Auch sonst hätte ein quantitatives Festlegen der Produktion schwere Bedenken, namentlich wenn man erwägt, von welchen Zufälligkeiten der augenblickliche Stand des Geschäftes abhängt und wie sehr eine Unternehmung, ohne ihren Charakter zu verändern, sich den Umständen anpassen, sich erweitern und beschränken kann. Daher ist die gesetzliche Lizenz quantitativ und örtlich unbeschränkt.\*) Der Vorbenutzer darf also den Betrieb in höchstem Umfang ausdehnen, er darf auch Zweigniederlassungen gründen, er darf neue Unternehmungen schaffen, alles nach den Lizenzgrundsätzen, sofern die Vielheit der Unternehmung durch die Einheit der Person zusammengehalten wird.

Er darf auch Theile der zu produzierenden Sache in anderen Betrieben herstellen lassen, sofern nur eben die Herstellung auf seine Rechnung geschieht; in welcher Beziehung völlig die Lizenzgrundsätze gelten.\*\*)

Wesentlich sind aber zwei Principien, die in der Lehre von der Lizenz weiter zu erörtern sind:

1. Der Lizenzberechtigte ist nicht befugt, seine Lizenz zu verdoppeln und zu vervielfachen;

2. die Lizenz ist persönlich, sie darf nur mit dem Betriebe vererbt und veräussert werden;\*\*\*) mit dem Betriebe kann sie veräussert werden, auch auf dem Zwangswege. Sie folgt aber nicht nothwendig dem Betriebe: sie kann bei Veräusserung des Betriebes vom Vorbenutzer zurückbehalten werden.†)

Diese Grundsätze können bei Vertragslicenzen vertragsmässige Ausnahmen erleiden; im Gebiete der gesetzlichen Lizenz gelten sie unbedingt.††)

\*) So auch R.G. vom 14. März 1882 Entsch. Strafs. VI S. 107. Richtig auch bereits Henderichs in der deutschen Juristenzeitung 1879 S. 274 f.

\*\*) Dies wird verkannt von Schanze, Gew. Rechtssch. I S. 198. Die von ihm citirte Stelle, R.G. 25. Februar 1895, spricht nicht für die entgegengesetzte Ansicht; mindestens ist hier nicht klar unterschieden zwischen dem Fall, wo ein Besteller eines Werkes auf seine Rechnung produziren lässt, und dem Fall, wo Jemand eine Waare von einem solchen bezieht, der auf seine eigene Rechnung produziert.

\*\*\*) Vgl. auch für das französ. Recht Cass.-Hof vom 22. Juli 1890, Sirey 93 I p. 474.

†) Unrichtig Schanze, Gewerbl. Rechtsschutz I S. 199.

††) Dies ist nun auch sicher nach der jetzigen Fassung des § 5; es war

Nur das eine muss bemerkt werden: Die Lizenz steht dem Vorbenutzer zu, sie kann daher auch dem Staat oder der Gemeinde zustehen, falls diese eine Erfindung bisher für sich benützt haben. Natürlich gelten hier die gewöhnlichen Regeln; hat jedoch Staat oder Gemeinde oder ein anderer Kommunalverband bisher eine Erfindung im Kreis ihrer socialen Aufgaben benützt, also etwa zur Beleuchtung der Strassen oder zur elektrischen Beförderung des Publikums oder zur Heizung der Staatsanstalten, so wäre es nicht gestattet, die Erfindung für eine blosse egoistisch-industrielle Unternehmung des Staates in Anspruch zu nehmen; also wenn derselbe Staat z. B. eine Tabakmanufaktur oder eine Seidenfabrik anlegen wollte; denn in dieser Eigenschaft würde der Staat nicht kraft seiner socialen Aufgabe, sondern als Fiskus, als Vermögenspersönlichkeit handeln: es wäre gleichsam eine vom Staat als dem socialen Staat abgezweigte neue Persönlichkeit, welche privatim wirkend lediglich Privatzwecke verfolgte. Dies wäre keine quantitative Beschränkung im obigen Sinne — im Gebrauch für Staatsanstalten wäre der Staat unbeschränkt; es wäre eine Beschränkung kraft der Zweiheit der Staatspersönlichkeit.

Die Lizenz des Vorbenutzers ist auch zeitlich unbeschränkt: sie dauert solange, als das Patent dauert; insbesondere hört das Recht des Vorbenutzers nicht durch Nichtgebrauch auf. Während allerdings die faktische Vorbenutzung im Moment der Patentanmeldung vorhanden sein muss, so untersteht das durch diese Vorbenutzung einmal erworbene gesetzliche Lizenzrecht den Regeln des Lizenzrechts: es erlischt also nicht durch Nichtgebrauch: der Gebrauch kann vom Vorbenutzer jederzeit unterbrochen und wieder aufgenommen werden; er kann wieder aufgenommen werden, auch ohne dass die Continuität des Betriebes bestehen bleibt.

Das Recht des Vorbenutzers ist in der deutschen Weise anerkannt:  
im Schweizer Gesetz, a. 4;\*)  
in Canada (1888) s. 46;  
in Luxemburg (1880) a. 5;  
in Schweden (1884) § 16;  
in Norwegen (1885) a. 8;  
in Dänemark (1894) a. 6;  
in Oesterreich § 9 (dazu E. Adler a. a. O. S. 577 f.);  
in Ungarn (1895) § 12;  
in Finland (1898) § 2.

aber schon nach der früheren Fassung anzunehmen, R.G. vom 4. Februar 1882 Entsch. in Strafs. VI S. 10, O.L.G. Colmar vom 24. Dezember 1897 Z. f. Elsass-Lothr. XXIII S. 207, 212.

\*) Hierzu Bundesgericht vom 31. Mai 1890, Propr. ind. VII p. 36.

## B. Enteignung.

### § 191.

Erfindungsrechte unterliegen der Enteignung im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt, so namentlich im Interesse der Heeres- oder Flottenmacht; aber auch einer Enteignung im Interesse der Arbeits- und Dienstverhältnisse; sodann einer Enteignung im Interesse der Volksernährung: insbesondere kann eine Enteignung von Erfindungen, welche sich auf Herstellung von Nahrungs- oder Arzneimitteln beziehen, ein dringendes Bedürfniss sein: man denke sich den Fall, dass es gelingt, Eiweiss, Eiweissstoffe und damit auch das Fruchtmehl künstlich zu bilden. So § 5 P.G.

Die Enteignung kann nicht in der Vollentziehung des Patentbesitzes bestehen, sie kann nur in der Schaffung von Lizenzrechten bestehen zu Gunsten des Staates oder zu Gunsten anderer Personen, denen der Staat diese Lizenzrechte weiter gibt; zu Gunsten des Staats, d. h. des deutschen Reichs, das allerdings seine Rechte auf einen einzelnen Bundesstaat übertragen kann, ebenso wie es sie auf einen Privaten übertragen könnte.

Die Enteignung erfolgt durch den Reichskanzler kraft Verwaltungsaktes; kraft Verwaltungsaktes, der in das bürgerliche Recht eingreift und dieses mindert; kraft Verwaltungsaktes, der dem Reichskanzler als Vertreter des Reiches untersteht, zu dem er selbstständig befugt ist, ohne Zustimmung des Bundesraths.

Die Enteignung kann nur auf Antrag des Reichs oder eines Bundesstaates erfolgen;\*) der Antragstellende gilt als der Enteignungsgegner, auch wenn er den Antrag stellt, um die Lizenz irgend einem Unternehmer zuzuwenden; und zwar kann das Reich den Antrag stets stellen, es kann ihn stellen zu Gunsten irgend welcher Unternehmung, von der das Reich annimmt, dass ihre Förderung dem öffentlichen Interesse entspricht; ein Bundesstaat aber kann den Antrag nur für solche Unternehmungen stellen, die sich innerhalb seines besonderen Gebietes und Kreises bewegen, er kann ihn nur stellen, soweit ein Unternehmen sich in seinen Grenzen entwickelt. Es muss aber stets dem Reich anheimstehen, in das Enteignungsverfahren einzutreten und den Antrag eines Bundesstaates zu dem seinigen zu machen: in diesem Falle tritt der Antrag mit gesteigertem Umfang auf, denn die obigen Beschränkungen fallen weg; in diesem Falle wird das Reich Enteignungsgegner.

Die Enteignung erfolgt gegen Entschädigung; die Entschädigungspflicht tritt kraft Gesetzes ein: sie ist die unmittelbare gesetzliche Folge der Enteignung; sie ist nicht etwa die Folge

\*) So auch in der Schweiz a. 13: Antrag des Bundesraths oder einer Kantonalregierung; hier erfolgt die Enteignung durch die Bundesversammlung

eines mit der Enteignung verbundenen Zwangsvertrags: ein solcher wird überhaupt nicht abgeschlossen und braucht nicht abgeschlossen zu werden: ein solcher Vertrag kann sich nur auf die Höhe der Entschädigung beziehen oder die gesetzlich eingetretene Pflicht zur Anerkennung bringen.

Die Entschädigung ist eine Entschädigung für die Gewährung des Lizenzrechts; sie ist daher in der Höhe zu entrichten, in der bei privater Ertheilung von Lizenzen eine Lizenzgebühr zu erwarten steht; entschädigungspflichtig ist der Enteignungsgegner, also das Reich oder der Bundesstaat, der die Enteignung beantragt hat: sie sind es, auch wenn sie die Enteignung wollen, um die Lizenz einem Dritten zuzuwenden; wird der Antrag zunächst von einem Bundesstaate gestellt, aber dann vom Reich übernommen, so wird das Reich Enteignungsgegner und daher für die Entschädigung haftbar.

Eine Enteignung kennt:

Schweden (1884) § 17;

Norwegen (1885) a. 9;

Luxemburg (1880) a. 5;

Oesterreich § 15;

Ungarn (1895) § 14;

Finland (1898) § 3;

Ecuador (1880) a. 4;

Bolivia (1858) a. 4;

ferner England s. 27 und so die Kolonialländer: Südaustralien (1877) s. 36, Westaustralien (1888) s. 32, Victoria (1890) s. 48, Queensland (1884) s. 30, Tasmania (1893) s. 39, Neuseeland (1889) s. 36, Trinidad (1894) s. 13, Canada (1898) s. 44 und auch Indien (1888) a. 17 und die Länder des indischen Rechts (z. B. Ceylon a. 15).

In Japan (1899) Art. 16 kann die Enteignung schon während des Patentertheilungsverfahrens in der Art stattfinden, dass dann das Patent abgelehnt oder nur bedingt ertheilt wird.

Das Oesterreichische Recht kennt nicht nur eine Enteignung zur Erlangung von Lizenzen, sondern auch eine Enteignung zur Erlangung des Erfinderrechts, so dass das volle Erfinderrecht an den Staat fällt. Dabei muss in diesem Fall auch der Lizenzträger und der Vorbenutzer entschädigt werden. So Oesterreich. Ges. § 15.

Auch andere Rechte kennen eine Enteignung in diesem gesteigerten Maasse, so:

Mexico (1890) a. 15;

Brasilien (1882) a. 1 § 4, namentlich aber

Schweiz, § 13, wo eine Erfindung zum Eigenthum des Bundes enteignet werden kann, wo es aber auch statthalt ist, sie dem freien Verkehr zu überantworten, also das Patent aufzuheben, das privatrechtlich gebundene Gut dem Gemeingebranch preiszugeben.\*)

Noch finden sich bedeutsame Beschränkungen:

nach Norwegischem Gesetz (1885) a. 9 bekommt der Patentberechtigte nur für die zwei ersten Jahre eine Entschädigung;

nach Oesterreichischem Gesetz, § 10, tritt eine privilegierte Enteignung zu Gunsten der Kriegsverwaltung ein, sofern diese von Erfindungen Gebrauch machen darf, welche sich auf Kriegsmaterialien beziehen; sie ist

\*\*) Hierzu Cérésolle p. 55.

privilegiert: denn es bedarf einmal keiner Enteignungserklärung; sodann ist die Feststellung einer billigen Entschädigung Sache der Ministerien, ohne dass ein gerichtliches Anrufen stattfindet.

Vgl. auch noch Türkei (1880) a. 12.

### C. Freiheit des internationalen Fahrzeugverkehrs.

#### § 192.

Schon oben (S. 68) wurde hervorgehoben, dass sich ein Inlandspatent nicht auf ausländische Seeschiffe beziehe, auch wenn sie in inländischen Gewässern sind; es müsste denn sein, dass sie für das Inland produziren: ausländische Seeschiffe sind Theile des Auslandsgebietes.\*)

Sind auf solche Weise Seeschiffe, die sich zeitweise im Inlande befinden, frei, so müssen analoge Grundsätze auch von ausländischen Landfahrzeugen gelten. Zwar sind diese nicht international, wie die Seeschiffe, zwar gelten sie nicht als Theile des Auslandsgebietes; allein sie können als Zubehörden des Auslandsgebietes angesehen werden, und wenn daher auch nicht alle Rechtsätze, die für das Auslandsterritorium gelten, auf sie Anwendung finden, so ist doch zu beanspruchen, dass sie in einer Reihe von Beziehungen derselben Rechtsordnung, wie das Auslandsgebiet, unterliegen; daher § 5 P.G.

Als solche Auslandszubehörden haben zu gelten Fahrzeuge, welche

a) im Auslande stationirt sind, so dass ihre Heimath im Ausland, nicht im Inlande ist; sind sie im Inland stationirt, so ist natürlich die Zubehördeneigenschaft nur mit dem Inland begründet, sollte das Fahrzeug sich auch weiterhin im Auslande bewegen;\*\*)

ausserdem muss b) die hauptsächlichliche Bestimmung des Fahrzeuges das Verweilen im Auslande sein, so dass sein Dasein im Inland nur ein vorübergehendes ist. Es ist darum unstatthaft, ein Fahrzeug etwa an einem Gränzort im Auslande zu stationiren, wenn es von da täglich in das Inland fährt, um im Inland seine Funktionen zu vollziehen: die Zubehörden des Auslands müssen auch in ihrer Funktion die Auslandsbestimmung kundthun; es ist unstatthaft, unter dem Vorwande der Auslandszubehörde der Inlandsordnung entgegen zu wollen: jede Zubehörde muss eine wirkliche Zubehörde sein, nicht bloss eine scheinhafte.

Unter diesen Voraussetzungen gelten als Auslandszubehörden

\*) Den dort erwähnten Gesetzen sind beizufügen: Kapland (1860) s. 15, Britisch-Honduras (1862) s. 24, Leeward-Inseln (1876) s. 26, Natal (1870) s. 16, Südaustralien (1877) s. 35, Queensland (1884) s. 45, Neuseeland (1889) s. 49, Victoria (1890) s. 63, Westaustralien (1892) s. 3, Tasmanien (1893) s. 52.

\*\*\*) Vgl. R.G. vom 20. October 1887 Patentbl. 1887 S. 371.

Fahrzeuge aller Art, insbesondere Schiffe, Dampfbahnen, elektrische Bahnen, Luftballons, Motore und Fahrräder, gleichgültig, ob sie zur Personen- oder Sachbeförderung dienen.

Die Eigenheit der Auslandszubehörde ist es nun, dass die Inlandsordnung sie nicht berührt, mindestens was das Patentwesen betrifft: das Inlandspatent ist in Bezug auf sie nicht vorhanden.

Dies kann in zweierlei Weisen juristisch durchgeführt werden: entweder sieht man vom inländischen Recht ab und betrachtet die Fahrzeuge patentrechtlich als ein Stück Ausland; oder aber man erkennt sie als von der inländischen Rechtsordnung in thesi erfasst an: die inländische Rechtsordnung gestaltet sich aber so, dass sie den Fahrzeugen eine Rechtsstellung gibt, als ob sie vom Patentrecht ausgenommen wären; sie gestaltet sich so, dass die Fahrzeuge eine gesetzliche Lizenz haben, alle Erfindungen anzuwenden, welche im Inlande geschützt sind.

Diese Konstruktion der gesetzlichen Lizenz ist die zutreffende: die inländische Rechtsordnung kann keine eigentliche Ausnahme von ihrer Geltung auf dem Inlandsgebiete anerkennen; sie gestaltet sich daher so, dass sie dem Fahrzeuge das zugesteht, was es hätte, wenn der Bann der inländischen Herrschaft nicht bestünde; sie gibt ihm die Erlaubniss, weil sie ihm nichts verbieten soll, und sie behält dabei ihre Herrschaft, indem sie genehmigt, was sie nicht verweigern darf.

Die Lizenz bezieht sich auf das Fahrzeug als Fahrzeug; sie bezieht sich nicht auf eine etwa innerhalb des Fahrzeuges betriebene Sonderindustrie; denn nur das Fahrzeug als solches ist Auslandszubehörde; aber sie bezieht sich auf das Fahrzeug in allen seinen Funktionen: sie umfasst also alle Erfindungen, welche die Bewegung des Fahrzeugs bewirken, sie erleichtern, sie gleichmässig erhalten, Schädlichkeiten abwehren, die Sicherheit des Betriebes garantiren, die Benützung, die Lenkung, Leitung des Fahrzeugs unterstützen. Es gehören mithin auch Einrichtungen zur Beleuchtung des Fahrzeugs, Signalisirungsmittel, Bremsvorrichtungen, Controlmittel, Mittel um die zurückgelegten Wegestrecken zu bemessen, Verschlusseinrichtungen hierher.

Es gehören hierher auch die Inneneinrichtungen dieser Fahrzeuge, z. B. die Anlagen der Schlafräume, der Closets, ebenso Heizanlagen und Anlagen zum Unterbringen des Gepäcks; selbst die Kocheinrichtungen eines Schiffes oder Schlafwagens sind hierher zu rechnen: denn auch hier handelt es sich um das Fahrzeug mit seinen Haupt- und Nebenfunktionen.

Die Lizenz bezieht sich auf Maschinen- wie auf Verfahrenspatente: Maschinen- wie Verfahrenserfindungen dürfen am Fahrzeug angebracht werden; in Bezug auf Beides ist die Lizenz eine Gebrauchslizenz: sie ist nicht eine Herstellungs- oder

Verbreitungslizenz, d. h. die Erfindungssachen dürfen am Fahrzeug gebraucht, sie dürfen aber nicht für das Fahrzeug im Inland hergestellt, noch zu diesem Zwecke im Inland verkauft werden; nur was die Reparatur und Wiedereingangsetzung des Fahrzeugs betrifft, ist im Inlande eine Herstellung ebenso gestattet, wie bei der sonstigen Gebrauchslizenz.

Die Bestimmung über die Fahrzeuge findet sich in den verschiedensten Gesetzen:

so Oesterreich § 12;

so Ungarn (1895) § 13;

so Luxemburg (1880) a. 5;

so Dänemark (1894) a. 5; hier ist die Bestimmung sogar ausgedehnt auf ständige inländische Fahrzeuge mit Einrichtungen, die ein Inländer im Auslande gekauft hat;

so Finland (1898) § 2.

Norwegen (1885) a. 7 spricht nur von Schiffen (Seeschiffen und Binnenschiffen);

Dänemark (a. 5) hat die weitere bemerkenswerthe Bestimmung, dass, wenn ein Schiff Havarie erlitten hat und im Auslande ausgebessert worden ist, eine bei dieser Gelegenheit daran angebrachte Einrichtung bestehen bleiben darf, auch wenn sie in ein inländisches Patent eingreift.

Auch Mexico (1890) a. 10 gehört hierher: hier sind alle durchlaufenden Gegenstände für patentfrei erklärt.

#### Vierter Abschnitt.

### Arten der Berechtigung.

#### A. Einheit des Patentes und Mehrheit von Benützungsrechten.

##### § 193.

Das ertheilte Patentrecht ist und bleibt eine Einheit. Eine Zertheilung ist möglich in Bezug auf die Genussrechte, nicht aber in Bezug auf das Wesen.

Diese Einheit ist geboten; sie ist geboten dem Patentamente gegenüber, dem das Patent wegen des Eintrags in die Rolle, wegen der Steuerzahlung, wegen der zu machenden Mittheilungen als eines gegenüberstehen muss; aber auch dem Publikum gegenüber wegen der Nichtigkeitsklage und wegen des Rücknahmebegehrens. In allen diesen Beziehungen können die Schicksale des Patentes nur einheitliche sein, sie müssen daher an einen Träger einheitlich gebunden sein.

Die Einheit kann auch durch die Technik des Rechts geboten werden, sofern ein Theilrecht nicht existiren kann, eine theilweise Gültigkeit oder Nichtigkeit nicht möglich ist, mithin die Schicksale sich nicht zu trennen vermögen. Dieser Grund trifft

allerdings nicht in allen Fällen zu: er trifft zu, was die örtliche Zertheilung des Patents betrifft, denn örtlich kann das Patent nur für das ganze Staatsgebiet bestehen oder nicht; er trifft zu für eine jede quantitative Zertheilung; er trifft nicht zu für die technisch-qualitative Zertheilung: denn eine solche wäre nicht undenkbar, da es ja von Anfang an möglich ist, ein Patent bloss für einen technisch-qualitativen Theil der Erfindung zu erwerben, und da ein Patent an einem technisch-qualitativen Theil erlöschen, an einem anderen technisch-qualitativen Theil fortbestehen kann; er trifft wiederum zu für die juristisch-qualitative Theilung, denn ein Patent mit blossem Herstellungs-, oder ein solches mit blossem Verbreitungs- oder Gebrauchsrecht gibt es nicht: es ist daher auch nicht möglich, dass ein Patent in Bezug auf das eine Recht fortbesteht, in Bezug auf das andere erlischt. Allein, ob diese Begründung zutrifft oder nicht — jedenfalls schlägt die obige Erwägung durch, und die Einheit des Patentes darf nicht gebrochen werden.

Nach diesem Grundsatz ist also a. eine örtliche Zertheilung ausgeschlossen.\*)

Daher ist eine örtliche Beschränkung nicht in der Art möglich, dass das Patentrecht selbst örtlich etwa nach Provinzen getheilt wäre: nicht das Patentrecht, sondern nur seine Nutzung kann örtlich getheilt sein; entweder behält der Patentberechtigte in diesem Fall das „nudum jus“ bei und die Benutzer haben nur ein „jus in re“; oder die mehreren local Berechtigten sind in der That Mitberechtignte, Mitpatentträger, die sich in die Benützung örtlich getheilt haben; so dass, wenn das Recht des einen erlischt, es den übrigen nach Verhältniss anwächst.

Gegen die örtliche Zertheilung sprechen nach dem obigen doppelte Gründe: dagegen spricht insbesondere auch der Umstand, dass ein Patent nicht als örtlich beschränktes Patent bestehen und und als örtlich beschränktes Patent untergehen kann.

Unzulässig ist

b. jede quantitative Zertheilung; unzulässig ist es, dass Jemand ein Patent bis zu einem bestimmten Produktionsbetrag er-

\*) Anders verschiedene Gesetze. Das englische Gesetz a. 36 bestimmt: a patentee may assign his patent for any place in or part of the United Kingdom (das Gesetz von 1852 hatte eine solche locale Vertheilung nur in der Art gestattet, dass das Recht für England, Irland, Schottland getrennt wird). Ähnlich Neuseeland (1889) § 45: für die ganze Kolonie oder einen Theil derselben; und ähnlich andere Kolonien; so Queensland (1884) s. 39, Westaustralien (1888) s. 42, Victoria (1890) s. 59, Tasmania (1893) s. 48; so Indien (1888) s. 44. So ferner Guatemala (1897) a. 23. Das amerikanische Recht gestattet eine solche Zertheilung nicht, so der Supr. Court in Propr. ind. VIII p. 169. Nach italienischem Gesetz ist eine alienazione in parte zulässig, wenn der Betrag der künftig fälligen Patentsteuer sofort im Gesammten eingezahlt wird; bei einer Collectivübertragung an mehrere sollen diese solidarisch für die Steuer haften, a. 49, reg. 71.

wirbt, während das Uebrige einem Anderen zukäme. Dies ergibt sich aus dem Obigen; unzulässig ist

c. die qualitative Theilung des Patents: kein Patent kann so getheilt werden, dass etwa dem A der eine Gebrauch, dem B der andere zusteht, (technisch-qualitative Theilung) oder so, dass etwa der A das Herstellungs-, B das Verbreitungs- und Gebrauchsrecht hätte (juristisch-qualitative Theilung). Auch hier ist eine Theilung nur möglich in Bezug auf die Ausübung, wobei der eine der Berechtigten das „nudum jus“ bezüglich des Ganzen behält oder die mehreren in Bezug auf das „nudum jus“ Miteigentümer sind.

Gegen jede qualitative Zertheilung spricht der erste Grund; gegen die juristisch-qualitative Art spricht auch die Technik des Rechts: eine solche Zertheilung könnte ja auch nicht von Anfang an durch Gewährung mehrerer Patente erreicht werden, sie könnte ebensowenig erreicht werden, als eine örtliche Zertheilung nach Provinzen. So wäre es unzulässig, ein Patent zu erwerben mit dem Recht der Herstellung und ein zweites Patent mit dem Recht des Gebrauchs. Anders, was die technisch-qualitative Theilung betrifft: hier wäre es, wenn der eine Prozess von a nach b, der andere von b nach c geht, möglich drei Patente zu erwerben, ein gemeinsames für den ganzen Prozess, und zwei Einzelpatente für ab und bc. Trotzdem ist es nicht statthaft, ein Patent, welches diese 3 Prozesse in sich fasst, nachträglich durch Theilung in drei entsprechende Patente zu zerlegen; dagegen ist es gestattet, dritten Personen nach dieser Richtung beschränkte Gebrauchsrechte zu ertheilen, also eine Zertheilung „quoad usum“ vorzunehmen; allerdings wird man in dieser Beziehung stets die Schranke wahren müssen, dass eine Gebrauchstheilung nur so möglich ist, dass ein jeder Theil des Patentbesitzes ausgeübt werden kann: wer also einen Theil bekommt, muss ihn so bekommen, dass er den andern Theil soweit benützen kann, als nöthig ist, um seinen Theil ausführen zu können. Wenn daher von den 3 Prozessen a—c, a—b, b—c der eine den Prozess ac erhält, so muss ihm die Möglichkeit geboten werden, die Prozesse ab und bc unter bestimmter Bedingung durchlaufen zu dürfen; wer b—c erhält, muss die Möglichkeit haben, b zu erlangen u. s. w.

Daraus geht von selbst hervor: da das Zusatzpatent als Theil des Hauptpatentes gilt, so kann es ebensowenig, wie ein sonstiger Theil des Hauptpatentes, selbstständig veräußert werden; es ist nur gestattet, den Gebrauch des Zusatzpatentes speciell zu übertragen unter der eben angeführten Beschränkung. Das Zusatzpatent kann nicht abgelöst veräußert werden, obgleich für die Zusatzerfindung ein besonderes Patent hätte erworben werden können: der zweite Grund gegen die Zertheilung spricht also hier nicht, wohl aber der erste Grund: der Grund, dass ein Patent

stets ein Patent bleiben muss dem Patentamt und dem Publikum gegenüber.\*)

Dagegen schliesst die Einheit des Patentes nicht aus

a. dass das Patent mehreren Miteigenthümern gehört: in diesem Fall gehört es einem jeden für das Ganze, es ist also gar nicht im Wesen getheilt, es ist nur getheilt „quoad usum“; und würde der eine Mitberechtigte wegfallen, so würde von selbst eine Anwachsung eintreten;\*\*) und ebenso verhält es sich, wenn neben dem Eigenthum dingliche Rechte bestehen;

sie schliesst

b. nicht aus, dass das Recht in verschiedenen Zeitabschnitten verschiedenen Personen gehört; denn in einem und demselben Zeitpunkt, und darauf kommt es an, gehört es nur einem und demselben Berechtigten. Daher kann ein Patentrecht unter einer zeitlichen Beschränkung übertragen werden: in diesem Fall behält sich der ursprüngliche Patentträger sein Recht für den Augenblick vor, wo das zeitliche Recht des anderen erloschen ist — vorausgesetzt, dass das Patent überhaupt noch in Kraft ist; denn das versteht sich von selbst: ein solches Alternieren ist nur möglich bei objectiv fortdauerndem Patentrecht, es ist nicht etwa in der Art möglich, dass ein Patent eine Zeit lang gemeinfrei wird und nachher wieder dem einen der Patentinhaber zufällt, so dass Freiheitszeit und Patentzeit mit einander wechselten: man kann nur mit einem Patentrecht, nicht mit einem Patentfreiheitsrecht alternieren. Es wird daher stets vorausgesetzt, dass der jeweilige Patentinhaber die Patentsteuer bezahlt. Ob er dazu obligationsrechtlich verpflichtet war, hängt von dem Inhalte seines Vertrags ab: eine Verpflichtung kraft dinglichen Rechts besteht nicht. Von selbst versteht sich hierbei nach dem Obigen (S. 452 f.), dass die in dem einen Zeitpunkt rechtmässig hergestellten Waaren auch nach Ablauf der dem Berechtigten gestellten Frist veräussert werden dürfen. Uebrigens bedarf dieser Fall keiner weiteren Erörterung mehr, wohl aber der Fall des Miteigenthums und der dinglichen Rechte.

## B. Mitberechtigung als Miteigenthum.

### § 194.

Eine Mitberechtigung Mehrerer an einer Erfindung in der Art, dass eine jede Berechtigung an sich auf das Ganze geht und nur

\*) Richtig schon Patentrecht S. 263, Robolski, Theorie und Praxis S. 230; unrichtig Seligsohn S. 87, der sich mit Unrecht darauf beruft, dass man für die Zusatzfindung ein specielles Patent hätte erwerben können; das wäre ja auch sonst innerhalb des einen Patentes möglich!

\*\*) Unzutreffendes hiergegen ist mehrfach aufgestellt worden. Darauf muss ich anderwärts eingehen.

der Eine durch den Andern beschränkt wird, kann sich bei dem Patent von Anfang an ergeben, sofern das Patent mehreren Personen zugleich ertheilt wird; und diese Ertheilung kann wieder darauf beruhen, dass die mehreren Anmelder die Erfindung zusammen gemacht, oder darauf, dass die von dem Einen gemachte Erfindung vor der Anmeldung an Andere zum Theil übertragen worden ist. Ein Miteigenthum kann aber auch nachträglich entstehen, indem das durch Patent erworbene Alleinrecht nach seinem Erwerb an Andere mit übergeben wird oder sonst auf mehrere übergeht; so wenn es in eine Gesellschaft (Civilgesellschaft) eingelegt wird; so wenn der eine Berechtigte mehrere Rechtsnachfolger hinterlässt.

Das Mitrecht ist hier, wie bei dem Miteigenthum, ein Recht eines Jeden auf das Ganze, d. h. ein Jeder hat an sich das Recht auf den Gesamtgenuss der Erfindung, und allein dadurch, dass die wirtschaftliche Ausbeute nur einmal geschehen kann, tritt die Beschränkung ein; woraus von selbst folgt, dass, wenn der eine auf sein Recht verzichtet, dieses nicht gemeinfrei wird, sondern den Mitberechtigten zuwächst, weil ja dadurch eine beschränkende Partei wegfällt.

Die Bethätigung mehrerer ist eine Bethätigung „in solidum“ zu gemeinschaftlicher Ausübung, sie ist nicht eine Bethätigung in solidum zu „solidarer“ Ausübung; die mehreren Mitberechtigten haben nicht etwa die Befugnis, ein jeder für sich die Erfindung zu benutzen, so dass jeder den anderen gewähren lassen müsste: ein solches Verhältniss ist denkbar, es kann unter bestimmten Bedingungen vorkommen,\*) es ist aber nicht das Verhältniss des Miteigenthums.

Im Uebrigen ist die Bethätigung der mehreren eine verschiedene, je nachdem es sich nur um eine Sach- oder auch um eine Personengemeinschaft handelt. Liegt eine blosse Sachgemeinschaft vor, so ist die Bethätigung im Zweifel eine Bethätigung nach Bruchtheilen, nach festen Ansätzen.\*\*)

Von der bruchtheilmässigen Bethätigung gilt folgendes:

Der Bruchtheil kennzeichnet den Grad der Energie, mit der jeder Genosse im Zusammenstoss mit seinen Genossen betheilt ist; dieser Bruchtheil ist fest bestimmt, nicht nach den Umständen wechselnd.

Doch gilt eine Ausnahme insofern, als die aus der Gemeinschaft hervorgehenden gegenseitigen Verpflichtungen den Gemeinschaftsbruchtheil vermehren oder verringern, also in dinglicher Weise

---

\*) Oben S. 71; vgl. auch S. 496, 498.

\*\*) Vgl. P. Schmidt im *Gewerbl. Rechtssch.* III S. 193.

ändern, in der Art, dass auch der Rechtsnachfolger an diese Aenderung gebunden ist, § 755, 756 B.G.B.\*)

Im Uebrigen kann der Bruchtheil, zu dem ein jeder Genosse betheiligt ist, natürlich ein sehr verschiedener sein: es kommt auf den Erwerbstitel an: der Satz, dass im Zweifel die Theile gleich sind, § 742 B.G.B., kann daher nur im Zweifel gelten, so insbesondere bei der Erwerbsart der gemeinschaftlichen Erfindung, wo besondere Gründe vorliegen können, welche dem einen ein Ueberrecht über den andern zu gewähren, Gründe, die in der Vereinbarung der Miterfinder, aber auch ohne Vereinbarung in der Bedeutung ihrer gegenseitigen Leistung, in dem Einfluss auf dem Gesamterfolg liegen können; vgl. oben S. 245, 306, 311.

Das bruchtheilweise Mitrecht mehrerer folgt den Regeln der Gemeinschaft und ist nach den Bestimmungen des B.G.B. zu behandeln. Daher

1. Jeder Mitberechtigte hat ein Anrecht auf einen entsprechenden Theil der Nutzungen, der ihm nicht durch Mehrheitsbeschluss gemindert werden kann, § 743, 745; der entsprechende Theil ist der dem Bruchtheil gemässe Theil. Ebenso sind die Lasten nach Bruchtheilen umzulegen, § 748.

2. Jeder hat ein Anrecht darauf, dass die nothwendigen Massregeln zur Erhaltung des Rechtsgutes und zur Wahrung des Rechts getroffen werden (§ 744 B.G.B.): dazu gehört vor allem die Zahlung der Patentsteuer und die zur Erhaltung des Rechts erforderliche Patentbenutzung; dahin gehört aber weiter die Licenzertheilung, wenn etwa ein Patent sich nur mit Hilfe von Licenzen wirtschaftlich ausbeuten lässt.

3. Die ordentliche Erfindungsbenutzung innerhalb dieser Schranken wird durch Beschluss der bruchtheilmässigen Mehrheit geregelt; kommt ein solcher Beschluss nicht zu Stande, so hat auf Antrag das Gericht die Regel zu geben (§ 745); dies um so mehr, als ja die ordnungsmässige Erfindungsbenutzung für den Fortbestand des Patentbesitzes verhängnisvoll sein kann. Eine solche Regelung ist dinglich (quasidinglich); so, wenn es sich z. B. um Licenzertheilung handelt. Eine über die ordentliche Benutzung hinausgehende Massregel, wie z. B. die Verschmelzung mit anderen Patenten, das Hinzuerwerben fremder Erfindungsrechte hat einstimmig zu geschehen.

4. Ein jeder Genosse kann jederzeit Theilung verlangen, wenn nicht die Theilung ausgeschlossen worden ist. Sie kann bei der Nachlassgemeinschaft (ganz oder theilweise) ausgeschlossen werden durch Verfügung des Erblassers (§ 2044), sie kann ausgeschlossen werden durch Beschluss sämmtlicher Genossen (§ 749 f. B.G.B.). Ein solcher Ausschluss ist dinglich (quasidinglich). Der

\*) Daher auch Konk.O. § 16 und 51.

Ausschluss kann für immer oder auf Zeit erfolgen; auf Zeit, wobei regelrecht der Tod eines Genossen dem Zeitablauf gleichsteht. Jedoch kann eine solche Bestimmung der Untheilbarkeit nicht hindern, dass

- a. aus wichtigem Grund von jedem Genossen jederzeit Theilung verlangt werden kann,
- b. ein Gläubiger eines Genossen, der dessen Antheil mit Beschlag belegt hat, auf Grund eines endgültigen Schultitels Abtheilung begehren kann, § 749, 751 B.G.B.

5. Ein jeder Genosse kann seinen Antheil veräussern § 747; der Rechtsnachfolger ist an die dingliche Gestaltung gebunden, wie sie sich bei seinem Eintritt entwickelt hat, also an die Gestaltung, wie sie durch die Vereinbarungen unter 3 und 4 geworden ist (§§ 746, 751, 1010), ebenso an die Umstände, welche die Grösse des Bruchtheils beeinflussen (§§ 755, 756, 1010 oben S. 493 f.)\*)

6. Beim Tod eines Genossen fällt sein Theil seinen Erben zu; es tritt keine Anwachsung ein.\*\*)

Dieses Gemeinschaftsverhältniss kann dadurch geändert werden, dass zur Sachgemeinschaft eine Personengemeinschaft hinzutritt, dass also die Gemeinschaft zur Gesellschaft wird, indem

1. nicht bloss das dingliche Element, sondern auch das persönliche, in Betracht kommt,

2. entsprechend keine feste Bruchtheilung stattfindet, sondern die Beziehungen der Genossen sich nach anderem Massstabe (die Gewinnvertheilung im Zweifel gleichheitlich) entwickeln (§ 722 B.G.B.); daher auch

3. keine Bruchtheilmehrheit gilt, sondern entweder Uebereinstimmung aller nöthig ist oder Kopfmehrheit (§ 709);

und endlich 4. weil keine feste Bruchtheilung gilt, so gibt es auch keine Bruchtheilsveräusserung, und weil das persönliche Element bedeutsam ist, überhaupt keine Veräusserung des Genossenschaftsantheils (§ 719 B.G.B.).

\*) Dass diese Vereinbarungen, insbesondere auch die Verträge über die Art und Weise der Benutzung, dinglich sind, habe ich wohl zuerst aufgestellt, Gesammelte Abhandl. S. 182 f. (Z f. fr. Civilrecht 1877). Diese Wahrheit ist für das Gemeinschaftsrecht von der grössten Wichtigkeit: auf solche Weise allein schlägt man die Brücke zu der gesammten Hand und den analogen Gemeinschaftsformen. Windscheid allerdings hat sich über diese von mir aufgestellte grundsätzliche Wahrheit noch recht kühl geäussert (§ 449 Note 14).

\*\*\*) Das englische und amerikanische Recht unterscheidet hier zwischen der joint-tenancy (Miteigenthum zu gesammter Hand), wo bei Tod des einen Miteigenthümers Anwachsung stattfindet, und der tenancy in common, wo der genossenschaftliche Theil des Miteigenthümers sich vererbt; doch ist das amerikanische Recht dem ersteren Institut nicht sehr zugeneigt; Walker § 292.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Unterschied zwischen beiden Formen ein fließender ist; denn auch die Gemeinschaft ist keine ausnahmslose Bruchtheilsgemeinschaft, und auch bei ihr kann mehr oder minder die Person in Betracht kommen. Wesentlich ist nur, ob dieses persönliche Element soweit entwickelt ist, dass die Antheilsveräußerung (ohne Zustimmung der Genossen) ausgeschlossen ist.

Noch anders wird das Verhältniss bei Einwerfung einer Erfindung in eine offene Handelsgesellschaft; denn hier sind die Gemeinschaftsinteressen zur juristischen Person erhoben und die Antheilsrechte der Genossen sind nicht mehr Sachantheilsrechte, sondern Werthrechte.\*)

§ 195.

Die vorläufige Regelung des Patentgenusses unter mehreren Miteignern kann zu einer einstweiligen Theilung, zu einer Theilung der Patentausübung (ohne Theilung des Patent) führen. Derartige Genussregelungen können in der verschiedensten Art erfolgen.

Eine der interessantesten ist die: das Mitrecht wird wie ein solidares Recht gestaltet in der Art, wie dies oben S. 71 entwickelt wurde: ein jeder gestattet dem andern, die Erfindung für sich auf seine Kosten auszuführen, aber so, dass keiner den andern hindert, sie gleichfalls auszuführen; jeder kann auch Dritten Lizenzen geben, jeder kann aber auch Dritte verfolgen, welche von keinem der Theilhaber Lizenzen erworben haben. Hier zeigt sich nun aber wieder die zwischen den abgetheilten Patentinhabern fortdauernde Gemeinschaft: wird ein Dritter verfolgt und verurtheilt, so ist das Urtheil dahin zu stellen, dass die gesammte Entschädigung an beide Mitberechtigte zusammen zu leisten ist (vgl. § 432, 1011 B.G.B.), und ein jeder von ihnen bekommt seinen Antheil aus dem Geleisteten. Auch darin zeigt sich die Gemeinschaft, dass die Patentsteuer zur Erhaltung des Rechts auf gemeinsame Kosten zu zahlen ist — zahlt sie der eine, so hat der andere, falls er nicht auf sein Recht verzichten will, den betreffenden Theil zu vergüten.

Oder aber die Genussertheilung erfolgt zeitlich, örtlich, technisch: die Parteien theilen sich in der Art, dass jede eine bestimmte Zeit lang die Erfindung ausüben darf und darauf der andere die Bahn überlassen muss; oder sie theilen sich örtlich, indem jeder auf bestimmtem örtlichen Gebiete die Erfindung ausübt und entweder producirt oder die Erfindungssache gebraucht; oder

\*) Dieser schwierige Punkt kann hier natürlich nur angedeutet, nicht ausgeführt werden. Darüber demnächst im Arch. f. civ. Praxis.

quantitativ, oder qualitativ (technisch oder juristisch), indem jeder dem andern eine bestimmte technische oder juristische Art der Erfindungsausbeute überlässt.

Diese Formen der Genussheilung, welche in sich wieder die grössten Mannigfaltigkeiten zulassen, haben das gemein, dass sie blosser Genussregelungen sind; sie sind keine endgültigen Theilungen und schliessen daher an sich das Begehren einer endgültigen Theilung nicht aus (oder sie schliessen es nur dadurch aus, dass sie stillschweigend einen Verzicht auf das Recht der Theilung enthalten). Ferner sind sie nicht in der Lage, das Erfinderrecht von seiner gemeinsamen Grundlage, dem einen Patent loszulösen: das Erfinderrecht besteht nur, sofern das Patent besteht, es kann nur mit dem Patente erhalten werden. Daher

a. muss die ganze Patentsteuer bezahlt werden, sie braucht aber auch nur jährlich einmal bezahlt zu werden, und wenn der eine sie zahlt, hat er an die übrigen den Rückgriff;

b. wenn der eine der Genossen nach erfolgter Genussheilung auf sein Recht verzichtet, so wird nicht etwa ein Theil der Erfindung gemeinfrei, sondern das, auf was er verzichtet, muss den übrigen Genossen zuwachsen, und sie haben nun dessen Genussheilung unter sich zu theilen: dies ist bei zeitlicher oder örtlicher Abtheilung unzweifelhaft, denn es gibt keine Patente, welche etwa zeitlich mit dem Gemeingebrauch abwechselten, so dass etwa 2 Jahre Patent, 2 Jahre Gemeingebrauch und wieder 2 Jahre Patent auf einander folgten (oben S. 492), und ebenso gibt es keine Patente, die innerhalb des einen Patentlandes nur auf einem örtlich begrenzten Gebiet gelten (S. 490). Aber auch bei qualitativer Theilung wäre wohl zu berücksichtigen, dass es sich um eine blosser Genussheilung handelt, bei der juristischen schon darum, weil eine Sachheilung in dieser Richtung nicht erfolgen kann; woraus sich dann von selbst ergibt, dass der Wegfall eines Genussheils keine Freiheit für das Publikum bewirkt.

Daraus geht ferner hervor:

c. Die Genussheilung ist eine Regelung der Gemeinschaft; sie trifft daher den Miteigenthümer, der zur Zeit der Theilung Miteigenthümer war, wie seinen Sonderrechtsfolger, §§ 746, 751, 1010 B.G.B.

Endlich:

d. wenn eine der Parteien die vereinbarten Schranken überschreitet, so begeht sie eine Vertragswidrigkeit: eine Verletzung der gegenseitig übernommenen obligationsrechtlichen Pflichten; sie begeht aber keine Patentwidrigkeit und ist nicht wegen Patentbruchs zu bestrafen; ebensowenig als der Miteigenthümer, der etwa über das einstweilen zugewiesene Bereich hinaus Früchte beziehen möchte, wegen Unterschlagung zu bestrafen wäre: eine Unterschlagung kann höchstens darin liegen, dass Jemand eine

Sache, an der er nur ein Mitrecht hat, als sein volles Eigenthum veräußerte, aber nicht darin, dass er die vollen Früchte als Nutzungen bezöge; im ersten Fall würde das Recht der Genossen unterdrückt, im letzten Fall würde nur eine andere Genussordnung befolgt, als die festgesetzte, aber eine Genussordnung innerhalb der einem Jeden zustehenden (nur durch die Mitrechte beschränkten) Gesamtnutzung, vgl. auch B.G.B. §§ 866, 1011.

§ 196.

Die endgültige Theilung mehrerer Mitberechtigten kann durch Zuweisung an den einen der Mitberechtigten oder einen Dritten geschehen; sie kann auch dadurch geschehen, dass die mehreren als solidarisch berechtigt erklärt werden, gleich wie zwei, welche Patente auf ganz gleichzeitige Anmeldung erworben haben: es sind dies dann allerdings nicht zwei Patente, aber zwei selbstständige Berechtigungen kraft desselben Patentrechts, wesshalb die Patentsteuer nur einmal zu entrichten ist. Die Folgen, die sich hieraus entspinnen, ergeben sich aus dem obigen (S. 496): nur, was dort zeitlich ist, ist hier endgültig: die Zahlung der Patentsteuer wird auch hier eine gewisse Gemeinschaft erhalten; dagegen kann ein jeder nur den ihm zukommenden Entschädigungsbetrag verlangen (vgl. S. 71): eine Entschädigungsgemeinschaft liegt nicht vor.\*)

Die endgültige Theilung kann auch zeitlich geschehen, indem ein jeder ein zeitlich beschränktes Recht erwirbt, der eine mit einem „dies ad quem“, der andere mit einem „dies a quo“, aber doch nur so, dass bei dem Wegfall des zeitlich früheren das spätere sofort eintritt, da kein freier Raum dazwischen liegen kann (oben S. 492).

Dagegen kann die endgültige Theilung weder eine Theilung nach örtlichem noch nach qualitativem Gesichtspunkte sein, da beides dem Grundsatz der Einheit des Patentbesitzes widersprechen würde.

### C. Theilberechtigungen.

#### I. Niessbrauch \*\*)

§ 197.

Im Gegensatz zu dem innerlich nach dem Vollrecht hinstrebenden Mitrecht besteht die Eigenart des Niessbrauchsrechts darin, dass der Niessbraucher ein und für alle Mal nur ein beschränktes, nach kurzer Zeit erlöschendes Recht hat; der Niessbraucher ist nicht etwa durch das Mitrecht des Patentbesitzes

\*) Manche Gesetze betrachten diesen Zustand als den normalen im Falle einer Mehrheit von Patentberechtigten; so Brasilien (a 1882) a. 7.

\*\*) Vgl. auch O. Herrmann, Niessbrauch und Pfandrecht an einem Patentrechte (Berlin 1900).

tigten in die Enge getrieben und beschränkt, er ist schon beschränkt durch die Natur seines Rechts, er würde beschränkt bleiben, auch wenn das Eigenrecht erlöschte.

Der Niessbrauch ist ein Recht am Erfindungsgut,<sup>\*)</sup> er ist nicht ein Recht an einem dem Erfindungsgut und seiner Ausbeutungsfähigkeit während der Patentdauer entsprechenden Werthkapital. Man hat dieses letztere behauptet;<sup>\*\*)</sup> man könnte hierfür geltend machen, dass das Erfindungsgut nothwendig mit Ablauf einer bestimmten Zeit dem Gemeingebrauch anheimfällt und damit als Eigenvermögen nicht mehr in Betracht kommt, dass mithin der augenblickliche Gebrauch sich zum möglichen Gesamtgebrauch anders verhält, als der Augenblicksgebrauch sich zum Gesamtgebrauch verhielte, wenn es sich um ein Gut mit ständiger Ertragsfähigkeit und ständiger Eigenwerthseigenschaft handelte. Der Augenblicksgebrauch ist etwas ganz anderes bei einem zeitlich begränzten, als bei einem auf die Ewigkeit angelegten Recht: beim ersteren nimmt er einen Theil des Rechtskapitals mit sich, während er beim letzteren dieses Kapital unangetastet lässt. Indess würde es dem Wesen des Niessbrauchs widersprechen, darauf Rücksicht zu nehmen: der Niessbrauch bietet denselben Augenblicksgenuss bei einem zeitlich begränzten, wie bei einem ewigen Recht; er würde in seinen Grundvesten erschüttert, wollte man hiernach den Augenblicksgebrauch verschieden gestalten, wollte man ihn der dauernden oder schwankenden Existenzfähigkeit der Sache anpassen; auch wenn eine Sache nothwendig nach 5 Jahren untergeht, hat der Niessbraucher ein Recht auf ihren vollen Augenblicksgebrauch;<sup>\*\*\*)</sup> wollte man dieses nicht, so könnte man das Niessbrauchsinstitut an den vergänglichen Sachen überhaupt nicht oder nur unter den schwierigsten Berechnungen aufrechterhalten, was den Erfordernissen des Lebens widerspräche.†)

Im Uebrigen ist der Niessbrauch hier, wie in der Körperwelt, ein Recht der augenblicklichen Nutzungsausbeute unter Vorbehalt des Sachkapitals, soweit dieses nach Erledigung des Niessbrauchs weiter besteht; ein Recht des vollen Augenblicksgebrauchs, so dass der Eigener nach Beendigung des Niessbrauchs das Sachkapital in dem (in Folge des Zeitablaufs) geminderten Zustand zurückerhält.

\*) In der Sprache des B.G.B. ein Niessbrauch an einem Recht, § 1068.

\*\*\*) Vgl. Blanc, contrefaçon p. 505 und die hier citirte Entscheidung des Tribunals Grenoble vom 29. Januar 1851.

\*\*\*\*) Vgl. B.G.B. § 1073.

†) Die unrichtige Regelung hat gesetzliche Bestätigung gefunden in Brasilien (1882) a. 8, wo der Niessbraucher nach Beendigung des Niessbrauchs dem Eigener den Geldwerth des Patents herauszugeben hat; dieser Geldwerth wird gefunden, indem man den Jahresertrag des Patents mit der Zahl der Jahre seiner Dauer vervielfältigt; der Niessbraucher ist auch gehalten, auf Verlangen für diese Summe Sicherheit zu leisten. So a. 17 des dortigen Reglements vom 30. Dezember 1882.

Der Niessbrauch ist ein Recht der Nutzungsausbeute durch Eigengebrauch der Sache, hier durch Eigengebrauch der Erfindung; er ist nicht ein Recht am Erfindungskapital in der Weise, dass der Nutzniesser die Erfindung in Eigenrecht nehmen dürfte unter Erstattung des Werthes — das wäre Scheiniessbrauch (Quasiususfrukt), der nur bei verbrauchbaren Sachen die Stelle des wahren Niessbrauchs vertritt, in der That aber kein dingliches Recht, sondern ein Eigenthum mit Geldzahlungspflicht ist (§ 1067 B.G.B.).

Der Niessbrauch an der Erfindung ist auch nicht ein Niessbrauch an den Erträgnissen der Erfindung, so dass diese Erträgnisse kapitalisirt und nach Beendigung des Niessbrauchs als Kapital (ohne Zinsberechnung) vergütet würden: ein derartiger Niessbrauch kann begründet werden, er ist aber kein Niessbrauch an der Erfindung, sondern an der Erfindungseinnahme.\*)

Der Niessbrauch an der Erfindung ist endlich auch nicht ein obligatorisches Recht gegen den Patenteigner auf Herausgabe der Erfindungseinnahme, sondern er ist ein Recht des Niessbrauchers, diese Erfindungseinnahmen selbst für sich zu beziehen.

Der Niessbraucher hat das Recht der vollen Erfindungsausbeute, mit der obligationsrechtlichen Pflicht, eine geordnete Wirthschaft einzuhalten (§§ 1063, 1036, 1039 B.G.B.); damit ist gesagt: er darf die Erfindung ausbeuten durch Produktion, durch Veräußerung der Produkte und durch Gebrauch der Erfindungssachen; was er geschaffen hat, darf er auch veräußern, er darf es, selbst wenn der Niessbrauch unterdessen erloschen wäre; was er geschaffen hat, darf er auch gebrauchen, selbst wenn unterdessen der Niessbrauch erloschen ist; das Recht des Gebrauchs und der Veräußerung ist mit der Produktion unweigerlich erworben; es ist erworben, denn die Produkte sind Früchte der Erfindung und das Recht auf die Früchte ist erworben mit der Entstehung (cf. §§ 954, 1039, 1068 B.G.B.).\*\*)

M. a. W. die Behandlung der Früchte ist nicht Ausübung des Niessbrauchs, sondern Ausübung des durch den Niessbrauch erworbenen Eigenrechts; ebenso wie die Benützung der Früchte einer körperlichen Niessbrauchssache nicht mehr Niessbrauchsgenuss ist, sondern Genuss des durch die Ausübung des Niessbrauchs erworbenen Eigenthums. Der Gebrauch der Produkte ist auch nicht die Ausübung eines aus dem Niessbrauch aus-

\*) Aehnlich wie in fr. 4 de pact. dotal.

\*\*\*) Das scheint sich schon aus dem Obigen (S. 452 f.) zu ergeben, so dass die eben entwickelte Konstruktion unnöthig erschiene; sie ist aber doch bedeutsam, denn immerhin könnte man sonst annehmen, dass die Produktion des Niessbrauchers keine volle Ausübung des Erfinderrechts enthielte und daher die Erzeugnisse nicht patentfrei machte. Diesen Einwurf widerlegt das Obige.

geschiedenen Zweigrechts, wie der Lizenzgebrauch, sondern die Ausübung eines durch die Ausübung des Niessbrauchs erlangten endgültigen Eigenrechts.

Soweit, was den Fall betrifft, dass der Niessbraucher Erfindungssachen herstellt, so dass diese als Früchte zu gelten haben; handelt es sich dagegen um ein patentirtes Verfahren oder handelt es sich um Maschinen oder Betriebsmittel, die der Niessbraucher nicht hergestellt, auch nicht vom Patenteigner erworben, sondern aus dem Auslande sich verschrieben hat, dann ist ihm zwar der Gebrauch während der Dauer des Niessbrauchs gestattet, es ist ihm aber nicht gestattet, den Gebrauch nach Beendigung des Niessbrauchs fortzusetzen.

Der Niessbraucher hat die obligationsrechtliche Pflicht, eine geordnete Wirthschaft einzuhalten; diese ist keine dingliche Schranke seines Rechts: ein Gebrauch ausserhalb dieser Schranke, ein Raubbau würde nicht hindern, dass er dennoch die Früchte zu den seinigen macht (§§ 1039, 1068 B.G.B.), allein er würde seiner obligationsrechtlichen Gebundenheit widersprechen: eine Ueberproduktion, welche die Preise drücken, die zukünftige Produktion vorwegnehmen würde, wäre seiner Pflicht zuwider. Er ist daher in solchem Falle

1. gehalten, von solchem Raubbau abzustehen und unterliegt desshalb dem Ablassungsanspruch des Patenteigners; denn der Unterlassungsanspruch zielt nicht nur dahin, dass kein Gebrauch über die Sphäre des dinglichen Rechts hinaus stattfindet, sondern auch dahin, dass kein Gebrauch stattfindet, in welchem die naturgemässen obligationsrechtlichen Schranken nicht gewahrt werden (§ 1053 B.G.B.); welche „negatoria“ bei hartnäckiger Fortsetzung des Missbrauchs zur Drittverwaltung (Sequestration) führen kann (§ 1054 B.G.B.);

2. er ist ferner gehalten, Sicherheit zu leisten, sofern er überhaupt den Niessbrauch fortsetzen will (§ 1051 B.G.B.), und kann, wenn er sie nicht leistet, unter Drittverwaltung gestellt werden, falls der Eigner dieses der zwangsweisen Sicherheit vorzieht (§ 1052 B.G.B.);

3. er ist ferner verpflichtet, bei Beendigung des Niessbrauchs Ersatz für die Zuvielproduktion zu leisten, und vorher auf Verlangen für diese Ersatzpflicht Sicherheit zu geben (§ 1039 B.G.B.). Er ist hierzu verpflichtet, nicht bloss gehalten, denn er kann sich dieser Verpflichtung nicht durch Abstehen vom dinglichen Recht entziehen.

Der Niessbraucher kann die Erfindung selbst ausführen oder durch Vermittlung Dritter ausbeuten; so indem er die Erfindung verpachtet, indem er Lizenzrechte ertheilt. Die Lizenzen gelten, solange der Niessbrauch dauert; die Erfindungsausübung des Niessbrauchers besteht hier in der Erfindungsausübung des

Licenzberechtigten, sie besteht nicht etwa in dem Bezug der Lizenzgebühr durch den Niessbraucher — die Erfindung würde auch dann ausgebeutet, wenn etwa die Lizenzen umsonst erteilt wären.

Verschieden von der Ausübung durch einen Anderen ist die Uebertragung der Ausübung des Niessbrauchs (§ 1059 B.G.B.): der Erwerber tritt insofern an Stelle des Niessbrauchers, dass er ein Ausschlussrecht erwirbt, natürlich ein Ausschlussrecht, das vom Recht des Niessbrauchers abhängig ist und nur solange dauert als dieses; ein Ausschlussrecht ferner, das den Niessbrauch belastet, nicht ihn ersetzt, wesshalb bei dem Erlöschen des Ausschlussrechts der Niessbrauch wieder in Vollkraft tritt.\*)

Im Falle dieser Uebertragung ist es der Erwerber, der die Erfindung selbst oder durch einen Anderen ausbeutet, der daher dem Niessbraucher gegenüber auch die Lasten des Gebrauchs übernimmt.

Soweit die Rechte des Niessbrauchs. Der Niessbraucher hat die Lasten zu tragen, welche als Lasten des Genusses auf die Zeit seines Niessbrauchs fallen; er hat also insbesondere die Patentsteuer zu entrichten, und rechtzeitig zu entrichten, um das Recht zu wahren; er hat ferner dafür zu sorgen, dass die Erfindung in solcher Weise ausgebeutet wird, dass das Recht erhalten bleibt. Die Patentsteuer zahlt er nach Maassgabe der Zeit des Gebrauchs; sollte der Niessbrauch im Steuerjahr erlöschen, so müsste ihm ein entsprechender Theil der bezahlten Patentsteuer zurückvergütet werden (cf. §§ 103, 1045 Abs 2 und 1047 B.G.B.). Er hat ferner die Anzeigepflicht des § 1042.

Die Pflicht, die Lasten zu tragen, obliegt dem Niessbraucher gegenüber dem Patenteigner, sie obliegt dem Erwerber der Niessbrauchsausübung gegenüber dem Niessbraucher; sie obliegt dem Niessbraucher gegenüber demjenigen Patenteigner, welcher Patenteigner ist zu der Zeit, wo die Last entsteht, und gegenüber dem, der Patenteigner ist in späterer Zeit, solange ein Interesse an der Erfüllung der Lasten vorhanden ist. Ist der Niessbraucher wegen Nichterfüllung seiner Pflicht verantwortlich, so geht die Last in eine Entschädigungspflicht über; dieser entspricht ein selbstständiges Obligationsrecht, ein Obligationsrecht des Patenteigners und zwar desjenigen, welcher Patenteigner ist im Augenblick der Beendigung des Niessbrauchs, aber doch so, dass ein früherer Patenteigner für die künftige Entrichtung Sicherheit verlangen kann (§§ 1068, 1039 B.G.B.).

Die Entschädigungspflicht ist selbstständig; ihr kann sich der Niessbraucher nicht entziehen; wohl aber kann er sich den Lasten für die Zukunft entschlagen, wenn er auf den Niessbrauch

\*) Vgl. darüber meine Pfandrechtlichen Forschungen S. 190.

verzichtet; wobei es seine Pflicht gegen den Patenteigner ist, diesen Verzicht ihm rechtzeitig anzuzeigen, damit er nunmehr für seine Interessen sorgen kann.

Der Niessbrauch erlischt mit dem Tode, bzw. wenn es sich um eine juristische Person handelt, mit dem Untergang dieser (§ 1061 B.G.B.); er erlischt hiermit kraft des ihm innewohnenden Erlöschungsbestrebens, so dass auch die aus ihm ausgeschiedenen Zweigrechte miterlöschen; so namentlich auch die kraft seiner begründeten Lizenzen, so besonders auch das einem Dritten übertragene „exercitium ususfructus“; was die Lizenzen betrifft, allerdings mit einer Ausnahme, die sich unten ergeben wird. Anders natürlich, sofern durch Ausübung des Niessbrauchs, also durch Nutzziehung Definitivrechte erworben sind: die kraft Niessbrauchs produzierten Waaren dürfen, wie oben (S. 500) erwähnt, veräußert und gebraucht werden.

Erlischt der Niessbrauch durch Rechtsgeschäft, so bestehen natürlich die erworbenen quasidinglichen Rechte Dritter solange fort, als sie bestehen würden, wenn der Niessbrauch erst kraft seines natürlichen Erlöschungsbestrebens ersterben würde (vgl. § 1056 Abs. 2 B.G.B.).

Das Rechtsgeschäft, durch das der Niessbrauch erlischt, ist der Verzicht; der Verzicht ist ein einseitiges Rechtsgeschäft: er kann dem Patenteigner gegenüber erklärt werden (§§ 1064, 1072 B.G.B.); er kann auch dem Publikum gegenüber, er kann auch dem Patentamt zur Löschung kundgegeben werden; die Erklärung dem Patenteigner gegenüber ist insbesondere darum wichtig, weil der Niessbraucher seiner Pflichten gegenüber dem Patenteigner zwar durch Verzicht ledig wird, aber erst von dem Augenblicke an, wo der Patenteigner davon erfährt und somit selbst für sich sorgen kann.

Der Niessbraucher hat gegen die Störer des Patentrechts den (quasi)dinglichen Anspruch, soweit die Störung in seinen Niessbrauch eingreift, soweit sie sich also in seiner Niessbrauchszeit entwickelt; er hat dieses Recht, solange der Niessbrauch dauert (§ 1065 B.G.B.).

Der Niessbraucher hat die obligatorischen Rechte gegen den wissentlichen oder grob fahrlässigen, widerrechtlichen Patentverletzer, soweit diese Verletzung in seiner Zeit erfolgt ist; er hat diese Rechte auch nach Erlöschen des Niessbrauchs, denn der einmal erworbene Entschädigungsanspruch wegen Vermögensverletzung bleibt auch nach Verlust des Vermögensrechts weiter bestehen.\*)

---

\*) Vgl. hierzu auch Appellhof Rouen vom 2. Februar 1869, Sirey 69 II p. 300.

## II. Genussrecht der Gesellschaft am eingebrachten Genussgute.

### § 198.

Ein dem Niessbrauch ähnliches dingliches Genussrecht tritt ein, wenn ein Gegenstand dem Genuss nach in eine Gesellschaft, insbesondere in eine Handelsgesellschaft eingebracht wird. Der Einwurf ist nicht als blosser obligatorischer Pflichtenverstoß aufzufassen, so dass er lediglich verpflichtet wäre, der Gesellschaft die Sache des Gebrauchs halber zur Verfügung zu stellen; das hätte zur Folge, dass die Gesellschaft nicht in der Lage wäre, von sich aus den Verletzer des Patentrechts zu verfolgen; es hätte zur Folge, dass bei Uebergang des Patentrechts auf einen Dritten die Gesellschaft ihr Genussrecht verlöre, denn der Dritte wäre nicht verpflichtet, der Gesellschaft das Genussrecht ebenfalls zu gewähren, und von einer analogen Anwendung der § 986 Abs. 2, § 571 f. B.G.B. könnte keine Rede sein. Der Natur der Verhältnisse entspricht nur eine solche Gestaltung, wo die Gesellschaft, der der Genuss der Erfindung zugewendet wird, ein ständiges, vom Eigenthümer des Patentrechts unabhängiges, auch gegen Dritte verfolgbares Recht erhält.

Allerdings steht es der Gesellschaft nicht zu, das Gebrauchsrecht zu veräußern — auch nicht einmal der Ausübung nach; das Gebrauchsrecht ist insofern höchst persönlich, es entspricht dem römischen „usus“.

Im Uebrigen wird hier, wie beim Niessbrauch, die Gesellschaft als Gebrauchsberechtigter mit dem Augenblick der Produktion der Erzeugnisse in der Weise, dass diese Erzeugnisse auch nach Aufhören des Gebrauchsrechts verkauft und gebraucht werden dürfen, und es gelten hier ganz die obigen Grundsätze.

Die Gesellschaft erhält das Gebrauchsrecht höchst persönlich, sie erhält es natürlich, solange sie dauert; das Gebrauchsrecht erlischt daher nothwendig mit Erlöschen der Gesellschaft, nur dass die Zeit der Liquidation (Auseinandersetzung) als Zeit der Gesellschaftsdauer miteinzurechnen ist.\*) Vgl. § 1061, 1068, 49 vgl. auch 1090 B.G.B.

Von diesem Falle verschieden ist der Fall, wenn Jemand eine noch unpatentirte Erfindung zum Gebrauch in die Gesellschaft einbringt und es gestattet, dass die Gesellschaft auf ihren Namen das Patent erwirbt: hier wird die Gesellschaft fiduciarisch „Eignerin“ des Patentrechts, aber mit der Verpflichtung,

\*) Es ist daher völlig abwegig, wenn die französische Praxis annimmt, dass, wenn die Gesellschaft vor dem vorgesehenen Termin endet, sie das Gebrauchsrecht für die übrige Zeit durch Veräußerung verwerthen dürfe. Vgl. Pand. franc. nr. 3853, Appellhof Aix vom 7. April 1865, Sirey 66 II p. 357, Appellhof Bordeaux vom 22. Januar 1862, Pataille 62 p. 392.

sich, dem einbringenden Gesellschafter gegenüber, so behandeln zu lassen, als ob sie bloss Gebrauchsberechtigte wäre — ähnlich etwa wie in Rom der Ehemann bezüglich der Dotalsachen. Die Gesellschaft ist daher dinglich berechtigt, das Patent zu veräußern, allein der Gesellschafter kann verlangen, dass die Veräußerung unterbleibt und hat auch die entsprechenden Mittel: er kann insbesondere ein gerichtliches Verbot erwirken, auch in der Gestalt einer einstweiligen Verfügung. Nach Beendigung der Gesellschaft kann er die Uebertragung des Patents auf sich beziehen, ebenso wie wenn es nicht zum Eigenthum, sondern nur zum Genuss eingebracht worden wäre.

### III. Verlagsrecht.

#### § 199.

Ein drittes Recht am Erfindungsgut ist das Verlagsrecht; ein Recht, das sich in Autorsachen in viel reichem Maasse entwickelt hat, aber auch im Erfinderrecht vorkommen kann und nicht selten vorkommt.\*)

Der Verlagsvertrag erzeugt nicht nur ein obligationsrechtliches Verhältniss (oder nicht immer nur ein obligationsrechtliches Verhältniss); er erzeugt, wo immer ein Autorrecht besteht, eine Gebrauchs- und Ausbeutungsbefugniss des Verlagsberechtigten; aber ein Recht, das weder in die Kategorie des Niessbrauchs, noch des usus, noch in eine sonstige römischrechtliche Kategorie fällt; ein Recht, das mit einer Ausbeutungspflicht und einer damit verbundenen Treupflicht untrennbar verknüpft ist, ein Ausbeuterecht im Interesse des Verlegers mit der Pflicht, das Recht soweit auszubeuten, als es den Interessen des Autors (dem Vermögensinteresse und dem idealen Interesse des Autors) entspricht. Dabei decken sich Ausbeutungsrecht und Ausbeutungspflicht nicht vollkommen: der Verleger kann ausbeuten, auch wo der Autor es nicht verlangt, aber jedenfalls liegen Pflichten und Rechte im gleichen Kreise, und das Recht ist dazu vorhanden, um zugleich der Pflicht zu entsprechen;\*\*\*) woraus folgt, dass der Verleger sein Recht auch der Ausbeutung nach nicht veräußern darf, es müsste denn der Autor zustimmen oder es müsste der Uebergang des Rechts durch den Tod des Verlegers oder durch Veräußerung des Geschäfts zur Nothwendigkeit werden: hier würde das Verlagsrecht mit der Ver-

\*) Von mir zuerst beobachtet und beschrieben in Aus dem Patent- und Industrierecht I S. 101 f. Vgl. den Fall R.G. 2. März 1892, mitgetheilt von Rhenius, Industrieschutz (bei Glaser) II S. 205 f.

\*\*) Demgemäss habe ich das Recht des Verlegers mit dem Beneficialrecht verglichen. Was man hiergegen an Missverständnissen vorgebracht hat, ist unsäglich.

lagspflicht auf die Erben bezw. den Uebernehmer des Geschäfts übergehen.\*)

Auch im Erfinderrecht gibt es derartige Verträge: der Verleger bekommt ein Ausbeutungsrecht und zugleich eine Ausbeutungspflicht; die Gegengabe für den Patenteigner liegt entweder in einer bestimmten Summe oder in einem Jahresbetrag, meistens aber in einer, der Höhe des Absatzes entsprechenden Zubusse.

Der Verleger kann an der ganzen Erfindung oder an einem Theil der Erfindung berechtigt sein. Ist also z. B. die Erfindung Gegenstand eines Kombinations- und Einzelpatentes, so kann dem Verleger die Alleinbenutzung der Kombination ohne die Alleinbenutzung einzelner Theile, es kann ihm bei einer Mehrheit von Möglichkeiten der Erfindungsausübung die eine Möglichkeit gestattet sein, die andere nicht; seine Erfindungsausübung kann an Bedingungen und Beschränkungen geknüpft sein. Hier wäre eine Ueberschreitung der Gränze nicht nur Vertragswidrigkeit, sondern Patentverletzung.

Das Verlagsrecht kann auch auf Zeit begründet sein und nach Ablauf der Zeit erlöschen. Dann gilt bezüglich der vom Verleger producirtcn Waaren, Geräte, Maschinen das früher (S. 452 f) entwickelte.

Der Verleger hat nicht nur ein Gebrauchsrecht, sondern er hat auch ein Alleingebrauchsrecht im bestimmten Gebiete; er hat ein quasidingliches Alleingebrauchsrecht, er hat nicht etwa bloss einen obligationsrechtlichen Anspruch gegen den Patentträger auf Unterlassung anderwärtiger Licenzertheilung. Er hat in diesem Gebiet auch den Anspruch: er kann den Verletzer, der in sein Bereich eingreift, verfolgen; zu seinen Gunsten erwachsen Entschädigungsrechte.

Zwischen dem Erfinder und dem Verleger besteht ein gegenseitiges Treuverhältniss, das künftig darzustellen sein wird. Für die quasidingliche Gestaltung wichtig ist folgendes:

Der Erfinder hat eine Treupflicht gegen den Verleger insofern, als er ihm die Erfindung nach allen Seiten mitzuthcilen und ihm den Gebrauch zu sichern hat. Wird daher ein Vertragsverhältniss abgeschlossen, bevor der Erfinder ein Patent hat, indem er dem Verleger insoweit das Geheimniss mittheilt, und erwirbt er nachträglich ein Patent, so ist er verpflichtet, dem Verleger nunmehr am Patente selbst ein Verlagsrecht zu gewähren. Das Patent löscht das dingliche Recht des Verlegers nicht aus, vielmehr besteht dieses um so mehr fort, gefestigt durch den Schutz, den ihm das Patent ertheilt.\*\*)

\*) Auf den Verlagsgesetzentwurf kann ich hier nicht eingehen.

\*\*\*) Also ähnlich, wie wenn Jemand zur Zeit, wo kein Autorrecht bestand, ein Buch in Verlag gegeben hat, Arch. f. bürgerl. Recht X S. 65 f.

#### IV. Beschränktes Genussrecht.

##### § 200.

Ein weiteres quasidingliches Recht entsteht dann, wenn der Patentinhaber Jemandem innerhalb bestimmter örtlicher, zeitlicher oder qualitativer Begränzung das Genussrecht an der Erfindung als ausschliessliches Genussrecht ertheilt. Man pflegt dieses Recht unter das Lizenzrecht einzugliedern; es ist aber in der That von diesem grundverschieden:\*) der Erwerber bekommt hier nicht nur ein Benutzungsrecht, sondern er bekommt ein ganzes Bereich der Benutzung ausschliesslich als sein Recht eingeräumt. Im Zweifel kann er innerhalb dieses Bereichs schalten und walten; er kann das Recht an Dritte übertragen, er kann von diesem Rechte andere Rechte abzweigen, er kann Lizenzen ertheilen, er kann sein Recht auch klagend gegen die Störer geltend machen.\*\*\*) Vom Verlagsvertrag unterscheidet sich eine solche Uebertragung dadurch, dass

1. das Recht des Erwerbers kein höchst persönliches ist;
2. dass es nicht mit einer Ausbeutungspflicht belastet ist, ausser was die selbstverständliche Pflicht betrifft, die Erfindung soweit auszuüben, dass eine Rücknahme des Patenten nicht zu besorgen ist.

Wenn diese zu besorgen ist, besteht nicht nur eine Pflicht des Gebrauchsberechtigten, sondern auch ein Recht des Patentträgers, welcher, der Befugniss des Erwerbers unerachtet, soweit zur Erhaltung des Rechtes nöthig, Lizenzen begründen und Andern die Ausübung der Erfindung rechtsgültig gestatten darf.\*\*\*)

Der Alleinbenutzungsberechtigte erlangt ein quasidingliches Recht, welches von der Verfügung des Patentberechtigten unabhängig ist; es bleibt daher bestehen, auch wenn dieser auf sein Patentrecht verzichtet, vorausgesetzt natürlich, dass die Patentsteuer entrichtet wird.†)

Die Lasten des Gebrauchs trägt er nach Maassgabe des Gebrauchsrechts; doch hat, wenn er nur ein Theilgebrauchsrecht hat, im Zweifel der Patentberechtigte für Zahlung der Patentsteuer zu sorgen.

\*) Vgl. Z. f. gew. R. II S. 163. Vgl. auch B.G.B. § 1090 f.

\*\*\*) Ueber das amerikanische Recht vgl. Entscheidungen bei Walker § 400, bei Myer § 4104; über das englische Recht Lawson p. 51. Hier überall ist die Sache nicht hinreichend geklärt. Für das französ. R. vgl. Cass.-Hof 13. Juli 1892, Thaller (Jurispr.) VII p. 49; für das schweizer Recht Bundesgericht 4. Juni 1897 Gewerbl. Rechtssch. III S. 116.

\*\*\*\*) Z. f. gew. Rechtsschutz II S. 163. Missverständliche Bemerkungen hiergegen bei Munk, Patentrechl. Lizenz S. 111.

†) Z. f. gew. R. II S. 163. Unstichhaltige Bemerkungen dagegen bei Munk, Patentrechl. Lizenz S. 87.

Das Verbot des Raubbaues gilt auch hier, und die §§ 1052 f., 1039 B.G.B. finden rechtsähnliche Anwendung.

## V. Lizenzrecht.

### § 201.

Ein quasidingliches Recht ist endlich das Lizenzrecht. Lizenz ist eigentlich Erlaubniss, Lizenzrecht das auf Erlaubniss beruhende Recht der Erfindungsausnützung. Juristisch ist Lizenz eine bestimmte Art des Erfindungsbenutzungsrechts, nämlich das Benutzungsrecht ohne Alleinbefugniss, mindestens ohne dingliche Alleinbefugniss. Damit steht die Lizenz im Gegensatz zum Niessbrauch, im Gegensatz zum Gebrauchsrecht, zum Verlagsrecht.

Solche dingliche Lizenzen können auch im Gebiet des Sachenrechts vorkommen, z. B. das Recht über ein Grundstück zu gehen, Wasser zu schöpfen, das Vieh zu treiben u. s. w.; im Erfinderrecht sind sie bei der grossen Fülle der im Erfindungsgute liegenden wirthschaftlichen Vortheile und bei dem ausgedehnten örtlichen Umfang des Rechts ganz besonders häufig; sie finden sich auch im Autorrechte als gewöhnliche Erscheinung, sofern das Autorrecht ein Aufführungsrecht gewährt, also bei musikalischen und dramatischen Schöpfungen.

Das Lizenzrecht ist ein quasidingliches Gebrauchsrecht; es ist also ein positives Recht, nicht, wie manche gemeint haben, ein bloss negatives Recht, wonach das Verbot des Patenteigners hier Halt machte und der Lizenzträger gewissermassen unter dem Verbot hindurchschlüpfte. Diese unrichtige Anschauung hängt mit dem Irrthum zusammen, das Erfinderrecht als eine grosse Verbotsanstalt zu betrachten, so dass zeitweise der Schlagbaum gehoben und das natürliche Recht, Mensch zu sein und nach Belieben zu thun und zu lassen, wieder hervortreten könnte.\*)

Allein die Rechtsordnung ist nicht eine negative, sondern eine positive Ordnung, sie gibt Rechte, nicht bloss Verbote; die Rechte sind nicht etwa neutrale Dinge, die nur durch einen Schlagbaum vor der Welt verschlossen wären, sie sind Befugnisse, welche eine rechtliche Regelung finden. Den positiven Inhalt des Rechts als leeren Raum zu behandeln und nur die Umschliessung als Wirklichkeit zu betrachten, ist, wie wenn man bei dem Menschen nur Haut und Knochen berücksichtigte.\*\*)

\*) Richtig Munk S. 18 f. Ueber Munk vgl. Industrierechtliche Abhandlungen I S. 181. Ohne Werth ist Klöppel, Lizenzvertrag (1896); hierüber ebenda I S. 190 f.

\*\*\*) Gesammelte Beiträge zum Civilprozess S. 39 f.

Ist dem so, so kann auch das Recht des Lizenzträgers, und ein Recht ist es doch, nicht in dem blossen Oeffnen eines Schlagbaumes, nicht in der blossen Lockerung des Knochengerüstes bestehen, sondern in einem Recht an dem Inhalte, und die Lizenzausübung ist nicht etwa die Ausübung eines menschlichen Facultätsrechts, wie essen, trinken und schlafen, sondern sie ist Ausübung eines dem Lizenzträger zustehenden subjectiven Rechts.

Denn das Recht mit seinem Umfang und seinen Beziehungen zum Publikum ist durch die Rechtsordnung gegeben. Der Berechtigte kann Theile dieses Rechts Dritten gewähren, soweit das Recht veräusserlich ist, er kann aber nicht in das Recht beliebige Risse und Einschnitte machen, durch die das Facultätsrecht Dritter hereinrieseln möchte.\*) Und wenn es erlaubt wäre, solche Risse und Spalten in dem Körper des Rechts zu bilden, wenn es dem Erfinder gestattet wäre, zu sagen: ich will kein normales Erfinderrecht, sondern nur ein Erfinderrecht mit gewissen Abzügen, dann könnte er dies doch nur als allgemeine Norm festsetzen, nicht aber in der Art, dass das Erfinderrecht gegen das Publikum heil und unversehrt bliebe, der einen Person gegenüber jedoch rissig und undicht wäre. Ein Recht, welches dadurch charakterisirt wäre, dass es dem Publikum gegenüber geschlossen, dem einen oder andern aber gegenüber geöffnet wäre, ein solches Recht wäre ein unnatürliches Gebilde.

Uebrigens ergibt sich die positive Natur der Lizenz auch aus der Betrachtung der Lebensverhältnisse von selbst. Wer eine Lizenz erwirbt, der will etwas positives haben, er will einen Antheil am Erfindungsgut; diesen Antheil zu gewähren, ist der Lizenzbesteller auch obligatorisch verpflichtet, er ist namentlich auch verpflichtet, dem Lizenznehmer die nöthige Auskunft zu geben und ihn in die Verhältnisse einzuweißen; hat er insbesondere eine leichtere konstruktive Methode der Erfindungsausübung eronnen, so hat er sie dem Lizenznehmer mitzutheilen.\*\*\*) Alles dieses stimmt mit der Konstruktion der Lizenz als einem Negative, als der blossen Hebung eines Verbotes nicht überein; man müsste denn etwa die Lizenz in ein dingliches Negatives und in ein obligationsrechtliches Positives auseinanderlegen, was offensichtlich verkehrt wäre, da die obligationsrechtliche Auskunftspflicht nur die Ergänzung der dem Lizenzträger durch die Lizenzräumung gewährten positiven Befugnisse sein soll.\*\*\*)

\*) Vgl. Autorrecht S. 298.

\*\*) Studien in Grünhut XXV S. 260.

\*\*\*) Völlig unrichtiges über die Natur des Lizenzrechts findet sich in den Entsch. des R.G. v. 17. Dec. 1886, Entsch. XVII S. 53; treffender, aber nicht durchschlagend, R.G. 19. Dec. 1898 (I. Strafsenat) Bl. f. Patentw. V S. 35; vgl. auch noch R.G. 13. Jani 1899 ib. V S. 247. Unrichtig auch Robolski, Theorie und Praxis S. 232 f., verkehrt Schall, Arch. f. civ. Praxis 72

Eine andere Ansicht erkennt den positiven Charakter der Lizenz an, konstruirt sie aber lediglich als obligationsrechtliche Pflicht zum Gewährenlassen ohne dingliche Grundlage, also nach der Art des Mieth- und Pachtvertrags des gemeinen Rechts; woraus sich von selbst die Folgerung ergibt, dass mit der Veräußerung des Patentes die Lizenz in ihrer positiven Wirkung ebenso hinfällig würde, wie die gemeinrechtliche Miethe beim Wechsel des Eigenthums nach der „lex Emptori“; dass mithin der Lizenzträger den Licenzeinräumer nur obligationsrechtlich verantwortlich machen könnte, wenn er das Patent veräußerte und nicht dafür sorgte, dass der Erwerber die Lizenz bestehen liesse. Das hätte zur nothwendigen Folge, dass der Lizenzträger weitläufige Fabrikationseinrichtungen und kostspielige Maschinenanlagen unbenutzt lassen müsste und mit einer mageren Entschädigung vorlieb nehmen sollte. Nun hat vor einiger Zeit alles über den Satz Kauf bricht Miethe geseufzt, man hat nachgewiesen, dass er im römischen Rechte nur historisch zu erklären ist, dass man ihn im gemeinen Recht nur festgehalten hat, weil die Bestimmungen des Corpus juris unzweifelhaft waren. Was zwingt uns nun aber, bei Beurtheilung der Lizenz, für welche wir glücklicherweise an keine gesetzliche Beschränkung gebunden sind, in denselben Fehler zu verfallen? Was hindert uns, die Lizenz quasidinglich aufzufassen, wie dies dem offenkundigen Bedürfniss entspricht, oder doch mindestens so, dass dem Lizenzträger eine „actio in rem scripta“ gegen den Dritterwerber des Patentes zusteht? Wir stecken noch viel zu tief in dem Romanismus, wenn wir glauben, die Fehler und die uns fremden nationalen Eigenthümlichkeiten des Röm. Rechts nicht nur aufrechterhalten, sondern auch auf Gebiete, wie das Industrierecht, übertragen zu müssen, deren Eigenart den Römern ganz fremd war.\*)

Die positive quasidingliche Natur des Lizenzrechts ist neuerdings in Oesterreich noch in einer glänzenden Konsequenz zu Tage getreten: eine gutgläubig erworbene Lizenz, die bereits ein Jahr besteht und ein Jahr im Patentregister eingetragen ist, bleibt bestehen, auch wenn das Patent dem Lizenzbegründer aberkannt und somit das Erfinderrecht als einem Dritten angehörig erklärt wird.\*\*) Der gutgläubige Erwerb von einem Nichtberechtigten

S. 130. Richtig Bolze in Gruchot 38 S. 79 f., Gierke, Privatrecht I S. 890, E. Adler in Grünhut XXVII S. 603 f. Weitere Literatur in R.G. 19. Dec. 1898.

\*) Arch. f. bürgerl. R. X S. 272. Sonderrechtlich ist die Entscheidung des Appellhofs Brescia und des Cassationshofs Turin (Propr. ind. V p. 140), wornach die nicht eingetragene Lizenz nur obligationsrechtlich gegen den Mitcontrahenten, nicht gegen den Erwerber des Patents wirke. In Frankreich nimmt man eine Wirksamkeit der Lizenz gegenüber dem Erwerber an, wenn die Lizenz sicheres Datum hat (analog dem a. 1743 C. civ.); vgl. Mainié nr. 1542.

\*\*) Oest. Gesetz § 28, 29; dazu Studien in Grünhut XXV S. 218.

her wird mithin einem Berechtigten gegenüber geschützt! Nicht nur besteht die Lizenz dem Dritterwerber des Patentes gegenüber, sie besteht unter bestimmten Umständen sogar, auch wenn das Recht des Lizenzbestellers sich als nicht vorhanden erweist!

Das Lizenzrecht gibt ein positives Recht, es gibt aber kein Alleinrecht; wesshalb der Lizenzträger vom Standpunkt seines (quasi) dinglichen Rechts nicht befugt ist, vorzugehen, wenn vom Patentinhaber ein zweites oder drittes Lizenzrecht geschaffen wird. Daraus geht hervor: der Lizenzberechtigte kann es auch nicht als Eingriff in sein Recht verfolgen, wenn Jemand widerrechtlich unter Verletzung des Patents die Erfindung nachmacht: dieser verletzt das Patent, er verletzt nicht das Lizenzrecht.\*)

Man hat das Gegentheil behauptet; man hat geltend gemacht: der Lizenzträger, der einen anderen berechtigten Lizenzträger ertragen muss, müsse sich darum nicht auch einen unberechtigten, unlegitimierten Patentverletzer gefallen lassen.\*\*)

Das ist aber eine unzutreffende Betrachtungsweise: nicht darum muss der Lizenzberechtigte sich den Konkurrenten gefallen lassen, weil dieser ebenfalls berechtigt ist, sondern darum, weil ihm überhaupt kein Ausschliessungsrecht zusteht, weil er als Lizenzberechtigter durch eine solche Konkurrenz in keiner Weise verletzt wird. Die Verletzung richtet sich nach dem Recht: wo kein Recht, da keine Verletzung\*\*\*)

Daher kann der Lizenzberechtigte nicht gegen einen Patentverletzer vorgehen;†) und wenn man die Analogie eines Fischereiberechtigten hiergegen geltend gemacht hat, der gegen unbefugte Störer vorgehen dürfe, während er sich doch gefallen lassen müsse, dass der Staat weitere Fischereiprivilegien erteile,††) so ist dieses Beispiel unrichtig gewählt. Denn es wird hier vorausgesetzt, dass der Fischereiberechtigte an sich ein Ausschliessungsrecht hat, das nur ausnahmsweise durch die privilegienbildende Macht des Staates durchbrochen werden darf; während das Wesen der Lizenz eben darin besteht, dass sie kein Ausschliessungsrecht ist.

\*) Dass aber dem Lizenzberechtigten eine Feststellungsklage zusteht, wo immer ein genügendes Interesse gegeben ist, z. B. dem Patentberechtigten gegenüber, versteht sich von selbst.

\*\*) Munk, Patentrechtl. Lizenz S. 172 f.

\*\*\*) So auch das amerikanische Recht, dem wir die Form der Lizenz vorzüglich verdanken, vgl. Entscheidungen bei Walker § 400, Myer § 4098 f.; ebenso das englische Recht, Lawson p. 51, 52, Court of Appeal August 1889 Propr. ind. VI p. 10; ebenso das französische, vgl. Maiuie Nr. 1545 mit vielen Citaten. Die Munk'sche Betrachtungsweise trifft zu für Verhältnisse solidaren Erfinderrechts Mehrerer, vgl. oben S. 71, 496.

†) Das Gleiche gilt von Lizenzen im Gebiete der Litteratur, so Appellhof Paris vom 11. Mai 1886 Busch Archiv Bd. 48 S. 354.

††) Munk S. 172 f.

Auch eine Berechtigung, vom Patentinhaber den Schutz gegen Patentstörer zu verlangen, besteht nicht; sie besteht nur, wenn solches im Lizenzpachtvertrag obligationsrechtlich bedungen worden ist; was dem zu vergleichen ist, wenn hier ausgemacht wird, dass der Patentinhaber keine weiteren Lizenzen erteile.

§ 202.

Die Gewährung der Lizenz erfolgt regelmässig durch Vertrag; der Vertrag unterliegt den gewöhnlichen Regeln, er geschieht durch Angebot und Annahme, und diese Annahme kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen,\*) durch Wort oder That. Eine Annahme durch die That wird besonders leicht dann vorkommen, wenn das Angebot an das Publikum, „ad incertam personam“ gerichtet ist. So kann Jemand erklären, dass Jeder, der eine bestimmte Summe einsendet oder sonstige Bedingungen erfüllt, lizenzberechtigt sein soll. Die Lizenz kann auch als Auslobung erfolgen; z. B. ein Jeder, welcher eine zweite Erfindung gemacht hat, soll an der ersten Erfindung eine Lizenz haben; oder ein Jeder soll das Lizenzrecht haben, aber mit der Pflicht, die Waaren als dem Erfinderrecht des A. entsprungen zu bezeichnen. Es ist dann ähnlich wie im Autorrecht, wenn es den Zeitungen gestattet wird, unter gewissen Bedingungen einen Aufsatz nachzudrucken.

In diesem Falle ist die Ausübung der Erfindung, auch wenn die Gegenleistung nicht erfolgt, kein Widerrecht (es müsste denn die Gegenleistung zur voraus zu erfüllenden Bedingung gemacht sein): vielmehr entsteht eben dann die obligationsrechtliche Pflicht zur Gegenleistung; diese Verpflichtung folgt den gewöhnlichen Regeln, hat die gewöhnliche Verjährung; sie ist also keine Entschädigungspflicht und unterliegt nicht der Verjährung dieser.\*\*)

In einem solchen Falle wird allerdings anzunehmen sein, dass die Lizenz auf Kündigung steht; denn so sicher bei einem Vertrag mit bestimmter Person die ständige Dauer der Lizenz zu vermuthen ist, so sicher wird bei solchen unbestimmten, in den Tag hinein gegebenen Lizenzen die Vermuthung dafür sprechen, dass der Lizenzgeber sich nicht auf Jahre hinaus an jeden Beliebigen ständig binden wird.

Dass ein durch öffentliche Ankündigung erfolgtes allgemeines Lizenzangebot gegenüber denen, welche es noch nicht angenommen haben, jederzeit zurückgezogen werden kann, ist natürlich zweifel-

\*) Die stillschweigende Gewährung der Lizenz kann erfolgen, wenn man Jemanden unangefochten die Erfindung ausbeuten lässt in Fällen, wo ein Widerspruch vernünftigerweise sicher zu erwarten wäre. Vgl. die Entsch. des High Court der Südafrikanischen Republik vom August 1894 in Cape Law Journal XI p. 292. Vgl. auch den Fall der Maschinenveräußerung oben S. 457 f.

\*\*) Darüber habe ich zuerst im Aus dem Patent- und Industrierecht Bd. II S. 22 f. gehandelt.

los; denn solange und soweit eine Annahme nicht erfolgt ist, liegt nur ein einseitiges Angebot vor. Für die Zurücknahme der Angebotserklärung ist § 658 B.G.B. analog heranzuziehen.

Eine Lizenz kann auch hintereinander einer Reihe von Personen ins Unbestimmte gegeben werden; also: wer in eine bestimmte Lage kommt, soll Lizenz haben, z. B. jeder Inhaber eines bestimmten Gebäudes, jeder künftige Erwerber einer Fabrik; hier kann die Lizenz so ertheilt werden, dass bei Veräußerung des Geschäfts nicht etwa der Nachfolger die Lizenz von seinem Vorgänger erwirbt, sondern sie selbstständig erlangt kraft der vom Erfindungsberechtigten gegebenen allgemeinen Gestattung.

Eine solche allgemeine Lizenz wollte man auch in dem Fall annehmen, wenn der Patentberechtigte die von ihm hergestellten Maschinen verkauft; man hat angenommen, dass hierin eine stillschweigende Licenzertheilung an den Ersterwerber der Sache und an alle seine Rechtsnachfolger liege. Oben ist gezeigt worden, dass es dieser Annahme meist nicht bedarf, dass sich in den meisten Fällen das Benutzungs- und Verbreitungsrecht des Erwerbers von selbst versteht. Nur ausnahmsweise, wo dies nicht ausreicht, kann eine stillschweigende Licenzertheilung in Frage kommen. Hierüber vgl. oben S. 457 f.

Ein Punkt bei der Licenzertheilung ist noch bedeutsam. Die Lizenz verschafft dem Lizenzberechtigten kein Alleinrecht, und der Lizenzgewährende geht in dieser Beziehung keine Treupflicht ein. Daher gilt nicht, was oben bezüglich des Verlagsrechts gesagt ist: eine Licenzertheilung wirkt nicht in gleicher Weise fort, wie ein Verlagsvertrag. Hatte daher Jemand, bevor er ein Patent besass, einem Anderen eine Lizenz ertheilt und erwirbt er ein Patent, so dauert die Lizenz gegenüber seinem Patente nicht mehr fort; sein Recht ist nunmehr ein ganz anderes: vorher hatte er nur ein Individualrecht und ein beschränktes Immaterialrecht; er durfte verbieten, dass ihm die Erfindung entwendet werde, er hatte das Geheimniss mit allen daran klebenden Rechten, er hatte aber kein Recht über das Geheimniss hinaus: dieses erwirbt er durch das Patent und nur durch das Patent. Die früher gewährte Lizenz enthält daher den wesentlichen Inhalt des Patentrechts nicht, sie kann ihm gegenüber nicht mehr bestehen; sie war auch in der Preisbemessung nur auf den früheren Bestand berechnet; es müsste denn sein, dass der Erfinder sich etwa schon damals mit dem Gedanken trug, ein Patent zu erwerben und dass er im Hinblick darauf die Lizenz ertheilt hätte: dann wäre die Licenzertheilung nicht nur eine Ertheilung in Bezug auf das gegenwärtige, sondern auch in Bezug auf das zu erlangende künftige Recht; in der That wäre eine gegenwärtige Lizenz in Bezug auf das gegenwärtig vorhandene Recht und eine Lizenz in Bezug auf

das künftige Recht bestellt worden. Ob das eine oder das andere vorliegt, ist Thatfrage; im Zweifel hat der Lizenzträger nur das erste Recht.\*\*)

§ 203.

Die Lizenz gibt also ein quasidingliches Recht, das nicht nur gegenüber dem Lizenztheiler, sondern auch gegenüber dem Rechtsnachfolger dieses, auch gegenüber dem Einzelrechtsnachfolger durchschlägt, auch gegenüber dem Rechtsnachfolger, welcher nicht dem Willen des Rechtsvorgängers, sondern der Verfügung des Rechtes seine Stellung zu verdanken hat, so insbesondere gegenüber dem, der auf Grund von Pfändung oder Konkursveräußerung das Patent erworben hat.

Sie gilt auch in folgender Anwendung: Hat ein Niessbraucher eine Lizenz ertheilt und erlischt der Niessbrauch, so sollte eigentlich nach strenger Folgerichtigkeit die quasidingliche Lizenz erlöschen. Allein der im § 1056 B.G.B. ausgesprochene Gedanke muss auch hier durchgreifen: die Lizenz wirkt, wenn auf Grund eines Lizenzpachtvertrages ertheilt, einstweilen auch gegenüber dem Eigner weiter, jedoch mit dem Rechte dieses, das Lizenzpachtverhältniss in entsprechender Frist zu kündigen und damit dem quasidinglichen Lizenzrecht ein Ende zu bereiten. Dieser Sondergedanke ist nicht bloss positiv, er ist vielmehr in der Natur der Dinge begründet; das Gegentheil wäre eine Verletzung der durch die Verhältnisse gegebenen Ordnung. Allerdings ist der Eigenthümer hier kein Rechtsnachfolger des Niessbrauchers: er braucht sich daher das Pachtverhältniss nicht in vollem Umfange gefallen zu lassen; allein das muss er anerkennen, dass der Niessbraucher ein Verwaltungsrecht hatte und dass die Ausübung des Niessbrauchs nur mit einem solchen Verwaltungsrecht möglich war. Eine solche Verwaltung lässt sich aber nicht führen, wenn man zu gewärtigen hat, dass die durch Verwaltung begründete Pacht kraft Zufalls von einem Tag zum anderen erlöschen kann; sie ist nur verträglich mit einer Gestaltung, wonach dem Pächter gekündigt und ihm eine Frist zur Abwicklung des Verhältnisses gewährt werden muss. Hat daher der eintretende Eigenthümer die Verwaltung anzuerkennen, so muss er in das durch den Niessbraucher begründete Pachtverhältniss insofern eintreten, als er es einstweilen bestehen lassen muss, bis es gekündigt und durch Kündigung erloschen ist. Und der gute Glaube verlangt auch, dass der Eigenthümer sich auf Verlangen innerhalb einer angemessenen Frist äussert, ob er kündigen will oder nicht (§ 1056 B.G.B.)

\*) Diese Frage ist in Bezug auf das Aufführungsrecht von Theaterwerken s. Zt. viel erörtert worden. Vgl. Arch. f. bürgerl. Recht Bd. X S. 59 f.

§ 204.

Die Lizenz ist im Zweifel einheitlich und unübertragbar.

Sie ist a) einheitlich. Hiermit steht es nicht im Widerspruch, wenn der Lizenzberechtigte seine Produktion erweitert und Zweigniederlassungen gründet; denn in der Zweigniederlassung handelt derselbe Produzent, wie in der Hauptniederlassung, es ist dieselbe Persönlichkeit: es ist dieselbe Persönlichkeit, auch wenn eine Zweigniederlassung früher selbstständig war und nachher mit dem Geschäfte verschmolzen worden ist.

Dies gilt, auch wenn die Zweigniederlassungen ihre besonderen Firmen tragen, auch wenn sie die etwaigen früheren Firmen beibehalten; es gilt, auch wenn die Zweigniederlassungen ihre besondere Verwaltung haben, auch wenn bei den Zweigniederlassungen stille Gesellschafter beteiligt sind, die der Hauptniederlassung ferne stehen. Und ist der Lizenzträger eine Gesellschaft, so gilt es, auch wenn bei der Zweigniederlassung eine andere Gewinnbetheiligungsweise festgesetzt wäre, als bei dem Hauptgeschäft, auch wenn bei der Zweigniederlassung ein Gesellschafter bezüglich des Gewinnanteils völlig ausscheiden sollte: nicht die Beteiligung am Gewinn und Verlust, sondern die Einheit des Geschäfts Dritten gegenüber (eine Einheit insofern, dass durch die Verträge des Geschäfts das Ganze mit seinen Zweigen verpflichtet wird), ist entscheidend für die Frage, ob eine oder mehrere Unternehmungen vorliegen. Diese Einheit lässt ja irgend welche beliebigen Arten der Gewinnbeteiligung zu, wobei auch auf die in den verschiedenen Zweigunternehmungen abgeschlossenen Geschäfte und ihre Ergebnisse Rücksicht genommen werden kann.

Auch der Umstand, dass verschiedene Personen an der Spitze der Haupt- und der Zweigunternehmung stehen, ist völlig gleichgültig, da die Verfassung des Geschäfts eine beliebige Art der Organisation und der an der Spitze stehenden Organe zulässt; selbst die Procura lässt insofern eine Beschränkung zu (§ 50 H.G.B.).

Andererseits gilt der Grundsatz: die ertheilte Lizenz muss eine bleiben, es ist unstatthaft, sie in mehrere Lizenzen zu verwandeln.

Dies würde aber geschehen, wenn eine Unternehmung sich in mehrere ausweigt, welche nunmehr als selbstständige Haftungseinheiten den Gläubigern gegenüber treten; wenn also Zweig- oder Nebenniederlassungen zu besonderen, den Gläubigern jeweils getrennt haftenden, Vermögenseinheiten verselbstständigt werden.

Bei einer solchen Ausweigung muss darum bestimmt werden, welche Unternehmung die Lizenz weiter führen soll: diese Bestimmung steht dem Lizenzträger völlig frei; bestimmt er dies

nicht, so ist ein jedes in das Patent eingreifende Thun patentwidrig, solange bis eine Zuthellung getroffen ist.

Innerhalb dieser Schranke hat der Lizenzberechtigte die freie Verfügung. Er kann die Lizenz nicht verdoppeln, wohl aber kann er sein Unternehmen ändern; er kann sein Unternehmen aufgeben und ein anderes beginnen; er kann die Firma ändern und sie mit einer anderen verschmelzen, wie dies noch unten zu erörtern ist.

Die Lizenz ist b) unübertragbar: sie wird zur Eigenbenutzung, nicht zur Benutzung durch Fremde gegeben; die Individualität des Lizenzträgers ist dem Lizenzverleiher von wesentlicher Bedeutung: er ermisst, ob dieser eine vertrauenswürdige Person ist, ob er die nöthige Garantie gibt für eine angemessene Erfindungsbenutzung, ob er nicht etwa eine Erfindung durch die Art der Anwendung in Verruf bringt u. s. w.

Daher kann die Lizenz weder weiterverliehen, noch weiter übertragen werden;\*) auch nicht etwa in der Art, dass der ursprüngliche Lizenzträger vor der Veräusserung von selbst aufhört, die Erfindung zu benutzen; auch nicht etwa in der Art, dass er persönlich fortfahren will, für die Lizenzgebühr zu haften.\*\*)

Das würde zudem noch die Gefahr mit sich bringen, dass zunächst der erste Lizenzträger die Erfindung bis zum Excess ausbeutete, dann, wenn er dessen genug hätte, ein zweiter, dritter oder vierter; was durchaus kein günstiges Ergebniss gewähren dürfte.

Es ist, wie wenn ein Theater eine Lizenz hat, ein Stück aufzuführen: es hat kein Recht, das Stück anderen Theatern zu übertragen, auch dann nicht, wenn es selbst der Aufführung müde sein sollte.

Vertragsmässig kann allerdings das Lizenzrecht als ein veräusserliches bestellt werden; in diesem Falle ist es (quasi-)dinglich veräusserungsfähig und die vom Veräusserer geschehene Uebertragung macht den Erwerber zum Lizenzberechtigten, indem sie dem Veräusserer das Lizenzrecht nimmt und er von nun an aufhört, berechtigt zu sein;\*\*\*) während eine gewöhnliche Lizenz in der Art unveräusserlich ist, dass der Erwerber kein Lizenzrecht erwirbt und der Veräusserer nicht aufhört, berechtigt zu sein.

Die Lizenz ist also regelmässig unveräusserlich.

Wohl aber darf der Lizenzträger in fremden Betrieben

---

\*) Vgl. Walker § 310, Myer § 3990 f., ferner Industrierechtl. Abhandlungen Bd. I S. 184 f.; vgl. auch Amar, sulle licenze die fabbricazione p. 14.

\*\*) Vgl. O.L.G. Dresden vom 11. December 1882, Patentbl. 1892 S. 724; ferner Z. f. gew. R. Bd. II S. 163.

\*\*\*) Vgl. Walker § 310.

für sich arbeiten lassen, sofern nur diese Arbeit auf seine Rechnung geschieht; er darf hier selbst die charakteristischen Theile des Erfindungsobjekts erarbeiten lassen, er darf auch das Erfindungsobjekt ganz dort erarbeiten lassen: die Arbeit, die auf seine Rechnung geschieht, ist seine Produktion. Und die Arbeit geschieht auf Rechnung des Lizenzträgers, auch wenn er sich über bestimmte Sätze vereinbart hat; ganz ähnlich wie auch der Verleger innerhalb seiner Sphäre handelt, auch wenn er das Schriftwerk in fremder Druckerei zu festen Sätzen herstellen lässt. Noch mehr steht es natürlich dem Lizenzträger zu, die neutrale Arbeit, also die Arbeit der Roh- und Hilfsstoffe Dritten zu übertragen: diese dürfen Dritte auch auf ihre eigene Rechnung schaffen.

Unstatthaft wäre es aber, wenn

a) Dritte die charakteristischen Theile des Erfindungsobjekts ohne Bestellung produzierten, in der Erwartung, dass der Lizenzträger sie von ihnen beziehen möchte; eine solche Herstellung ist Herstellung auf eigene Rechnung.

Unstatthaft wäre es,

b) wenn Dritte, welche Roh- und Hilfsstoffe lieferten, am Gewinn der Erfindungsproduktion theilhaft würden; denn dies würde die Produktion über das ursprüngliche Vermögensgebiet hinaus in ein drittes Vermögen hineinragen und Dritte theilhaftigen.

Eine Ausnahme von diesen Regeln ist nun allerdings unvermeidlich: eine Veräußerung der Lizenz ist statthaft, wenn das ganze Unternehmen veräußert wird, sei es mit oder ohne Firma. Die Möglichkeit, ein Unternehmen zu veräußern, ohne dass es zerlegt und zerschlagen wird, ist unabweislich: einerseits muss mitunter das Unternehmen seinen Träger wechseln, der nicht mehr fähig ist, ihm vorzustehen; andererseits muss das Unternehmen erhalten bleiben, denn eine Zerschlagung würde gerade die Vermögensmacht und damit die gewaltige wirtschaftliche Macht vernichten, die in dem Zusammenhalte, in der Vereinigung der Kräfte liegt. Das gilt nun insbesondere von den dem Unternehmen anhängenden Produktionsrechten, in denen oft gerade sein Nerv und seine Stärke beruht.

Darum muss die Veräußerung des Unternehmens als Ganzes und damit die Veräußerung der ihm zustehenden Lizenzrechte erlaubt sein: es gilt also das Princip: an Stelle der Einheit der Person tritt die Einheit des Unternehmens.\*)

---

\*) So auch österreichisches Gesetz § 22: „Die . . . Lizenz kann ohne Zustimmung des Patentinhabers vom Lizenzträger unter Lebenden nur mit dem Betriebe, dem die Lizenz dienstbar ist, übertragen werden und übergeht von todeswegen nur dann auf die Rechtsnachfolger desselben, wenn von diesen das lizenzberechtigte Unternehmen fortgeführt wird.“ Vgl. auch mein Gutachten

Unternehmen ist aber eine Betriebseinheit, d. h. eine in gleichem Namen betriebene wirtschaftliche Einheit: es ist also eine Einheit, insofern als es derselben Person gehört; es ist aber auch eine wirtschaftliche Einheit insofern, als die einzelnen Theile organisch zusammenhängen, um im Zusammenhange grössere Erfolge zu erzielen.

Die Veräußerung des Unternehmens kann insbesondere auch geschehen durch Uebertragung an eine Gesellschaft, — an eine bereits bestehende oder an eine neu zu bildende, — namentlich durch Uebertragung an eine Aktiengesellschaft; sie kann geschehen durch Verschmelzung, sie kann geschehen durch Uebergabe des ganzen Vermögens, insbesondere also durch Eingehung einer (allgemeinen) Gütergemeinschaft; sie kann geschehen in irgend einer anderen Weise der Veräußerung.

Die Veräußerung des Unternehmens kann auch eine Veräußerung zum Theilrecht sein; auch dieser folgt die Lizenz: das Unternehmen kann in Niessbrauch, in Pacht gegeben, es kann auf Zeit, es kann gegen Rückfall veräußert werden, und allem dem muss sich die Lizenz fügen (vgl. § 22 Abs. 2 H.G.B.).

Die Veräußerung kann auch das Unternehmen in Theilunternehmungen zerschlagen. Wenn innerhalb des Gesamtunternehmens Zweigunternehmungen bestehen, so können sie selbstständig veräußert und dadurch verselbstständigt werden: sie werden dann nicht mehr in demselben Namen betrieben, wie die Gesamtunternehmung, bilden also mit ihm nicht mehr eine Betriebseinheit, und sind daher selbstständige Unternehmungen. Es kann aber auch eine Zweigunternehmung gerade zu dem Zwecke gegründet werden, um losgelöst und verselbstständigt zu werden.

Natürlich gilt hier der Grundsatz der Einheit der Lizenz. Die Veräußerung darf nur in der Weise geschehen, dass die Lizenz nicht verdoppelt, d. h. nicht mehreren selbstständigen (in selbstständigem Namen geführten) Betrieben zukommt. Wird sie mehreren abgezweigten Betrieben hintereinander übertragen, so steht sie nur dem ersteren zu; wenn gleichzeitig, so gilt das Obige S. 515 f.

Dasselbe ist von der Vererbung zu sagen: die Lizenz vererbt sich mit der Unternehmung und nur mit der Unternehmung, sie vererbt sich als eine Lizenz. Wird die Unternehmung unter die Miterben getheilt, so kann nur einer die Lizenz weiter führen. Dasselbe gilt von der Rechtsnachfolge einer juristischen Person, eines Vereins, eines Stiftungsverbands; es gilt insbesondere, wenn bei Auflösung der juristischen Person das Vermögen an Einzelpersonen übergeht oder wenn die juristische

---

zu diesem Gesetz S. 441, wo ich vorgeschlagen hatte, die Veräußerung der Lizenz mit dem Gewerbebetriebe zu gestatten.

Person sich durch Verschmelzung mit einer anderen Persönlichkeit zur Einheit verbindet. Das Gleiche gilt auch, wenn die Lizenz einer Gesellschaft zusteht und diese sich auflöst.

Die Veräußerung der Lizenz mit dem Betrieb kann auch durch öffentlichen Akt, sie kann auch auf dem Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen, sie kann insbesondere auch im Konkurs erfolgen; sie kann auch in der Art erfolgen, dass eine Zwangsverwaltung der Unternehmung stattfindet und hier die Erfindung ausgeübt wird; sie kann insbesondere auch während der Dauer des Konkurses durch die Gläubigerschaft, durch den Konkursverwalter erfolgen.

Aus dem Obigen ergibt sich also: die Einheit des Unternehmens gilt statt der Einheit der Person; dagegen verlangt die Einheit der Person nicht die Einheit des Unternehmens. Eine Person kann also ein Unternehmen aufgeben, ein zweites anfangen und die Lizenz auf dieses übertragen; sie kann insbesondere ihr Unternehmen veräußern und für ein zu gründendes zweites Unternehmen die Lizenz festhalten. Natürlich besteht auch hier das Princip der Lizenzeinheit: veräußert die Person das Unternehmen mit der Lizenz, so kann sie nicht zugleich die Lizenz für sich behalten, und umgekehrt.\*)

Und diese Einheit der Person bleibt bestehen, auch wenn die Firma des Geschäfts sich ändert, auch wenn der Charakter der Persönlichkeit ein anderer wird; also insbesondere wenn die offene Handelsgesellschaft ihre Mitglieder wechselt oder wenn eine Handelsgesellschaft durch Wegfall der übrigen Mitglieder zur Einzelfirma oder die Einzelfirma durch Zutritt anderer Mitglieder zur Handelsgesellschaft wird: in allen diesen Fällen liegt eine Personenwandelung, aber keine Veräußerung vor.

Noch mehr gilt dies, wenn der Charakter der Person derselbe bleibt und nur der Personenkreis wechselt, also z. B. die Aktiengesellschaft oder Genossenschaft durch Aus- und Eintritt von Aktionären und Genossen.

#### § 205.

Die Lizenz ist im Zweifel örtlich und zeitlich unbeschränkt.

Oertlich unbeschränkt ist sie, sofern es dem Lizenzberechtigten zusteht, innerhalb des Patentgebietes die Produktionsstätte beliebig zu wählen, auch mehrere lokal verschiedene Produktionsstätten anzulegen, wie dies bereits S. 516 f. ausgeführt wurde.

Zeitlich ist sie unbeschränkt, sofern sie solange dauert, als das Patentrecht dauert. Sie erlischt namentlich nicht durch

---

\*) Vgl. auch O.L.G. Dresden vom 11. Dezember 1892 Z. f. gew. R. II S. 163.

Nichtausübung: wie das Maass der Ausübung, so steht Ausübung und Nichtausübung völlig im Ermessen, ja in der Willkür des Berechtigten. Die Lizenz steht im Zweifel nicht auf Kündigung: die Patentfrist ist Frist des Lizenzrechts; denn einerseits ist ja das Erfinderrecht zeitlich beschränkt und seine Dauer pflegt erfahrungsgemäss meist 3, 4 Jahre nicht zu überschreiten, andererseits führt die Benützung der Lizenz nicht selten zu recht kostspieligen Anlagen, so dass im Zweifel nicht anzunehmen ist, dass der Lizenzberechtigte noch in einer Periode zu produziren aufhören muss, wo ihm das Patent Schranken in den Weg legt.

Die Lizenz ist im Zweifel auch qualitativ und quantitativ unbeschränkt; qualitativ, indem sie die Erfindungsausbeute nach jeder Richtung, quantitativ, indem sie die Erfindungsausbeute in jeder Intensität, in jedem Umfang gestattet: insbesondere muss bemerkt werden, dass der Umfang des Geschäfts im Moment der Lizenzgestattung in keiner Weise für die Zukunft maassgebend sein kann. Wesentlich ist gerade, dass der Verkehrtreibende sich den momentanen Bedürfnissen anschliessen, der gesteigerten Nachfrage folgen kann.

Die Lizenz kann aber nach allen Richtungen hin vertragsmässig beschränkt sein; eine Beschränkung hat im Zweifel nicht nur obligationsrechtliche Bedeutung, so dass, wer sie nicht einhält, obligationsrechtlich verantwortlich würde; sie hat quasidingliche Bedeutung: wer die Lizenz überschreitet, überschreitet das quasidingliche Recht und greift daher in das Patentrecht ein, kann also entsprechend civilistisch und strafrechtlich verfolgt werden.\*)

Die Beschränkung kann

a) eine örtliche sein; es kann bestimmt werden, dass der Lizenzträger nur in einer bestimmten Stadt, in einer bestimmten Provinz produziere, es kann auch bestimmt werden, dass die Herstellung nur in einem bestimmten Etablissement, etwa im Hauptetablisement oder einem bestimmten Zweigetablisement erfolge. Ist auf solche Weise die Lizenzproduktion verörtlicht, so darf der Lizenzträger auch nicht Theile der patentirten Kombination ausserhalb dieses Kreises fabriziren, um sie in diesem Kreise zusammenzustellen. Inwiefern eine neutrale Thätigkeit, welche die Herstellung unterstützt, ausserhalb des Kreises geschehen darf, ist nach den Grundsätzen über Vorbereitungshandlung, Mitthäterschaft und Beihülfe zu entscheiden, die S. 552 f. 554 f. zu erörtern sind.

Natürlich aber muss der Grundsatz gelten, dass, was mit Lizenz innerhalb seines Kreises hergestellt worden ist, auch ausserhalb desselben veräussert werden darf, und die fremde Waare,

\*) Vgl. auch die Entsch. des Circ. Court Illin. in Aus dem Patent- und Industrierecht Bd. I S. 88.

die innerhalb dieses Gebietes kraft einer Einführungslicenz verkauft worden ist, darf von da an auch ausserhalb desselben weiter verkauft werden (oben S. 454).

Die Lizenz kann auch

b) zeitlich beschränkt sein; auch hier muss natürlich der Satz gelten, dass das innerhalb dieser Zeit kraft der Lizenz Hergestellte oder Verkaufte auch nach Ablauf der Zeit beliebig weiter verbreitet werden darf. Die zeitliche Beschränkung kann insbesondere eine Kündigungsbeschränkung sein, indem entweder der eine oder beide Theile ein Kündigungsrecht haben; die Zeit kann auch völlig in die Willkür des Patenteigners gestellt werden: Lizenz nach Belieben.

Die Beschränkung kann auch c) eine qualitative sein; sie kann also zunächst  $\alpha$ ) eine technisch-qualitative sein; so, wenn die Erfindung aus trennbaren Theilen besteht: hier ist eine Beschränkung der Lizenz möglich; so insbesondere wenn eine Idee sowohl als Kombinationsgedanke, als auch in ihren Einzelheiten geschützt ist: hier kann dem Lizenzberechtigten die Einzelheit ohne die Gesamtidée, es kann ihm auch die Gesamtidée ohne die Einzelheiten übertragen werden. So kann auch dem Lizenzträger gestattet sein, einen Theil der Erfindungssache herzustellen, zu benützen, einzuführen; er kann berechtigt werden, Erfindungssachen einer bestimmten Art und nur solche herzustellen oder zu gebrauchen; z. B. nur Sachen einer bestimmten Grösse;\* er kann berechtigt werden, das Verfahren anzuwenden, aber nur nach einer bestimmten Richtung, zur Erreichung eines bestimmten Resultats; namentlich ist der Satz, dass, wer ein Erfinderrecht hat, es für alle Resultate hat, nicht auch dahin zu deuten, dass, wer eine Lizenz für ein Verfahren nach bestimmter Richtung hat, das Verfahren auch zur Erreichung jedes anderen Resultats verwenden dürfe: im Gegentheil, die für ein Resultat gegebene Lizenz wird im Zweifel darauf beschränkt sein.

Wohl aber muss im Zweifel angenommen werden, dass der Lizenzträger das Recht hat, innerhalb dieser Sphäre nicht nur konstruktive Aenderungen eintreten zu lassen, sondern auch neue erfinderische Verbesserungen hinzuzufügen; denn im Zweifel muss man alles, was die Erfinderverträge betrifft, so auslegen, dass der Fortschritt der Industrie möglichst gefördert wird. Eine Bindung des Lizenzträgers an den Erfindungsgebrauch nach dem überholten Stande einer früheren Zeit wäre völlig zweckwidrig; und mit der Licenzausübung ein Verbot der Verbesserungen zu ver-

---

\*) Patentrecht S. 439, Aus dem Patent- und Industrierecht Bd. I S. 88 und die hier citirte amerikanische Entscheidung. Man vgl. auch Appellhof Lyon vom 1. Dezember 1881 Pataille 82 p. 80.

binden, würde dem Erfordernisse der fortschreitenden Industrie Hohn sprechen.

Die Beschränkung kann auch

β) eine juristisch-qualitative sein, sofern dem Lizenzberechtigten von den Patentbefugnissen etwa nur die Herstellung oder der Gebrauch oder die Verbreitung gewährt wird.

In dieser Beziehung ist allerdings ein Vorbehalt unerlässlich:

- a. wer eine Sache herstellen darf, darf sie, nachdem sie berechtigtermassen hergestellt ist, auch veräußern;
- b. wer eine Sache herstellen darf, darf die Sache als Sache in all ihren Eigenschaften benutzen;
- c. wer eine Sache einführen darf, darf sie in all ihren Eigenschaften benutzen, er darf sie auch veräußern.

Dagegen darf, wer eine Sache herstellen darf,

- a. sie nicht auch in einem Verfahren verwenden, das selbst Gegenstand des Patenten ist;
- b. er ist darum nicht auch berechtigt, solche Erzeugnisse aus dem Auslande zu beziehen und im Inlande zu verkaufen: Im Zweifel ist die Lizenz eine Herstellungs-, keine Einführungslicenz.

Unter diesem Vorbehalt kann daher die Lizenz eine Herstellungslicenz, eine Gebrauchslicenz, sie kann auch eine Einführungslicenz sein.\*) Die ersten zwei Arten ergeben sich aus der Lehre von der Erfindungsbenutzung: in demselben Grade wie eine Herstellung innerhalb der Patentbenutzung liegt und dem Patentberechtigten vorbehalten ist, kann sie Gegenstand der Lizenz sein; so also insbesondere auch, was die Herstellung für das Ausland, die Herstellung der Theile für ein Ganzes, die Beihülfe zu fremder Erfindungsausübung betrifft. Das Gleiche gilt von der Gebrauchslicenz: sie kann sich auf jeden Gebrauch beziehen, der dem Patentberechtigten vorbehalten ist, also auf den gewerblichen Gebrauch in allen seinen Anwendungen. Diese Gebrauchslicenz kommt insbesondere bei patentirten Verfahrensweisen vor, sie findet sich auch bei Maschinen und Maschinentheilen z. B. Bremsvorrichtungen. Der Gebrauchsberechtigte hat hier die Befugniss, was zum Gebrauche gehört, also auch die Maschinen oder die Maschinentheile, sich selbst zu verschaffen, sie selbst herzustellen oder aus dem Auslande einzuführen; denn wollte man die Gebrauchslicenz auf die aus der Fabrik des Patentberechtigten bezogenen Gegenstände beschränken, so hätte sie kaum einen Werth, da die Benutzung der auf solche Weise bezogenen Sachen sich fast durchweg von selbst versteht (s. oben S. 452 f.)\*\*); es müsste

\*) Vgl. auch Robinson II § 811, 813.

\*\*\*) Vgl. auch Munk S. 123.

denn sein, dass das Verfahren nicht in dem blossen Maschinengebrauch, sondern in dem Maschinengebrauch und einem Plus besteht, in welchem Falle ja der Erwerb der Maschine noch nicht das Recht des Verfahrens gibt und daher die Verfahrenslicenz auch im Fall des Bezugs der Maschine von dem Patentträger immer noch ihre Bedeutung hat (oben S. 457 f.).

Noch mehr natürlich steht ihm die Befugniss zu, die Maschine zu repariren, auch wenn die Reparatur so bedeutend ist, dass wesentliche Theile neu zu gestalten sind.

Zu einer Veräusserung einer solchen Maschine ist er nur befugt, wenn die Maschine für seinen Gebrauch loyal hergestellt worden ist und aus irgend einem Grunde ausser Betrieb gesetzt wird. Die auf solche Weise weiter veräusserte Maschine darf, weil sie rechtmässig weiter veräussert ist, vom Erwerber und überhaupt von Dritten weiter benutzt werden. Dagegen wäre eine Herstellung oder ein Verkauf direkt zur Verbreitung nicht gestattet.

Die Einführungslicenz aber ist die Licenz, welche das Recht gibt, die in der Sphäre des Patentbesitzes liegenden Waaren vom Auslande einzuführen und zu vertreiben. Auch der Patentträger handelt innerhalb seines Patentrechts, wenn er, statt zu produciren, fremde Erzeugnisse einführt. Denn in dieser Hinsicht hat er ein Bestimmungsrecht, und von diesem Bestimmungsrecht macht er Gebrauch; dieses Bestimmungsrecht kann er an Dritte übertragen. Ob er damit seiner inländischen Ausführungspflicht entspricht, ist natürlich eine andere Frage, die hier nicht in Betracht kommt.

Es gibt daher Einführungslicenzen, wie es Herstellungs- und Gebrauchslicenzen gibt, und kraft dieser Einführungslicenz dürfen nicht nur die Gegenstände ins Inland gebracht, sie dürfen auch hier weiter veräussert, sie dürfen auch hier benutzt werden; m. a. W. es gelten die nämlichen Grundsätze wie bei den im Inlande gesetzlich erzeugten Waaren: denn was im Inlande gesetzlich eingeführt ist, hat dieselbe Freiheit, wie wenn es im Inland rechtmässig geschaffen worden ist (oben S. 452).

Eine solche Einführungslicenz kann dem Träger des ausländischen Patents, sie kann auch einem Inländer ertheilt werden, der vom Ausländer erwirbt und die Auslandswaare einführt.

Sie bezieht sich auf jede Verbreitungsthätigkeit, die in der Sphäre des Patentbesitzes liegt; daher nicht nur auf den Verkauf, sondern auch auf das Vermiethen von Patentsachen; sie bezieht sich auch auf die Verbreitung nach erfolgter Bearbeitung — alles in der oben S. 459 f. geführten Weise.

Die Beschränkung kann endlich

d) eine quantitative sein; der Lizenzberechtigte kann beschränkt sein in Bezug auf die Menge der Produkte, die er herstellen, gebrauchen, einführen darf, und es können in dieser Be-

ziehung die denkbar mannigfaltigsten Vorbehalte gemacht werden.

Eine Ueberschreitung der Lizenz nach einer dieser Richtungen hin, eine Herstellung oder Verbreitung über die dem Lizenzberechtigten gesteckten örtlichen, zeitlichen, qualitativen und quantitativen Grenzen wäre nicht nur Vertragswidrigkeit, sondern auch Patentverletzung.

Anders wäre es, wenn sich der Lizenzberechtigte innerhalb seiner vertragsmässigen Schranken hielte, aber sonstige Vertragspflichten nicht erfüllte: dies wäre Vertragswidrigkeit, aber keine Verletzung des Patentrechts.

Davon ist im Folgenden zu handeln.

### § 206.

Dem Lizenzberechtigten können die verschiedensten Vertragspflichten obliegen, wie sich dies aus der Betrachtung der obligationsrechtlichen Seite des Lizenzvertrags noch ergeben wird. Besonders wichtig sind Pflichten, welche sich auf die Art der Erfindungsausbeute beziehen, so die Bestimmung über die Preisgränze, die der Lizenzberechtigte beim Verkauf der Patentwaare einhalten soll; so die Bestimmung über die Art der zu fertigenden Produkte, ihre Solidität u. s. w.; so die Kontrollbestimmungen, die z. B. dem Patentberechtigten die Befugniss der Einsicht der Bücher oder Papiere gewähren.

Die Nichterfüllung dieser Bedingungen ist Verletzung der Vertragspflicht, sie macht nicht etwa die Thätigkeit des Lizenzträgers zu einer patentwidrigen, sie gestaltet diese nicht zur Patentverletzung.

An sich nicht; allein eine derartige Pflicht kann zur Bedingung des Lizenzrechts oder der Ausübung des Lizenzrechts im einzelnen Falle erhoben werden, so dass eine Lizenzthätigkeit im einzelnen Falle nicht Lizenzthätigkeit ist, wenn die Bedingung nicht erfüllt ist. Dies ist aber durchaus nicht in jeder Weise gestattet.

Möglich ist zunächst, dass eine solche Thätigkeit zur auflösenden Bedingung gemacht ist, so dass bei Nichterfüllung die Lizenz erlischt: hier ist die frühere Erfindungsübung Lizenzübung gewesen, von da an hört sie eben auf, es zu sein.

Denkbar ist aber auch, dass eine solche Pflichterfüllung zur aufschiebenden Bedingung erhoben wird: hier ist die Erfindungsausübung Lizenzübung, wenn die Pflicht erfüllt wurde, sie ist es nicht, wenn die Erfüllung der Pflicht unterblieb und damit die Bedingung der Lizenzübung ausfiel.

Eine solche Bedingtheit ist aber rechtlich nicht immer zulässig. Sie ist zulässig:

a. wenn es sich um eine Thätigkeit handelt, welche der

ganzen Licenzausübung vorausgehen soll, wie z. B. die Zahlung eines Preises, die Stellung einer Sicherheit;

b. wenn es sich um eine Thätigkeit handelt, welche der einzelnen Lizenzübungsthätigkeit vorausgehen soll, so die Zahlung einer jeweiligen Summe; und dahin gehört auch der Fall, dass der Lizenzberechtigte nur produciren soll, wenn er von der einen oder anderen Seite ein Ansuchen bekommen hat; es gehört hierher auch der Fall, dass der Lizenzberechtigte die Waare nur produciren darf, wenn er zuvor die Waarentheile vom Patentberechtigten bezogen hat.

Eine solche Festsetzung einer aufschiebenden Bedingung zu a und b ist möglich, sie muss aber ausdrücklich erfolgen; es genügt nicht, dass der Lizenzberechtigte eine Vertragspflicht übernimmt: die Vertragspflicht ist auf diesem Gebiet ebensowenig an sich eine Bedingung des quasidinglichen Erwerbs und der quasidinglichen Rechtsausübung, als auf dem Gebiete des Eigenthums, und die Nichterfüllung hat regelmässig nur die Folge, dass der Patentberechtigte die obligationsrechtlichen Befugnisse aus dem Vertrage geltend machen, Erfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten, vielleicht auch fernere Vertragsleistungen zurückhalten kann. Immerhin ist aber eine solche Erhebung derartiger Thätigkeiten zur Bedingung der statthaften Licenzausübung möglich; es ist also ähnlich, wie wenn Jemand einem Andern ein Beholzungsrecht einräumt, dabei aber gewisse vorausgehende Thätigkeiten verlangt und diese Thätigkeiten zur Bedingung für die gesetzliche Rechtsausübung setzt.

Dagegen ist es unstatthaft, a) eine aufschiebende Bedingung in der Art festzusetzen, dass künftige Thätigkeiten oder künftiges Unterlassen die Erfindungsausübung hintennach zu einer unberechtigten und, was bisher Licenzausübung schien, zu einer Nichtlicenzausübung machte, so dass künftige Thätigkeitsformen die Berechtigung für vergangene zu geben hätten, so dass die vergangene Thätigkeit bei ihrem Ausbleiben einen ganz anderen Charakter annähme. Dies hätte zur Folge, dass unterdessen die Lizenzthätigkeit zwischen Berechtigtheitsein und Nichtberechtigtheitsein schwebte und künftige Ereignisse entschieden, ob etwas ein berechtigtes Handeln oder Vergehen und Zuwiderhandlung ist. \*)

Es ist aber auch unstatthaft,

b) eine gleichzeitige Thätigkeit des Lizenzberechtigten oder eine bestimmte Art und Weise, wie er die Lizenzthätigkeit praktisch ausübt, zur Bedingung für die Rechtsbeständigkeit seines Thuns zu setzen: die aufschiebende Bedingung muss so gestaltet sein, dass sie im Moment des Lizenzhandelns erfüllt oder ausgefallen ist: es ist nicht statthaft, das Lizenzhandeln selbst oder die

\*) Vgl. hierüber meine Bemerkungen im Jurist. Leitartikel XI S. 33.

es begleitenden Umstände als Bedingung für das Handelndürfen zu setzen. Dies wäre gegen das Wesen der Bedingung: die Bedingung kann nur in Umständen beruhen, welche von dem durch die Bedingung Charakterisirten verschieden sind, sie kann nicht in dem durch die Bedingung Charakterisirten selbst liegen. Wenn einem das Recht gegeben wird, a zu thun, falls x vorliegt, so kann dies nie in der Art gestaltet werden: ich kann a thun, falls ich es in der Form a' thue. Offensichtlich würde das Gegentheil dazu führen, das objective Recht an unzählige Bedingnisse zu binden, die Festigkeit des Rechts zu untergraben und die Frage, ob Jemand recht thut oder ein Vergehen vollbringt, zu einer juristischen Feinheit zu machen.

Daraus geht hervor: die Art und Weise der Lizenzübung kann nie zur Bedingung gesetzt werden; und wenn daher vereinbart wird, dass die Lizenzproduktion in bestimmter Weise zu geschehen habe, so kann dies zwar (S. 521) in der Weise in Betracht kommen, dass hierdurch der Inhalt der Lizenz beschränkt wird, aber es gilt nicht als Bedingung, es gilt nur insofern, als damit Fabrikationsweise und Fabrikationsergebniss charakterisirt wird; irgend etwas anderes kann nur Vertragspflicht sein, bei deren Nichterfüllung dem Gegner die entsprechenden Gegenansprüche zustehen; es kann höchstens als auflösende Bedingung gesetzt sein, so dass im Falle der Nichterfüllung das Lizenzrecht für die Zukunft aufhört.

Und so verhält es sich namentlich mit den Kontrollmassregeln: hat der Lizenzberechtigte die Produkte erzeugt, dann kann die Erzeugung nicht dadurch hintennach widerrechtlich werden, dass die Erzeugnisse der vertragsmässigen Kontrolle entzogen werden; und ist die Herstellung eine berechnete, so ist auch die Verbreitung eine berechnete, mindestens keine Patentwidrigkeit. Es ist daher unrichtig, wenn die französische Praxis auf Grund falscher Theorie annimmt, dass Patentwidrigkeit vorliegt, wenn der Lizenzberechtigte sich verpflichtet hat, seine Produkte vom Patentberechtigten stempeln zu lassen, und sie dann ungestempelt verkauft.\*)

Die Lizenz kann auch, wie bereits bemerkt, an eine auflösende Bedingung geknüpft sein; diese wirkt nach allgemeinen Regeln dinglich, also hier quasidinglich: mit Eintritt der auflösenden Bedingung hört das Lizenzrecht auf; es bedarf keiner Rückübertragung: es hört unmittelbar auf, es unterliegt nicht etwa bloss einer mit Eintritt der Bedingung wirksamen Rückübertragungspflicht (§ 158 B.G.B.); es hört in der Art auf, dass ein weiterer Gebrauch des Lizenzberechtigten Patentverletzung wäre. Ist die auflösende Bedingung derart, dass zu ihrem Eintritt eine

\*) Appellhof Paris 14. April 1859, 9. Mai 1866, 18. Dec. 1868, 15. Nov. 1882 Pataille 59 p. 242; 69 p. 311; 68 p. 393; Propr. ind. V p. 99, 100.

Erklärung des Patentberechtigten gehört, so gilt dies alles erst von dem Moment, wo diese Erklärung stattfindet.

Das letztere ist regelmässig anzunehmen: es ist nicht anzunehmen, dass die auflösende Bedingung ohne weiteres waltet, sondern dass sie waltet, wenn der Berechtigte es haben will; sie ist eine Schutzmassregel des Berechtigten und es muss daher in dessen Ermessen stehen, ob er eine Verfehlung, welche in das Gebiet der auflösenden Bedingung fällt, als genügend annimmt, um ein Vertragsverhältniss zu lösen, welches ihm vielleicht nach anderer Richtung hin überwiegende Vortheile bietet.

Die Lizenz kann auch an eine auflösende Voraussetzung gebunden sein, so insbesondere was die Zahlung der Lizenzgebühr betrifft; so dass im Falle des Eintritts der Voraussetzung das geschieht, was vorhin abgelehnt worden ist, dass nämlich nicht ein quasi-dinglicher Rückfall stattfindet, sondern der Lizenzberechtigte verpflichtet ist, das Erfindungsgut zurückzugeben.

Nach der wohlbegründeten Bestimmung des B.G.B. kann die Aufhebung eines Vertrags wegen Nichterfüllung nicht kraft Bedingung festgesetzt werden, sondern nur kraft Voraussetzung; sie kann nicht so festgesetzt werden, dass im Falle der Nichtzahlung das Recht wegfällt, sondern nur so, dass im Falle der Nichtzahlung das Haben des Rechts ein voraussetzungsloses ist und dementsprechend eine Pflicht zur Rückgabe besteht. Dies ist das unzweifelhafte Ergebniss der §§ 346, 349, 360, 455 B.G.B., und dies muss auch auf dem Gebiete des Lizenzrechts gelten.\*)

Der Patentberechtigte hat also, wenn im Falle der Nichtzahlung der Lizenzgebühr die Auflösung des Rechts bedungen ist, das Recht, dem Lizenzträger den Rücktritt vom Vertrag anzukündigen (§ 349); der Lizenzträger hat die Pflicht, die Lizenz in die Hände des Patentberechtigten zurückzugeben. Sollte er es nicht thun, so wäre diese Rückgabe nach Maassgabe des § 894 C.P.O. gerichtlich zu erzwingen.

Natürlich gilt auch dies nur, wenn die Aufhebung mangels Nichtzahlung bedungen worden ist; ohne dieses hat der Patentberechtigte im Falle der Nichtzahlung nur die vertragsmässigen Rechte.\*\*)

Der Lizenzberechtigte kann natürlich auf seine Lizenz verzichten; zum Verzicht genügt die einseitige Erklärung an den Patentberechtigten, vgl. auch §§ 875, 1064, 1168 B.G.B., vorausgesetzt, dass es ein einfacher Verzicht auf das Recht ist und

\*) So auch § 857 bezüglich der Aufrechnung. Dagegen bezieht sich das Gesetz über Abzahlungsgeschäfte nur auf bewegliche körperliche Sachen, welche „übergeben“ werden können.

\*\*) Vgl. Entsch. Pennsylv. in Aus Patent- und Industrierecht Bd. I S. 89 und die Entscheidungen bei Myer §§ 4070 f.

nicht zugleich eine Loslösung von obligationsrechtlichen Verhältnissen enthält, in welchem Falle ein Vertrag nöthig ist, um den Verzicht zu bewirken, vgl. § 397 B.G.B. Hat er verzichtet und benützt er die Erfindung weiter, so liegt Patentverletzung vor.)\*

## VI. Pfandrecht.

### § 207.

Das Patent, oder vielmehr das dem Patent zu Grunde liegende Erfindungsgut kann Gegenstand eines Pfandes werden.\*\*\*) Es ist ein Pfandrecht an einer unkörperlichen Sache, was das B.G.B. ungenau Pfandrecht an Rechten nennt; es wird in der Weise begründet, in welcher das Patent übertragen wird (§ 1274 B.G.B.): durch blossen Vertrag.

Das Pfandrecht kann ein Nutzpfund (§ 1213 B.G.B.) und ein Veräußerungspfand sein. Beim Nutzpfund gelten die Bestimmungen über das Genussrecht, insbesondere auch, was die Lasten des Genusses und was die Rechtsverhältnisse betrifft, die sich aus der Veräußerung der von dem Benutzer erzeugten Sachen ergeben.\*\*\*) Die Beziehung zwischen den Genussvortheilen und dem Kapital- und Zinsanspruch kann in der verschiedensten Weise geregelt sein (§ 1214 B.G.B.), also auch in antichretischer Weise, d. h. so, dass die Ausgleichung ohne jede Verrechnung stattfinden soll.

Beim Veräußerungspfand kann die Veräußerung nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels erfolgen, § 1277 B.G.B., und in der Form der Zwangsvollstreckung, d. h. kraft richterlichen Beschlusses und in der vom Richter (Vollstreckungsgericht) angeordneten Form (§ 857 C.P.O., unten S. 529). Es kann indess im Pfandvertrag etwas anderes bedungen werden, jedoch nur so, dass die Veräußerung durch öffentliche Versteigerung nach öffentlicher Bekanntmachung erfolgt, vorbehaltlich sonstiger richterlicher Entscheidung „ex aequo“ (§§ 1235, 1237, 1245, 1246, 1277 B.G.B.).

Der Pfandgläubiger eines Patentbesitzes hat Dritten gegenüber den quasidinglichen Anspruch auf Ablassung von der Störung (§ 1227 B.G.B.); eine solche Störung ist jede Zuwiderhandlung gegen das Patentrecht: denn indem hierdurch der Patenteigner verletzt wird, wird das Pfandobjekt minderwerthig. Natürlich kann der Pfandgläubiger auch, wenn der Patenteigner klagt, als Mit-

\*) Man vgl. auch Circ. Court Rhode Island vom 9. October 1878 Off. Gaz. XV p. 829.

\*\*) Vgl. auch Appellhof Paris vom 29. August 1865 Sirey 66 II p. 29 (= Pataille 66 p. 94). Ausdrücklich Oesterreich. Gesetz § 19: „Das Patentrecht kann den Gegenstand eines Pfandrechts bilden.“ Vgl. auch die S. 498 cit. Schrift von Herrmann.

\*\*\*) Lasten des Genusses, insbesondere Zahlungen der Patentsteuer; vgl. auch R.G. vom 18. September 1897 Bl. f. Patentw. Bd. III S. 228.

kläger auftreten; es können, wenn er im selbstständigen Prozess auftritt, beide Prozesse vereinigt werden (§ 147 C.P.O.)\*)

Das Pfandrecht kann auch als Pfändungspfandrecht begründet werden.\*\*) Die Pfändung geschieht durch Beschluss des Vollstreckungsgerichts, das dem Schuldner verbietet, über das Patentrecht zu verfügen (§§ 857, 829 C.P.O.); Vollstreckungsgericht ist das Gericht des Wohnsitzes, eventuell des Vermögensgerichtsstandes des Schuldners (§§ 857, 828 C.P.O.); Vermögensgerichtsstand ist nach § 12 des Patentgesetzes auch der Ort, wo der Patentvertreter den Wohnsitz hat, eventuell der Ort, wo das Patentamt seinen Sitz hat: an diesem Ort ist der Vermögensgerichtsstand; hier ist das Patent situiert (oben S. 64).

Bezüglich der Verwerthung des Pfandrechts steht dem Gericht eine freie Verfügung zu; es kann eine Verwaltung zur Genussziehung, es kann eine Veräußerung anordnen (regelmässig natürlich auf dem Wege der Zwangsversteigerung), § 857 C.P.O.\*\*\*)

Auch das Pfändungspfandrecht in der Form des Arrestes ist beim Patent möglich; die Beschlaglegung geschieht durch das Arrestgericht (nach Analogie von § 930 C.P.O.); für die Aufhebung des Arrestes, der nicht vollzogen wurde, und des vollzogenen Arrestes gelten die gewöhnlichen Regeln.

Und das Konkursbeschlagsrecht ergreift natürlich auch ein Patentrecht.†)

Dagegen kann von einem gesetzlichen Pfandrecht des Kommissionärs keine Rede sein (§ 397 H.G.B. s. v. „im Besitze hat“).

#### D. Eintragung des Patenterwerbes; Gesetzesrecht und Gerichtsrecht.

##### § 208.

Die Uebertragung des Patentrechts und die Begründung dinglicher Rechte ist in ihrer vollen Wirksamkeit an den Eintrag

\*) Vgl. Aus dem Patent- und Industrierecht Bd. III S. 15.

\*\*) Vgl. auch R.G. vom 9. November 1882 Patentbl. 1882 S. 101.

\*\*\*) Auch das engl. und angloamerik. Recht erkennt die Pfändbarkeit des Patentrechts an; so Amerika (auf Grund des Equity-Rechts), Walker § 156, Myer §§ 5916, 5917, Supreme Court of the distr. of Columbia Januar 1881 Murray v. Ager, Off. Gaz. XX p. 1311, 1312, Supreme Court of California April 1881 ib. XX p. 1314, Supreme Court Unit. States vom 6. März 1882 ib. XXI p. 1197.

†) Vgl. die zahlreichen englischen Entscheidungen, erwähnt bei Myer § 5916; ferner Agnew p. 231. So auch das neue Konkursgesetz für die Vereinigten Staaten vom 1. Juli 1898 s. 70, wonach der trustee of the estate of a bankrupt . . . shall . . . be vested by operation of law with the title of the bankrupt . . . to all . . . interests in patents, patent rights, copyright and trade-marks. Eigenartig Circ. Court Massachus. vom 6. Mai 1872, wonach der Gantschuldner zur Uebertragung gezwungen werden muss; dies offenbar auf Grund alten Konkursrechts.

in die beim Patentamt zu führende Patentrolle und die Veröffentlichung desselben im Reichsanzeiger gebunden, § 19 Abs. 2 P.G. Vorher bleibt der frühere Patentinhaber nach Maassgabe des Patentgesetzes berechtigt „und verpflichtet“.\*)

Damit ist nicht gesagt, dass der dingliche (quasidingliche) Vertrag etwa durch Erklärung der beiden Beteiligten vor dem Patentamte zu erfolgen, dass etwa eine Art Auflassung hier zu geschehen habe (wie in § 925 B.G.B.). Der quasidingliche Vertrag kann ausserhalb des Patentamtes, er kann formlos abgeschlossen werden; auf Grund desselben sind beide Theile nicht bloss obligationsrechtlich gebunden, sondern der dingliche Erfolg ist bereits eingetreten; er ist formlos eingetreten nach §§ 413, 398, 1069, 1274 B.G.B.

Auch hier ist natürlich der quasidingliche Vertrag von dem obligationsrechtlichen Vertrag wohl zu unterscheiden: dieser obligationsrechtliche Vertrag bedarf beim Widerstreben des Verpflichteten erst des richterlichen Urtheils, um den fehlenden quasidinglichen Vertrag zu ersetzen; der quasidingliche Vertrag (§ 413 B.G.B.) bewirkt dagegen an sich schon die Uebertragung.

Wichtig ist dies insbesondere auch bezüglich des Vermächtnisses, das ja bei uns stets nur eine obligationsrechtliche Verbindlichkeit schafft (§ 2174 B.G.B.), so dass eine quasidingliche Uebertragung nachfolgen muss.

Die Wirkung des Eintrages ist also nicht die Vollendung des quasidinglichen Vertrages; die Wirkung des Eintrages liegt in der Actionsfähigkeit, sie liegt in der Legitimation im Nichtigkeits- und Rücknahmeverfahren, sowie in dem das Patent betreffenden Civilprozesse, sie liegt in der Actionsfähigkeit im Strafprozess.

Wer in der Rolle eingetragen ist, ist legitimirt, vor dem Patentamt, wie vor Gericht aufzutreten und das Patent zu vertreten; er ist dazu allein berechtigt.

Wir haben also hier den Unterschied zwischen Gesetzesrecht und Gerichtsrecht: ein anderer kann gesetzlich patentberechtigt sein, ein anderer kann befugt sein, die gerichtlichen Funktionen vorzunehmen. Das ganze Rechtssystem durchdringt diese Zwiespältigkeit; ohne sie ist im Rechtsleben nicht auszukommen: ich erinnere nur an die *bonorum possessio sine re* des römischen und den Erbschein des modernen Rechts.

Nur auf diese Weise kann die Einrichtung verstanden werden: sie lässt das Gesetzesrecht bestehen, wie es ist, sie bestimmt nicht, dass ein Anderer berechtigt sein soll, als derjenige, welcher ohne Eintrag berechtigt ist; sie bestimmt aber, dass der Ein-

---

\*) In meinem Patentrecht S. 184 f. bin ich nicht immer den richtigen Weg gegangen. Aber auch Andere sind abgeirrt. Richtiges mit Unrichtigem bei André, Patentbl. 1879 S. 354.

getragene und nur er legitimirt ist, behördlich aufzutreten und für das Patent die nöthige behördliche Thätigkeit zu vollziehen.

Der Zwiespalt, welcher sich hieraus ergibt, löst sich durch das Institut der Prozessstandschaft: der Eingetragene, welcher für das Patent activ oder passiv thätig ist, ohne dass er der Träger des Patentes ist, hat für die Vertretung des Patentes, d. h. für die prozessuale Wirksamkeit in Bezug auf das Patent Prozessstandschaft in dem Sinn, wie ich dies schon verschiedenfach ausgeführt habe.\*) Und dies gilt auch von anderen behördlichen Thätigkeiten.

Noch Eines ist zu bemerken:

Nur der Eingetragene hat die Actionsberechtigung; jeder Eingetragene hat Actionsberechtigung: die Eintragung wirkt in dieser Beziehung positiv, wie negativ; denn nur in dieser Wirkung kann sie ihr Ziel erreichen: ein unrichtig Eingetragener hat Actionsberechtigung ebenso wie ein Alteingetragener, der nach Uebertragung des Patentes eingetragen bleibt. Dies gilt activ und passiv; passiv gilt es ausnahmslos, activ mit der selbstverständlichen Ausnahme, dass der Eingetragene, wenn er durch Gebrauch seiner Actionsfähigkeit arglistig handelt, indem er weiss, dass er durch seine Thätigkeit zur Hintergehung des wahren Rechts beiträgt, eine Arglisteinrede zu gewärtigen hat.\*\*)

Die Actionsberechtigung gilt für die patentamtlichen Akte, sie gilt für die das Patent betreffende gerichtliche Klage und strafgerichtliche Verfolgung.

Denn es ist völlig unzutreffend, die Bedeutung der Gesetzesstellen auf die patentamtlichen Actionen zu beschränken;\*\*\*) das wäre nicht einmal im Einklang mit dem Gesetzeswort,†) denn nach Maassgabe des Patentgesetzes ist man nicht bloss berechtigt und verpflichtet, was das Verfahren vor dem Patentamte betrifft, man ist es auch, was die civil- und strafgerichtliche Verfolgung des Patentrechts betrifft: diese Berechtigung und Verpflichtung wird durch das Patentgesetz und nur durch dieses geregelt. Gänzlich unzutreffend ist es, wenn man

\*) Prozess als Rechtsverhältniss S. 95 f., Gesammelte Beiträge zum Civilprozess S. 296 f., 346 f.

\*\*) Vgl. auch Ungarn § 41. So auch das amerikanische System gemäss § 4898 Rev. Stat. . . "The object of the recording act is to protect bona fide purchasers," vgl. Entscheidung bei Myer § 475.

\*\*\*) Seligsohn S. 142 f. Die Entsch. des R.G. vom 14. November 1884, Entsch. Strafs. Bd. XI S. 266 ist als Entscheidung richtig, sofern im gegebenen Falle der Erwerber Vollmacht zum Strafantrag hatte gemäss der Art der zwischen beiden Theilen getroffenen Uebereinkunft; sie hätte nur nicht unrichtig begründet werden sollen. Unrichtig auch die Argumentation in R.G. vom 5. Juli 1897 Bl. f. Patentw. Bd. III S. 204.

†) Dann müsste das Gesetz lauten, ähnlich wie § 223 H.G.B.: „Im Verhältniss zu der Gesellschaft gilt nur derjenige als Aktionär, welcher als solcher im Aktienbuche verzeichnet ist.“

hiergegen auf den Wortlaut von § 12 des P.G. verweist. Dort ist die Rede

- a) von dem nach Maassgabe des Patentgesetzes stattfindenden Verfahren;
- b) von den das Patent betreffenden bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und der Stellung von Strafanträgen.

Die Hervorhebung von b) neben a) war nöthig; denn das Verfahren nach Maassgabe des Patentgesetzes ist nur das Patenterteilungsverfahren, sowie das Patentnichtigkeits- und rücknahmeverfahren; mithin hätte a) durchaus nicht genügt, um den gesetzlichen Gedanken zum Ausdruck zu bringen.

In § 19 des P.G. ist aber nicht die Rede von einer Berechtigung in dem nach Maassgabe des Patentgesetzes stattfindenden Verfahren, sondern von einer Berechtigung nach Maassgabe des Patentgesetzes, was zweifellos die obigen Nummern a) und b) zugleich einschliesst.

Das wird noch deutlicher durch den Umstand, dass der § 19 auch von dem Vertreter und der Fortdauer seiner Vollmacht spricht; der eingetragene Vertreter soll nach Maassgabe des Patentgesetzes berechtigt und verpflichtet bleiben. Nun ist aber der Patentvertreter sicher nicht nur für das Verfahren unter a), sondern auch für das Verfahren unter b) berechtigt, und es wäre das Seltsamste, wenn die Berechtigung unter a) kraft des Eintrags fort dauern würde, nicht auch die Berechtigung unter b). Ist es aber so, dass der Vertreter in vollem Umfang des § 12 berechtigt bleibt, so ist mithin § 19 in diesem vollen Umfang aufzufassen, denn sicher können die Worte des Gesetzes nichts anderes besagen bezüglich des früheren Patentinhabers, als bezüglich des früheren Vertreters.

Diese Parallele ist entscheidend; an ihr prallen alle anderen Auffassungen resultatlos ab.\*)

Diese Behandlungsweise ist auch gesetzgeberisch richtig und fruchtbar; sie steht mit anderen ähnlichen Rechtserscheinungen völlig im Einklang. Es ist völlig zutreffend, für die Ansprüche, die das Patent betrifft, den Eintrag in einem öffentlichen Register entscheiden zu lassen, wodurch für das Publikum ein und für alle Mal die Schwierigkeit und Unsicherheit wegfällt, die sich sonst an die Legitimationsprüfung heftet. Es wäre eine völlig abwegige Regelung, wenn zwar das Patentamt die Bequemlichkeit hätte, zu wissen, an wen es sich mit seinen Verfügungen wenden und von wem es die maassgebenden Patentactionen zu erwarten hätte, dem Publikum aber diese Erleichterung nicht zustünde, so dass Jemand sich vielleicht lange Zeit mit einem Patenteigner herum-

\*) Ganz verkehrt ist auch die Mittelmeinung André's Patentbl. 1879 S. 354, die dortselbst nachgelesen werden muss.

streiten könnte und nachträglich erfahren müsste, dass das Patent an Dritte übertragen ist, oder dass Jemand die Nichtigkeitsklage rechtzeitig anzustellen wähnte und nachträglich erfahren müsste, dass der Beklagte gar nicht der richtige Beklagte sei; wodurch im besten Wege die 5jährige Frist der Nichtigkeitsklage versäumt werden könnte. Dass gerade dem Publikum eine feste Legitimationsordnung gegeben sein muss, ist über alle Zweifel erhaben, und das Gesetz, welches zu einer solchen Ordnung führt, ist dankbar anzunehmen.

Eine Ausnahme gilt für Geheimpatente. Geheimpatente werden, wenn die Reichsverwaltung es begehrt, nicht in die Patentrolle eingetragen (§ 23 l. Abs.). Hier können daher auch alle Bestimmungen über die Actionsberechtigung kraft des Eintrags keine Anwendung finden.

Soweit das Institut nach seinen zwei Grundlagen.

Nach beiden Richtungen ist es näher zu entwickeln: es ist zu zeigen, 1. dass der Eingetragene und nur er actionsberechtigt ist; es ist 2. zu zeigen, dass die Eintragung nur für die Verfahrens- und Prozesslegitimation von Bedeutung ist und keinen Einfluss hat auf das Recht selbst.

#### § 209.

Solange die Eintragung nicht erfolgt ist, fehlt es dem Rechte des Erwerbers an der Actionskraft, es fehlt nicht etwa bloss an der gerichtlichen Klagefähigkeit der Ansprüche. Es fehlt an der Actionskraft des Rechts, d. h. das Recht ist einstweilen nicht in der Lage, Ansprüche aus sich zu erzeugen; es ist ferner zwar in der Lage, eine Uebertragung zu erdulden, aber wiederum keine Uebertragung, welche dem Erwerber die Actionskraft gewährt.

Es fehlt an der Actionskraft des Rechts; daher entstehen die Ansprüche gegen den Verletzer des Patentes. — die direkten Ansprüche, wie die obligationsrechtlichen Verpflichtungen aus der Patentverletzung, — zu Gunsten des bisherigen Patenteigners, nicht zu Gunsten des Erwerbers,\*) und der Patentverletzer kann sich nicht darauf berufen, dass der eingetragene Patenteigner nicht mehr Patenteigner sei.

Dies gilt auch für das Strafrecht: der Eingetragene hat den Strafantrag, der Nichteingetragene hat ihn nicht.\*\*)

\*) So auch die ständige französische Praxis, mindestens sofern der Beklagte diesen Mangel zur Geltung bringt; Cass.-Hof 12. Mai 1849, Sirey 50 I p. 71; 6. April 1850, Sirey 51 I p. 76; 7. Mai 1857, Sirey 57 I p. 480; 24. November 1866, Dalloz Period. 68 V p. 43; 23. Dezember 1859, Pataille 60 p. 72; 13. Juli 1892, Thaller (Jurispr.) VII p. 49. So auch unter dem österreichischen Privilegiengesetz der österreichische Verwaltungsgerechtshof, 30. Mai 1888 bei Schulz S. 205.

\*\*) Theilweise unzutreffend R.G. vom 11. November 1884 Entsch. Strafsachen XI S. 266.

ihm nur an der Actionsfähigkeit, es fehlt ihm nicht am Recht; mithin kann, wenn der Strafantrag erfolgt ist, der Mangel dadurch ersetzt werden, dass die Eintragung nachfolgt oder dass der Eingetragene zur Stellung des Antrages nachträglich seine Zustimmung gibt.\*)

In gleicher Weise fehlt es passiv an der Actionskraft des Rechts: ebenso wie das Recht keine Ansprüche aus sich erzeugt, so wird der Berechtigte nicht von den Ansprüchen betroffen, sondern die Ansprüche richten sich gegen den bisher Berechtigten, allerdings mit voller Wirksamkeit gegenüber dem übertragenen Recht.

Daher ist der bisherige Patenteigner auch passiv der einzige, der zur Action berechtigt ist: die Klage auf Feststellung des Seins oder Nichtseins des Patentbesitzes, auf Feststellung der Tragweite des Patentrechts und der Subsumtion unter dasselbe, auf Nichtigkeit, auf Rücknahme des Patentbesitzes erfolgt gegen den bisherigen Patenteigner; der Ausgang des Prozesses wirkt natürlich gegen das Patent, also gegen jeden am Patent beteiligten: denn der bisherige Patenteigner ist für die das Patent betreffenden Actionen Träger des Rechts.

Maassgebend ist natürlich das Eingetragensein zur Zeit der Klageerhebung; ist dies der Fall, so wirkt der Prozess auch gegen den Rechtsnachfolger, auch wenn dieser während des Prozesses in der Patentrolle eingetragen würde; der § 325 Abs. 1 C.P.O. gilt hier durchaus.\*\*)

Die Natur der Sache zieht dem Eintragungsprincip gewisse Schranken, soweit die Passivrolle des Eingetragenen in Betracht kommt:

Denn:

1. Stirbt der Eingetragene, so muss die Nichtigkeits- oder Rücknahmeklage, ebenso die civilrechtliche Feststellungsklage den Rechtsnachfolgern zugestellt werden, auch wenn diese sich aus der Patentrolle nicht ergeben; eine Durchführung des Prozesses wäre sonst nur möglich, wenn der Kläger die Eintragung des Erben betriebe, eine Thätigkeit, die ihm nicht zuzumuthen ist.\*\*\*)

\*) Insofern ist die Entsch. des R.G. vom 5. Juli 1897 Bl. f. Patentw. Bd. III S. 204 richtig.

\*\*) Der Abs. 2 des § 325 C.P.O. kann hier nicht zutreffen, denn die Patentrolle soll ja nicht dem Erwerber eine Gewähr geben für den Erwerb eines freien Patentbesitzes, sie soll nur eine Sicherheit bieten für die Prozesslegitimation (S. 535). Anders das Oesterr. Recht, wo das Patentregister eine andere Bedeutung hat: hier wird der Rechtsnachfolger nur betroffen, wenn vor der Klage eine Streit anmeldung ins Patentregister eingetragen worden ist, §§ 25, 45; vgl. Emanuel Adler in Grünhut XXVII S. 660 f.

\*\*\*) Dass die Zustellung an den (eingetragenen) Vertreter genügt, auch wenn der Vertretene gestorben ist, darüber vgl. oben S. 422.

2. Ist der Eingetragene in Konkurs gefallen, so ist dies, wenn es sich aus der Zustellung ergibt oder sonst notorisch ist, gewiss auch ohne Eintragung zu berücksichtigen; allerdings ist der Gantschuldner nicht prozessunfähig, allerdings ist es nur das Beschlagnahme- und Verdrängungsrecht der Gläubiger, was ihn aus dem Besitze verdrängt; allein es ist ein öffentliches Interesse, dass der Gantschuldner nicht zum Nachtheil der Konkursmasse verfährt, und dieses hat der Richter, vor Allem im Verwaltungsstreitverfahren, zu berücksichtigen.

Wenn daher in diesen 2 Fällen die Eintragung erfolgt, so ist sie bloss erläuternder Natur: in diesen 2 Fällen handelt es sich nur um die Berichtigung des Registers im Sinne des bereits geltenden Actionsrechts, nicht um eine Aenderung zur Uebertragung des Actionsrechts.\*)

§ 210.

Die Eintragung ist massgebend für das Actionsrecht, sie hat keine Bedeutung für das dingliche oder quasidingliche Recht.

Hat daher A formlos (§ 413 B.G.B.) das Patent auf den B übertragen, und darauf an C, so ist für die Rechtsfrage, wem das Patent angehört, dieser dingliche Vertrag entscheidend, nicht der Eintrag in der Patentrolle. Natürlich ist von diesen beiden derjenige actionsberechtigt, welcher die Eintragung erwirkt, allein das dingliche Recht steht dem ersten Erwerber zu.

Daraus geht von selbst hervor: die Patentrolle hat nicht die Aufgabe, dem Patenterwerber eine Sicherheit zu geben; sie hat nur die Aufgabe für das Patentertheilungsverfahren, für die Rücknahme- und Nichtigkeitsklage, für die Civilklage aus dem Patent und gegen das Patent und für das Strafverfahren einen sicheren Ausweis zu geben. Dies geschieht dadurch, dass der in die Rolle eingetragene actionsfähig ist, und damit ist dem Bedürfniss genügt.

Für die Patentrolle gilt also nicht der § 892 B.G.B.; sie ist kein Grundbuch, sie ist nicht die unantastbare Grundlage für den Erwerb, sie ist nur die unantastbare Grundlage für die das Patent betreffende active und passive Action, d. h. für den Ausweis bei der gerichtlichen und rechtspolizeilichen Thätigkeit.

---

\*) Man hat geltend gemacht, dass unser System in Folge dieser Durchbrechung seine praktische Bedeutung grossentheils einbüsse. Allein man braucht sich doch nur die beiden Fälle anzusehen, um sofort zu erkennen, dass es sich hier um Verhältnisse handelt, die mindestens bei der Klagezustellung zu Tage treten müssen und die auch sonst so offenkundig zu sein pflegen, dass von erheblichen Missständen nicht die Rede sein kann.

§ 211.

Ist auf diese Weise Gerichtsrecht und Gesetzesrecht getrennt, so strebt natürlich beides nach Vereinigung. Der Sieg gebührt dem Gesetzesrecht; das Gesetzesrecht kann verlangen, dass sich das Gerichtsrecht ihm anpasst. Wer kraft Gesetzes berechtigt ist, kann daher begehren, dass der Eingetragene seine Zustimmung dazu gibt, dass diejenige Eintragung erfolgt, welche dem Gesetzesrecht entspricht, so dass die Uneinigkeit zwischen beiden Rechtsgebieten sich löst. Der Anspruch ist dem Eigenthumsanspruch ähnlich, das Eingetragensein eines Dritten der Besitzesentziehung verwandt (S. 542). Gibt der Eingetragene die Zustimmung nicht, so wird sie durch rechtskräftiges Urtheil ersetzt (§ 894 C.P.O.), d. h. es tritt die Wirkung ein, als ob die Zustimmung erfolgt wäre. Aber auch ein vorläufig vollstreckbares Urtheil gibt das Recht zu einem vorläufigen Eintrag (§ 895 C.P.O.).

Auch eine einstweilige Verfügung in dem Sinne einer provisorischen Feststellung zum Zweck eines provisorischen Eintrags ist möglich. Sie unterliegt den gewöhnlichen Grundsätzen, sie verlangt also den Nachweis einer dringlichen causa, der § 899 B.G.B. findet keine analoge Anwendung. Unrichtiger Weise hat man das Recht der provisorischen Verfügung in diesem Bereiche ganz verneint;\*) warum sollte sie ausgeschlossen sein, wenn es gilt, dem Patentberechtigten aufzuhelfen, der eines Eintrags bedarf, um eine dringende Klage zu erheben, um gegen Patentverletzungen aufzutreten, welche den ganzen Werth seines Rechts in Frage stellen können? Die einstweilige Verfügung war nicht nur zu Zeiten Goethes, sie ist noch heutzutage, und heutzutage erst recht, das Haupthilfsmittel eines gesunden Friedenszustandes.

In allen Fällen erfolgt die Eintragung nur auf Antrag. Zwar heisst es in § 19, dass die Eintragung geschehen solle, wenn sie in beweisender Form zur Kenntniss des Patentamts gebracht ist, und hiernach scheint es, als ob das Patentamt auch von Amtswegen zur Eintragung berechtigt wäre. Dem ist nicht so: es muss in das Belieben der Partei gestellt sein, zu bestimmen, dass mit der Uebertragung des Rechts auch sofort die Actionskraft übergehen soll.\*\*). Daher trägt das Patentamt nur ein, wenn eine beglaubigte Erklärung des bisherigen Patentinhabers vorliegt; eine Zustimmungserklärung von Seiten des Erwerbers ist nicht erforderlich,\*\*\*) denn wenn der das Patent Ueber-

\*) Unrichtig R.G. 3. Mai 1893 Patentbl. 1893 S. 376.

\*\*\*) Vgl. auch Bekanntmachung des Patentamts im Patentbl. v. 18. Mai 1881 S. 135. Vgl. übrigens auch O.L.G. Karlsruhe 24. Januar 1893 Patentbl. 1894 S. 333.

\*\*\*\*) Bekanntmachung des Patentamts im Patentbl. v. 21. Mai 1890 S. 215.

tragende die Actionskraft nicht mehr haben will, dann kann sich der Erwerbende nicht sträuben, sie zu übernehmen.

Nur in den obigen 2 Fällen, wo der Eintrag nur eine declarative Bedeutung hat, ist das Patentamt berechtigt, sobald ihm die nöthigen Unterlagen zukommen (Erbschein, Konkurs-eröffnungsbeschluss), die Eintragung von sich aus vorzunehmen.

### § 212.

Einzutragen ist jede Uebertragung, welche ein Actionsrecht gewährt: also die Uebertragung zum Alleinrecht, zum Miteigenthum, die Uebertragung zum Verlagsrecht, zum ausschliesslichen Gebrauchsrecht, insbesondere auch der Einwurf in die Gesellschaft.\*) Einzutragen ist das Pfandrecht, einzutragen ist das Pfändungspfandrecht und das Arrestpfandrecht, die Konkurs-eröffnung.\*\*)

Auch die Theilung des Miteigenthums, auch die provisorische Regelung desselben ist einzutragen (vgl. § 1010 B.G.B.)

Eine Uebertragung ist zum Eintrag zu bringen, auch wenn sie auf Grund einer Gesamtrechtsnachfolge geschieht; so wenn das Patent mit dem ganzen Geschäft übergeht, es müsste denn der Eintrag auf die Firma gestellt sein und die Firma bei Uebertragung des Geschäfts bleiben. Eine Eintragung hat daher auch zu erfolgen, wenn beim Erlöschen einer Gesellschaft das Patent mit dem Gesellschaftsvermögen auf eine andere Gesellschaft übertragen wird;\*\*\*) nicht aber wenn die Gesellschaft, sei es Civil-, sei es Handelsgesellschaft dieselbe bleibt und nur die Mitglieder wechseln.†)

Dagegen ist nach deutschem Rechte die Licenz nicht einzutragen, da dem Lizenzberechtigten Ansprüche gegen das Publikum nicht zustehen.††)

Eine obligatorische Pflicht auf Uebertragung des dinglichen Rechts kann natürlich auf dem Executionswege zu einem Urtheil führen, das der Uebertragung gleichsteht. Die Möglichkeit, eine

\*) Unrichtig Appellhof Paris 2. Mai 1864 bei Schmoll p. 25.

\*\*\*) Ganz unrichtig Appellus S. 98, der nicht einmal den Niessbranch eingetragen wissen will.

\*\*\*\*) Vgl. Cass.Hof 7. Mai 1857 S. 57 I p. 480.

†) Vgl. Cass.Hof 6. Novbr. 1854 Dalloz 55 I p. 347.

††) Ebenso das französische Recht; so für das italienische Recht Cassationshof Turin 18. August 1886 Busch Archiv 48 S. 354 und Cassationshof Rom 2. Februar 1894 Propr. ind. X p. 92 f.; so sind auch in Finland (1868) Decl. § 19 nur die Ausschliessungsrechte einzutragen. Anders das englische Recht s. 23; anders Oesterreich § 23, 45; hier ist dem entsprechend auch das anerkannte Vorbenutzungsrecht einzutragen, § 9; anders auch Ungarn § 41, wo die Licenzen einzutragen sind, um ihnen ein quasidingliches Recht gegen den Patentfolger zu geben.

solche obligatorische Pflicht zu einem jus in rem scriptum zu erweitern durch Vormerkung in die Patentrolle ist nicht eingeräumt,\*) der § 883 B.G.B. findet keine rechtsähnliche Anwendung, die Patentrolle ist nicht auf solche Operationen angelegt.

Dagegen ist ein Veräußerungsverbot einzutragen; denn es berührt das quasidingliche Patentrecht, es berührt es in seinen Grundvesten: der Patentinhaber ist zwar nun noch Patenteigner, aber sein Recht ist mit einem Banne belastet, und dies gilt insbesondere, wenn das Veräußerungsverbot zu Gunsten eines bestimmten Dritten lautet; es wäre völlig ungerechtfertigt, wenn zwar ein Pfandrecht eingetragen werden müsste, nicht aber eine solche dem Pfandrecht ähnliche Belastung.\*\*)

§ 213.

Das Eintragungssystem ist eine allgemeine Uebung der Patentländer; sie unterscheiden sich nur in Bezug auf die Objecte des Eintrags, seine Bedeutung ist mehr oder minder die obige.

Vgl. England s. 23, und die Kolonialstaaten: Jamaika (1857) s. 16, Kap (1860) s. 27, 28, Britisch Guiana (1861) s. 28, Britisch Honduras (1862) s. 29, Straits Settlements (1871) s. 23, Mauritius (1875) s. 19, Leewards Inseln (1876) s. 23, Fidji (1879) s. 17, Indien (1888) s. 12—14 (und so auch Ceylon und Mysore), Bahamas (1889) a. 13, 21, Südaustralien (1877) s. 62, 63, Queensland (1884) s. 26, Westaustralien (1888) s. 28, Neuseeland (1889) s. 42, Victoria (1890) s. 34, Tasmanien (1893) s. 45, Neusüdwaales (1899) s. 14.

Vereinigte Staaten Rev. St. s. 4898,

Canada (1898) s. 26,

Schweiz (1888) a. 5, 19,

Frankreich a. 20,

Belgien a. 21,

Tunis a. 14,

Italien a. 46,

Spanien (1878) a. 33,

Portugal (1894) a. 34,

Schweden (1884) § 12,

Norwegen (1885) a. 24,

Dänemark (1894) a. 21,

Ungarn (1895) § 41,

Japan (1899) § 4,

Liberia (1864) § 8,

Transvaal (1897) a. 32,

Oranjerestaat (1888) s. 26,

Chile (1840) a. 9,

Argentinien (1864) a. 41,

Uruguay (1885) a. 33,

Brasilien (1882) a. 3 s. 6,

Guatemala (1897) a. 22,

Mexico (1890) a. 41,

Türkei (1880) a. 25,

\*) Vgl. auch R.G. 3. Mai 1893 Bolze XVI 111.

\*\*) Unrichtig Patentamt 7. Dec. 1898 Bl. für Patentwesen V S. 3.

Finland (1895) Decl. § 19,  
vgl. auch Russland V.O. a. 25 (wo die Veräußerung bekannt gemacht wird),  
ebenso Luxemburg (1880) s. 13, und Kongostaat, Ausführungs-O. vom 30. Oktober 1886 a. 7 und 8.

In Oesterreich § 23. 45 hat das „Patentregister“ eine gesteigerte Bedeutung gewonnen: es ist zum Grundbuch im Patentwesen geworden, es gilt als solches nach der activen wie passiven Seite: die dinglichen Rechte werden mit der Eintragung „erworben und gegen Dritte wirksam“.\*) Das Patentregister ist auch entscheidend für die Belastung: wer ein Patent erwirbt, erwirbt es nur mit den Lasten, die zur Zeit seines Eintragungsgesuchs im Register eingetragen oder doch ordnungsgemäss angemeldet sind, § 24; auch eine Klagerhebung braucht sich der Erwerber nur gefallen zu lassen, wenn eine Streitaumeldung im Register stand, § 25; auch die Feststellungsentscheidungen über Subsumtion sind einzutragen, § 45. 111. Eine Löschung des Eintrags aus Versehen soll zwar wiederhergestellt werden, aber alle im guten Glauben erworbenen Rechte Dritter bleiben bestehen, § 85. Daraus geht hervor, dass, wenn Jemand auf Grund irrigen Patenteintrags gutgläubig Rechte erworben hat, sie erworben werden: mithin gilt ein ähnliches Princip wie für unser Grundbuch nach § 892 des B.G.B.; dieses Princip gilt sogar für Lizenzrechte gegenüber der Nichtigkeits- und Aberkennungsklage, wenn die Lizenzen bereits ein Jahr eingetragen sind, § 28, 29 Ges.

Das französische Gesetz hat noch die lästige und unnützhige Bestimmung, dass eine Patentübertragung nur möglich sei, wenn die Patentsteuer bis zu Ende zum Voraus bezahlt ist.

Diese Bestimmung hat wenig Nachfolge gefunden, so

Spanien (1878) a. 32,

Türkei (1880) a. 25,

Tunis (1888) a. 14.

## Fünfter Abschnitt.

### Recht und Anspruch.

#### A. Anspruch aus dem absoluten Recht.

##### I. Allgemeines.

###### § 214.

Das (subjective) Recht erzeugt den Anspruch, sobald ein Dritter in eine dem Gesetze widersprechende Beziehung zum Rechte tritt: der Anspruch ist hier die aus dem subjectiven Recht entspringende Befugniss, zu verlangen, dass ein bestimmtes Verhalten dieser Person unterbleibt.

Der Anspruch setzt das Verhalten einer Person voraus, und zwar das bewusste Verhalten; gegen Sachen und unvernünftige Wesen gibt es sachliche, aber nicht rechtliche Abhilfe.

Der Anspruch ist eine aus dem Recht entspringende Rechts-

---

\*) Darüber näher in der Fortsetzung meiner Studien. Unterdessen erschien die ausführliche Erörterung von Adler in Grünhut XXVII S. 513 f., wo auch über die Geschichte des Rechtssatzes S. 514 f.

befugniss: er gehört dem Civil-, nicht dem Prozessrecht an; aber für den Prozess ist er von Bedeutung, weil regelrecht nur derjenige vor Gericht gehört wird, der einen Anspruch zu verfolgen vorgibt und diesen zum Gegenstand der Klage macht. Der Anspruch ist das regelmässige Rechtfertigungsmoment des Prozesses.

Von besonderer Bedeutung ist der Anspruch bei absoluten Rechten: erst durch den Anspruch treten diese in eine persönliche Beziehung; erst ein bestimmtes widerrechtliches Verhalten einer Person gibt dem absoluten Recht die persönliche Richtung, indem es einen Anspruch gegen den Störer aus seinem Schoosse erzeugt.

So der Anspruch beim Eigenthum, so der Anspruch bei Immaterialgüterrechten, so der Anspruch bei Individualrechten. Dass im Patentrecht ein solcher Anspruch besteht, dass er aus dem störenden Verhalten einer Person hervorgeht und gegen dieses Verhalten gerichtet ist, dass er dem Berechtigten die Befugniss gibt zu verlangen, dass die Störung aufhört, ist gegenwärtig allgemein anerkannt;\*) es ist ebenso sicher anerkannt, wie das Recht auf injunction im englischen Equityprozesse.

Der Anspruch geht auf Ablassen von der Störung, und zwar nicht bloss auf Ablassen in der Gegenwart, sondern auch in der Zukunft: das einmal erregte Recht protestirt auch gegen die zukünftige Störung; sobald das Recht durch Störung in Bewegung gesetzt ist, ist es aus seiner Ruhelage gebracht und tritt es zu dem Störer auch bezüglich der künftigen möglichen Störung in Beziehung; der Grund liegt darin, dass eine einmalige Störung für die Zukunft Befürchtung erregt und die hervorgerufene Unsicherheit nur durch eine solche übergreifende Massregel beschworen werden kann; vgl. § 1004 B.G.B.

Der Anspruch geht auf Ablassung von der Störung in Gegenwart und in Zukunft — in Zukunft, solange das Patentrecht dauert; mit dessen Erlöschen wird der Anspruchshafte ebenso frei, wie jeder Dritte. Wie also nach objectivem Erlöschen des Rechts kein Anspruch mehr erwachsen kann, so erlischt der erwachsene Anspruch, sobald das Recht aufhört. Davon ist noch unten (S. 549) zu handeln.

Die Anspruchsklage ist also eine Ablassungsklage, eine Ab-

---

\*) Das war zur Zeit meines Patentrechts nicht so der Fall, wo die Ansicht, als ob es gar kein Patentrecht gäbe, sondern, was man so nenne, nur der Niederschlag von Verbotsgesetzen sei, noch einige Vertretung fand. Um hier für alle Fälle aufzuhelfen, verwies ich darauf, dass nöthigenfalls die Feststellungsklage zu dem gleichen Ziele führe (S. 430). Dieses hat man mir wieder von anderer Seite als schwere Vertheidigung angerechnet, weil Verbotsklage und Feststellungsklage zweierlei sei; wie man es ja bekanntlich nie allen Menschen recht machen kann.

lassungsklage in die Gegenwart und in die Zukunft. Diese Ablassungsklage wird natürlich zur Feststellung des Anspruchs auf Ablassung und damit zur Feststellung des Rechts führen, aus dem der Anspruch entspringt; denn die ganze Charakteristik und Begränzung des Anspruchs ergibt sich aus dem Civilrecht: eine Feststellung des Anspruchs ohne das zu Grunde liegende Recht ist unmöglich, und dies insbesondere, wenn es sich zugleich um eine Feststellung in die Zukunft handelt.

Daher führt auch die Anspruchsklage mit zur Feststellung des Rechts; allein diese Feststellung ist nur die Zuthat zur Feststellung des Anspruchs: der Anspruch und nur er bildet die Triebfeder des Prozesses.

Dadurch unterscheidet sich die Ablassungsklage von der Feststellungsklage; sie unterscheidet sich von ihr, auch soweit sie auf Ablassung von künftiger Störung und auf Feststellung geht: denn sie beruht auch in dieser Beziehung auf einem Anspruch, auf einem civilistischen Recht; während die Feststellungsklage nicht auf einem civilen Recht beruht, sondern auf dem socialen Bedürfniss der Feststellung und Beruhigung. Die Ablassungsklage bringt eine Befugniss, nämlich den Anspruch, zur Geltung und bewegt sich in der Sphäre des Anspruchs; die Feststellungsklage dagegen verlässt völlig das Gebiet des Anspruchs und sucht ausserhalb des Civilanspruchs liegende Zwecke zu erreichen: mit dem Civilrecht steht sie nur in Beziehung durch den Urtheilszweck, nicht durch das in der Klage geltend gemachte Recht; nur durch den Inhalt der urtheilmässigen Feststellung, nicht durch die „causa efficiens“: die causa efficiens der Feststellungsklage liegt in dem Bedürfniss der socialen Beruhigung, die causa efficiens der Unterlassungsklage liegt im subjektiven Civilrecht und dem aus dem subjektiven Civilrecht entspringende Anspruch. Die Feststellung des Rechts ist das, was die Feststellungsklage direkt erstrebt; im Anspruchsprozess ist sie die Zuthat, sie ist das, was man braucht, um den auf Ablassung dringenden Anspruch zu bestimmen und zu begränzen.

In einem Falle allerdings bedarf es beim Anspruchsprozess der Feststellung nicht, sofern nämlich eine Störung überhaupt nicht vorliegt: wo keine Störung, da ist kein Anspruch, selbst dann nicht, wenn das Recht in vollem Umfange besteht; für das Sein oder Nichtsein des Anspruchs ist hier das Vorhandensein des Rechts bedeutungslos: daher ergeht in diesem Falle das Urtheil über den Anspruch ohne Feststellung des Rechts.

So im Gebiete des dinglichen Rechts die Abweisung der Eigenthumsklage, weil der Beklagte nicht Besitzer ist, die Abweisung der „negatoria,“ weil der Beklagte nicht gestört hat; so ähnlich im Immaterialrecht die Abweisung der Ablassungsklage in

Folge des Nachweises, dass ein Patenteingriff gar nicht vorgekommen ist.

Man möchte nun versucht sein, den quasidinglichen Anspruch des Patentrechts mit dem Eigenthumsanspruch in Analogie zu setzen; dies wäre nicht richtig, da es auf dem Gebiete des Patentrechts keinen Besitz und keine Besitzentziehung gibt. Der patentrechtliche Anspruch ähnelt daher vielmehr der „negatoria;“ er ist Patentstörungsanspruch, nicht Anspruch wegen Besitzentziehung. Nur in einem Falle findet der Eigenthumsanspruch seine Analogie, wenn eine unrichtige Person in die Patentrolle eingetragen ist und der Eintrag berichtigt werden soll: das falsche Eingetragensein hat mit der Besitzentziehung einige Verwandtschaft.\*)

Der Anspruch zielt also dahin, dass der Störer von der Störung ablasse, dass er sich auch der künftigen Störung enthalte. Das Ablassen von der Störung besteht aber darin, dass er ablasse von dem gewerblichen Erfindungsgebrauch, also von der Produktion, von der Verbreitung, von der Benutzung.

Daraus geht insbesondere hervor:

Besteht die Patentwidrigkeit in der Herstellung, so zielt der Anspruch dahin, nicht nur, dass nicht weitere Herstellungen erfolgen, sondern auch dass die hergestellten Sachen nicht weiter verbreitet und dass sie nicht benutzt werden; besteht die Patentwidrigkeit in dem Feilhalten und Verbreiten, so zielt der Anspruch dahin, dass bezüglich der betreffenden Art von Gegenständen keine weiteren Feilhaltungs- und Verbreitungsacte vorgenommen werden; besteht sie im Gebrauche, so zielt der Anspruch dahin, dass ein solcher Gebrauch nicht mehr erfolge.

Der Anspruch geht aber noch weiter: er geht dahin, dass auch sonst keine auf das gleiche Patent bezügliche Verletzungshandlungen vorgenommen werden; denn alle Arten von Verletzungen kommen darin überein, dass sie das Patentrecht schädigen; sie bilden daher eine Einheit, so dass auf eine Veranlassung hin der volle Anspruch erwächst.

Der Anspruch geht dahin, dass der Störer von der Störung ablasse; er geht auch dahin, dass die Gesamtrechtsnachfolger des Störers nicht die gleiche Störungshandlung vollziehen, er geht auch dahin, dass, wer mit dem Handelsunternehmen die Verbindlichkeiten des Störers übernimmt, nicht die Störung ausführt oder fortsetzt; er geht auch dahin, dass, wenn der Störer etwa eine Handelsgesellschaft ist, nicht auch die Mitglieder der Handelsgesellschaft, die ja für die Gesellschaft einstehen müssen, die Störung ausführen, auch nicht wenn die Mitglieder austreten und

\*) Wenn auch nur einige Verwandtschaft, vgl. oben S. 71, 529 f., 536.

neue eintreten: auch die neuen Mitglieder werden vom Anspruch betroffen und die Ausgetretenen bleiben es.\*)

## II. Störung als Veranlassung des Ablassungsanspruchs.

### § 215.

Der Ablassungsanspruch setzt eine Störung voraus, er setzt eine gegenwärtige Störung voraus; eine vergangene Störung kann nicht dazu berechtigen, die „negatoria“ zu erheben. Jedoch muss wohl berücksichtigt werden, dass oftmals solche Störungen eine gewisse Continuität an sich tragen, so dass eine kurze Pause noch nicht als ein Ablassen betrachtet werden kann. Nur dann wäre ein Ablassen gegeben, wenn der Störer den störenden Betrieb endgültig aufgeben und dieses Aufgeben nach Aussen hin zur Darstellung bringen würde, z. B. durch Ankündigung, den Artikel nicht mehr zu führen, durch Aenderung der Bezugsquellen, durch Aufhebung der betreffenden Fabrikeinrichtungen u. s. w.\*\*)

Ist er aber im Moment der Klageerhebung noch im Stande der Störung, so ist die Klage begründet; sollte er nach der Klageerhebung noch während des Prozesses ablassen, so könnte die Klage nur dann als erledigt betrachtet werden, wenn er die nöthigen Schritte zum Abbruch des betreffenden Thuns in unzweideutiger Weise vollzöge und die nöthige Sicherheit böte, dass dieses Ablassen ein entschiedenes und bleibendes ist.

Der Ablassungsanspruch setzt eine wirkliche Störung voraus, nicht eine bloss hypothetische. Daher ist eine Klage in der Art, man verbiete dem Beklagten die Fabrikation, falls er auf die gleiche Weise fabricire wie der Kläger, unzulässig: sie enthält nicht die Behauptung eines wirklichen, sondern nur eines hypothetischen Anspruchs.\*\*\*)

Störung ist natürlich Eingriff in das Recht; sie liegt nicht vor, wenn Jemand eine Thätigkeit vollbringt, die zwar an sich in das Patent eingreift, ihm aber im einzelnen Fall durch ein specielles Recht, sei es durch ein Vorbenutzungs- oder ein Lizenzrecht gestattet ist; cf. § 986, 1004 B.G.B.; †) dies allerdings nur solange, als der Beklagte sich in der Sphäre seines Rechts

\*) Vgl. Circ. Court North. Distr. Illinois 21. Oct. 1876 Off. Gaz. XI p. 197.

\*\*) Vgl. den englischen Court of Appeal 1889 Proctor v. Bailey, Report VI p. 538.

\*\*\*) So R.G. 5. Juli 1893 Patentbl. 1893 S. 504; vgl. dazu meinen Aufsatz in Propr. ind. IX p. 160.

†) Dem Beklagten obliegt der Beweis, vgl. Entsch. Watson v. Smith bei Myer § 1850.

gehalten hat,\*) und nur, wenn seine Thätigkeit sich zu einer Zeit vollzog, als sein Recht bestand.\*\*)

Auch kann die Störung, vorbehaltlich der Entschädigungspflicht, durch Nothlage entschuldigt sein; der § 904 B.G.B. bezieht sich auch auf Patentrechte.\*\*\*) Die Entschädigung ist hierbei nach Analogie der Lizenzgebühren anzusetzen. So wäre es entschuldigt, wenn etwa bei Gefahr einer Feuersbrunst, bei Gefahr eines Schiffsuntergangs eine patentirte Erfindung von einem Unberechtigten gebraucht würde; noch mehr natürlich, wenn sie gebraucht würde, um eine Lebensgefahr abzuwenden.

Der Ablassungsanspruch setzt Störung voraus. Störung ist ein bewusstes Handeln; ein traumhaftes Handeln, ein Handeln durch einen Wahnsinnigen ist keine Störung. Dagegen setzt die Störung nicht die Absicht voraus, in das Recht eines Andern einzugreifen; die Störung als Störung verlangt einen auf ein bestimmtes Handeln gerichteten Willen; das ist aber auch genügend.†)

Der Anspruch setzt daher keine schuldhaftige Störung voraus; das Schuldmoment kommt nur bei der Entschädigung und Strafe in Betracht.††)

Die Störung ist eine Störung durch jede Thätigkeit, welche dem Patentberechtigten vorbehalten ist, durch Produktion, Verbreitung, Benutzung.

Die störende Produktion ist nicht erst in dem Moment vollendet, wo etwas zum Gebrauch oder zur Verbreitung taugliches hergestellt ist; sie ist bereits in dem Moment vollzogen, wo von der Sache so viel zur Darstellung gekommen ist, dass die Lösungsidee darin eine sichere und unzweideutige Verkörperung gefunden hat.

Als Verbreitung kommt in Betracht die Verbreitung von im Auslande erzeugten Waaren, und die Verbreitung von im Inlande erzeugten Waaren, sofern die inländische Produktion nicht eine patentgemässe war: denn in diesem Fall ist die Verbreitung der Waaren gestattet (S 452 f.) Als Benutzung kommt jeder Erfindungsgebrauch in Betracht, wodurch der Erfindungsgedanke in gewerblicher Weise zur Ausführung gebracht wird, auch hier natürlich nur die unberechtigte Benutzung.

\*) Wird das Lizenzrecht überschritten, dann liegt wiederum Patentverletzung vor; Voraussetzung ist aber, dass das Lizenzrecht wirklich überschritten wird; kein Eingriff liegt vor, wenn sich der Lizenzberechtigte innerhalb der Lizenz hält, aber die ihm vertragsmässig obliegenden Pflichten nicht erfüllt, hierüber oben S. 524 f.

\*\*) Myer § 2924 ff.

\*\*\*) Es wird allgemein anerkannt, dass § 904 B.G.B. an die unrichtige Stelle gerathen ist (er gehört nach § 228).

†) Vgl. auch die Entscheidungen bei Agnew p. 277.

††) Vgl. auch L.G. Berlin I in Z. f. gew. R. I S. 102.

Was die Produktion betrifft, so ist damit natürlich die technische Produktion im Inlande gemeint. Wer vom Inlande aus eine im Auslande stattfindende Produktion leitet, der producirt nicht im Inlande: das Inland darf der Schauplatz aller die Erfindung betreffenden geistigen Thätigkeiten, es darf aber nicht der Schauplatz der die Erfindung betreffenden technischen Operationen sein.

Findet aber eine Erzeugung im Inlande statt, so ist dies stets eine Störung, auch wenn die im Inlande patentwidrig hergestellte Waare niemals benutzt worden ist,\*) auch wenn sie niemals im Inlande benutzt werden soll, auch wenn sie zur Benutzung für das Ausland gearbeitet worden ist, auch wenn sie hergestellt wurde, um erst nach Patentablauf gebraucht zu werden.\*\*)

Zur Produktion aber gehört nicht die Ausbesserung. Die Ausbesserung einer Sache ist keine Neuschöpfung, sie ist daher keine Störung des Patentrechts als des Alleinrechts der Sachherstellung. Sie ist es nicht, solange sie Ausbesserung bleibt: ist die patentirte Sache oder der patentirte Theil der Sache ganz zerstört, so dass die in der Sache liegende Lösungsidee im concreten Fall neu verwirklicht werden muss, dann ist die Herstellung keine Ausbesserung, sondern Neuschöpfung. Ist aber von dem patentirten Theil der Sache noch so viel vorhanden, dass die Lösungsidee noch, wenn auch unvollkommen, in ihr zu erblicken ist, dann ist die Wiederherstellung des ordnungsmässigen Zustandes eine Ausbesserung;\*\*\*) wer auf diese Weise reparirt, der kann auch nicht etwa mit einem solchen auf gleiche Linie gestellt werden, der ein unvollkommenes Erfindungsprodukt zur Vollendung bringt: — dies wäre gegenüber dem auf das Erfindungserzeugniss sich beziehenden Patentschutz eine Widerrechtlichkeit —; er stellt vielmehr den bisherigen Zustand der Sache, der momentan unter die richtige Güte heruntergedrückt worden ist, wieder her; er wirkt wiederherstellend, nicht neuschöpferisch, er wirkt erhaltend, — und die blosser Erhaltung ist keine Patentverletzung. Dies muss sich auch ein jeder sagen, der ein Patentprodukt in Verkehr setzt: er muss damit rechnen, dass der Erwerber es ausbessert und die Sache sich erhält.

Daher ist auch die Erneuerung einzelner Theile, welche

\*) Myer § 2915, 2916.

\*\*\*) Vgl. auch oben S. 443.

\*\*\*) Vgl. Appellhof Orléans 26. August 1845 und Reunes 4. Decbr. 1861, Sirey 45 II p. 662, 62 II p. 143, Cassationshof 10. August 1855 Pataille 55 p. 69, Appellhof Paris 16. Juni 1874 Pataille 77 p. 336, Circ. Court Massach. 13. April 1877 Off. Gaz. XI p. 1113, Supreme Court of the Un. States März 1873 Off. Gaz. 1873 III p. 241; vgl. auch Schmoll p. 43, Robinson II § 827.

nicht schon an sich die Erfindung enthalten,\*) sondern nur mit zur Verwirklichung des Gedankens dienen, statthaft; sie hebt die Individualität der Sache nicht auf, solange nur die für die Einheit des Körpers massgebende Continuität bestehen bleibt.

Wenn daher ein Stück fehlt und ersetzt wird, dann ein anderes und wieder ein anderes, so kann allmählich ein Stück ums andere erneuert und damit schliesslich das Ganze durch Ausbesserung neu gemacht werden; und doch verbleibt dies im Bereich der Ausbesserung: denn die Sache als Gesamtorganismus wird stets durch die Continuität gewahrt; eine Wahrheit, die ja bereits die römischen Juristen ausgesprochen haben. Auch ein Auseinandernehmen und Neuzusammenfügen in der Absicht der Ausbesserung oder Verbesserung ist natürlich ungefährlich; anders wäre es, wenn die Maschine zu dem Zweck auseinandergenommen würde, um die Theile zu anderem Gebrauche zu verwerthen, so dass die Individualität der Sache zerstört wäre: ein späteres Zusammenfügen schüfe eine neue Sache. Doch ist wohl zuzusehen, ob die Zweckentfremdung wirklich eine endgültige oder nur eine einstweilige gewesen ist.\*\*)

Noch mehr ist natürlich der Erwerber einer Maschine berechtigt, sie umzuändern, auch wenn es im Interesse des Erfinders liegen könnte, dass sie sich gerade in ihrem ursprünglichen Stande erprobe:\*\*\*) dieser Punkt kann nur Schwierigkeit finden, wenn die Maschine sich durch Etikette als patentirt bezeichnet: doch das gehört einer anderen Betrachtungsweise an.

Eine störende Thätigkeit liegt dann vor, wenn irgend eine Handlungsweise vollzogen wird, welche in das Gebiet der Erfindung hineinreicht; daher naturgemäss allüberall, wo in die dem Patentberechtigten zukommende Lösungsidee eingegriffen wird, wenn auch mit anderen Ausführungs- und Durchführungsformen, wenn auch mit anderer Konstruktion. Dies ergibt sich aus der ganzen Darstellung des Patentumfangs von selbst und gehört zu den sichersten Grundsätzen des Patentrechts.†) Wesentlich ist die Lösungsidee, wesentlich ist „the gist of the invention.“††) Daher wird insbesondere ein Verfahrenspatent auch dann verletzt, wenn dasselbe Verfahren mit anderen Werkzeugen,

\*) Anders wenn das neu gemacht wird, was eben den Gegenstand der Erfindung ausmacht, vgl. R.G. 9. Nov. 1891 Patentbl. 1892 S. 43.

\*\*\*) Vgl. fr. 98 § 8 de solut., fr. 83 § 5 de verb. oblig., fr. 10 § 7 quib. mod. ususfr., fr. 76 de jud.

\*\*\*\*) Vgl. auch Appellhof Orleans 26. August 1845 Sirey 45 II p. 662.

†) Amerikanische Entscheidungen bei Walker § 335 f. 370 f., Myer § 1040 ff., 1133 ff., 1144 ff., 2578 ff., 2885 ff.; Circ. Court of Appeals 26. Oct. 1898 Off. Gaz. 85 p. 1078; englische Entscheidungen bei Agnew p. 243 f., 271 f.; italienische Entsch.: Appellhof Mailand 29. Oct. 1895, Venedig 15. Dec. 1896 Rivista II p. 10, III p. 70, Trib. Tarin 8. Februar 1898 ib. IV p. 91.

††) Entsch. Murphy v. Eastman bei Myer 2889.

Maschinen und Hilfsmitteln vollzogen wird;\*) auch dann, wenn die alte Erfindung mit Substitutionen und Aenderungen in der Durchführungsform ausgeübt wird;\*\*) und eine Verletzung liegt vor, gleichgültig ob der Gegenstand der Erfindung zu den nämlichen oder zu anderen Zwecken verwendet wird;\*\*\*) gleichgültig, ob bei einer Verbindung von Kombinations- und Einzelerfindungspatent die ganze Kombination oder nur eine der Einzelerfindungen nachgemacht wird;†) während es ebenso sicher keine Patentverletzung ist, wenn bei Nachbildung einer theilweise patentirten Maschine eben die patentirten Theile nicht nachgebildet, sondern anderwärts ersetzt werden††) und ebenso sicher keine Patentverletzung vorliegt, wenn Jemand die Elemente einer Kombinationserfindung benützt, um sie zu einer neuen Kombination zu verbinden;†††) doch kommt es bei der Verbreitung eines einzelnen Elements darauf an, ob die Verbreitung dieses Elements nicht eine Mitthäterschaft in der Verletzung des Ganzen enthält, §) wovon S. 552 f. zu handeln ist; und die Zusammensetzung der freien Elemente in der Weise der patentirten Kombination wird natürlich zur Patentverletzung. §§)

Auch das hindert den Begriff der Störung nicht, dass die Erfindung in Verbindung mit einer anderen Erfindung

\*) Myer § 5088 ff.

\*\*) So unzählige Entscheidungen, z. B. R.G. 19. Nov. 1890 Bolze XI 92; 4 Juli 1891 Bolze XII 112; 8. März 1893 Bolze XVI 108; 17 März 1894, 14 Juli 1894, 9. Januar 1895 Bolze XVIII 104, XIX 133, XX 118; 7. März 1898 Oesterr. Z. f. gewerbl. R. IV S. 77; Circ. Court South. Distr. New York 25. Februar 1881 Off. Gaz. YIV p. 1219; Circ. Court New Jersey 24. Sept. 1878 ib. XIV p. 377; Circ. Court New York 1878 ib. XIV p. 559; U. S. Supreme Court 12. April 1886 Cantrell v. Wallick, Comm. Dec. 1886 p. 207; Circ. Court N. D. New York 26. Februar 1883 Kimball v. Hess, Comm. Dec. 1884 p. 79; South. Distr. New York 23. Januar 1884 Reay v. Raynor ib. 1884 p. 153; Circ. Court Montane 10. April 1893 ib. 1893 p. 497; so das House of Lords Juli 1891 Moore v. Thompson Report VII p. 325; so der englische High Court 27. Februar 1893 Report X p. 218; so der Court of Appeal Juni 1896 Incandescent gas light Co. v. The De Mare Incandescent gas light Co., Report XIII p. 559; so Cass.-Hof Turin 28. August 1889 Giurispr. Ital. 1890 I p. 112; Pand. franç. 5059 und die dortigen Entscheidungen; Cass.-Hof 23. Mai 1857 Pataille 57 p. 181; Appellhof Rouen 8. August 1857 ib. 57 p. 440; Cass.-Hof 1. Februar 1892 Dalloz 92 I p. 417 u. s. w.

\*\*\*) Vgl. die Entsch. Cannington v. Nuttall bei Agnew p. 267.

†) Vgl. Entscheidungen bei Myer 2892 ff. und bei Agnew p. 261 f. Hierzu gehört natürlich auch die oben S. 226 citirte Jurisprudenz.

††) Vgl. Cass.-Hof Paris 17. Januar 1893 Dalloz 93 I p. 88; so der englische Privy Council 1895 Brown v. Jackson (in einer Sache aus Ceylon) Thaller Annales XI p. 310.

†††) Vgl. R.G. 7. Dec. 1898 Bl. f. Patentw. V S. 33; Myer § 1011 ff., Agnew p. 268 f., Appellhof Paris 22. August 1860 Pataille 61 p. 136 und so unzähligen Entscheidungen.

§) Myer § 1029 ff.

§§) Pand. franç. nr. 5185.

benutzt wird; so insbesondere, wenn die patentirte Lösungsidee durch eine bessere Ausführungsidee dargestellt, oder wenn die patentirte Erfindung als Durchführungsform für eine Uebererfindung verwendet wird: also überhaupt wenn etwas benutzt wird, was der genealogischen Reihenfolge nach in der Sphäre der Erfindung liegt oder, wie man zu sagen pflegt, von ihr abhängig ist. Dies ist selbstverständlich: das Erfinderrecht erstreckt sich nach Massgabe der über die genealogische Reihenfolge s. Z. (S. 147 f.) entwickelten Principien; und soweit das Erfinderrecht geht, ist eine darin enthaltene Handlung ein Eingriff; sie unterliegt dem Anspruch auf Ablassung.\*)

Und hierbei ist es gleichgültig, ob die Lösungsidee durch den Patentverletzer in besserer Weise durchgeführt, es ist gleichgültig, ob der Erfindung eine Verbesserung beigelegt worden ist;\*\*) gleichgültig ist aber auch, ob die Nachahmung der Erfindung eine schlechtere und darum konkurrenzunfähige ist.

Die Störung erfolgt durch unberechtigte Erfindungsausübung; sie erfolgt nicht schon durch Anmeldung oder Erwirkung eines Umgehungspatentes; es ist im letzten Falle Sache des Patentberechtigten, das Umgehungspatent, als seinem früheren Patente widersprechend und darum als nichtig, zu Falle zu bringen.\*\*\*)

### III. Anspruchsberechtigter.

#### § 216.

Der Ablassungsanspruch steht dem Patentberechtigten zu, also demjenigen, der zur Zeit des Anspruchs patentberechtigt ist; er geht mit der Uebertragung des Rechts von selbst über, denn der Anspruch ist ja nur die Bethätigung des Rechts: er zielt auf Ablassen von der Störung — und dieser Anspruch gebührt naturgemäss dem, dem das Recht gebührt.†) Allerdings gilt Folgendes:

\*) Vgl. auch R.G. 9. Dec. 1893 Z. f. gew. R. III S. 141.

\*\*) Dies ergibt sich aus dem Vorigen von selbst, vgl. R.G. 29. Sept. 1883 Patentbl. 1883 S. 414; vgl. auch Walker § 371; Myer § 979 ff., 2745 ff., 2757 ff.; Agnew p. 245 f.; Circ. Court North. Distr. of Illinois Off. Gaz. XII p. 98. Eine solche Verbesserungserfindung gibt nicht einmal ein „prima facie“ Recht auf die ursprüngliche Erfindung, Myer § 2758. Vgl. auch noch Appellhof Paris 7. Februar 1862 Pataille 62 p. 249.

\*\*\*) Manche Rechte betrachten das Umgehungspatent als besonderen Fall der Störung, so Portugal (1894) a. 47—49.

†) Die gemeinrechtliche *cessio vindicationis* war daher eine Widernatur; sie war nur entstanden, um in das System, wonach das Eigenthum nur durch Tradition übertragen werden konnte, eine Bresche zu legen; vgl. Gesammelte Beiträge zum Civilprozess S. 46 f.

a) wenn zu Gunsten des früheren Anspruchsberechtigten ein Recht auf Bestrafung entstanden ist, so bleibt es in seiner Person bestehen; davon ist in der Lehre vom Civilprozess zu handeln;

b) wenn der Patentinhaber während des Prozesses sein Recht veräussert, so geht zwar der Anspruch über, der Kläger kann aber als Prozessstandschafter den Prozess zu Ende führen.

Erlischt das Patent, so erlischt auch der Anspruch: es ist nicht etwa nur so, dass kein Anspruch mehr erwachsen kann, sondern auch ein bereits erwachsener Ablassungsanspruch kann nicht weiter fortwirken: es besteht nun keine Befugniss mehr, ein Ablassen von einer bestimmten Thätigkeit zu verlangen.\*) Und dies muss selbst dann gelten, wenn das Patent während des Prozesses erlischt; es muss auch dann gelten, wenn es nach dem Prozess erlischt, wenn es erlischt, nachdem bereits ein rechtskräftiges Urtheil oder sonst ein vollstreckbarer Titel erlangt ist. Nur wenn der bisherige Inhaber des vollstreckbaren Titels ein Recht auf Bestrafung wegen Zuwiderhandelns erlangt hat, bleibt es bestehen.

Daher gibt es nach der Patenterlöschung auch keinen negatorischen Anspruch mehr nach der Richtung, dass die widerrechtlich produzierten Waaren nicht verbreitet werden sollen; ein solcher Anspruch könnte höchstens als obligationsrechtlicher Entschädigungsanspruch gelten, er gilt aber nicht mehr als negatorischer Anspruch: es ist kein Patentberechtigter mehr da, der kraft seines Rechts die Verbreitung verbieten könnte.\*\*) Vgl. S. 559 f.

Der Ablassungsanspruch steht dem Eigner des Patenten zu; er steht ihm auch dann zu, wenn ein Dritter zeitweise das Genussrecht, ja das Alleingenussrecht, den Niessbrauch am Patente hat: denn auch da hat der Eigner das Recht, zu verlangen, dass nicht von unberechtigter Seite in die Sphäre eingegriffen wird, die, soweit nicht das Recht des Niessbruchs reicht, immer noch ihm gehört; und ebenso wird man für ein Recht unter aufschiebender Bedingung oder für ein Rückfallsrecht unter auflösender Bedingung einen Ablassungsanspruch zulassen\*\*\*) Steht das Patent im Eigenrecht mehrerer, so hat jeder den Anspruch, und zwar jeder Miteigner gegen den dritten Störer vollständig, vgl. § 1011 B.G.B.

Aber nicht nur der Eigner hat den Anspruch, er steht auch einem jeden dinglich Berechtigten zu, dessen Recht mit Ausschliessungsbefugniss versehen ist.

Er steht dem Niessbraucher des Patenten zu und den

\*) R.G. 22. Januar 1898, 19. März 1898, Jur. Wochenschr. 1898 Nr. 18 bis 22 S. 169, Nr. 31—35 S. 296 (Gewerbl. Rechtsschutz Bd. III S. 268, 269).

\*\*) Anders die amerikanische Jurisprudenz, so Circ. Court New Jersey 5. März 1886, Busch Arch. Bd. 47 S. 208.

\*\*\*) Vgl. auch Circ. Court Western Distr. of Texas 26. August 1881 Off. Gaz. XX p. 1025.

sonstigen Genussberechtigten, denen ein Ausschliessungsrecht gegen Dritte zukommt; auch dem Pfandgläubiger — dem Nutzpandgläubiger, wie dem sonstigen, auch der Gläubigerschaft im Konkurs.\*)

Er steht dagegen denjenigen dinglich Berechtigten nicht zu, welche kein Ausschliessungsrecht gegen Dritte haben, also nicht den Lizenzberechtigten, — sollte ihnen auch obligationsrechtlich ein Alleinrecht innerhalb eines bestimmten Gebietes zugesichert sein.

Hiernach kann der Ablassungsanspruch auch gegen den Erfinder geltend gemacht werden, wenn er sein Erfinderrecht veräussert hat,\*\*) auch gegen den Patenteigner, wenn er in das quasidingliche Recht des Niessbrauchers eingreift. Dagegen hat ein Miteigner gegen den anderen Miteigner zwar die „actio communi dividendo“ auf Einhaltung der durch das Miteigentum gesteckten Gränze, aber keine „actio negatoria“, vgl. § 1011 B.G.B., cf. 866.\*\*\*)

Der Lizenzberechtigte aber hat keinen Patentrechtsanspruch gegen den Patentträger, auch wenn dieser sich vertragsmässig verpflichtet hat, die weitere Patentausübung zu unterlassen, und diese Pflicht übertritt; er hat nur einen Anspruch aus dem Vertrag, einen obligationsrechtlichen Anspruch, der nach Art obligationsrechtlicher Ansprüche zu behandeln ist.†)

#### IV. Anspruchshaftender.

##### § 217.

Die Störung geschieht durch den, in dessen Namen sie geschieht; sie geschieht durch ihn, wenn der unmittelbar Handelnde sein Organ ist; sie geschieht durch ihn, wenn der unmittelbar Handelnde sein Vertreter ist: factum procuratoris, factum domini.††)

Unten wird erörtert werden, dass zwischen Organen von juristischen Personen und Vertretern physischer wie juristischer Personen ein grosser Unterschied besteht, der sich in der Entschädigungshaftung äussert. Für den Ablassungsanspruch aber gilt beides gleich: der Geschäftsherr haftet mit dem Ablassungsanspruch, sowohl wenn sein Organ, als auch wenn sein Vertreter rechtswidrig gehandelt hat.

\*) Vgl. Bloxam v. Elsee bei Agnew p. 287.

\*\*) Vgl. Agnew p. 286 f.

\*\*\*) Anders die amerikanische Praxis, Circ. Court Eastern Distr. Missouri 28. März 1878 Off. Gaz. XXI p. 203. Weitere Entscheidungen bei Myer § 4478.

†) Vgl. bezüglich des amerikanischen Rechts den Fall bei Myer § 535.

††) Vgl. §§ 31, 278 B.G.B.; vgl. auch die englischen Entsch. bei Lawson p. 53.

So namentlich, wenn die Störung durch den Vorstand einer juristischen Person,\*) so wenn sie durch Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft geschieht, welche für die offene Handelsgesellschaft zu handeln berufen sind\*\*) Sie geschieht aber auch durch den Geschäftsherrn, wenn sie durch den Vertreter geschieht, sie geschieht insbesondere durch den Handlungsunfähigen, wenn sie durch seinen Vormund geschieht.\*\*\*)

Die Störung geschieht durch den, in dessen Namen sie geschieht, sofern sie durch das Organ oder den richtigen Vertreter erfolgt; sie kann auch durch einen Dritten geschehen, sofern dieser Dritte, im Geschäfte des Fabrikanten thätig, die Erfindung benutzt und der Fabrikant davon weiss und es geschehen lässt: denn dadurch macht er den Störenden in dieser Beziehung zum Organe seines Betriebes. So auch, wenn etwa die Störung durch Stücklohnarbeiter geschieht, insbesondere wenn diese mit dem Material und den Einrichtungen des Fabrikanten arbeiten.†)

Die Störung geschieht durch den, in dessen Namen der Betrieb erfolgt, auch wenn dieser als Kommissionär, Spediteur oder Frachtführer im Interesse eines Dritten handelt.††)

Die Störung geschieht aber auch durch den, der als Organ oder als Vertreter einer Persönlichkeit handelt, obgleich er nicht im eigenen, sondern in seines Geschäftsherrn Namen handelt; auch der im Namen eines Anderen Thätige ist Störer, er ist als Störer selbst verantwortlich.†††)

Dahin gehören die Vorstandsmitglieder einer juristischen Person, es gehören dahin die vertretungsberechtigten Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft, welche störend thätig waren; es gehören aber auch diejenigen vertretungsberechtigten Mitglieder hierher, welche nicht selbst gehandelt haben, aber die Thätigkeit der Anderen hätten hindern können und sollen; ebenso aber auch die nicht vertretungsberechtigten, sofern ihnen ein Recht des Widerspruchs zustand;§) nicht die Actionäre einer Actiengesellschaft. §§)

\*) Vgl. auch R.G. 10. November 1887 Entsch. XIX S. 348. 15. October 1888 Entsch. XXII S. 259; amerikanische Entscheidungen bei Walker §§ 401, 409; englische Entscheidungen bei Lawson p. 54.

\*\*) R.G. 5. Februar 1886 Aus dem Patent- und Industrierecht Bd. II S. 9 (Entsch. XV S. 121).

\*\*\*) Vgl. Entsch. bei Walker § 402.

†) R.G. 7. Mai 1892 Z. f. gew. R. Bd. II S. 358. Vgl. auch Wooster v. Marks bei Myer § 2935; ferner Walker §§ 411, 413; Agnew p. 277.

††) Vgl. Potter v. Crowell bei Myer § 2985, Circ. Court South. Distr. New York 12. November 1880 Off. Gaz. XVIII p. 1463.

†††) In Amerika bestritten, vgl. Entsch. bei Walker §§ 410, 414; vgl. übrigens Myer § 3417. Unrichtig Appellhof Paris 5. März 1896 Thaller (Bull., jud.) XI p. 207.

§) Recht des Markenschutzes S. 387 f. Vgl. auch Walker § 408; Circ. Court Eastern Distr. Missouri 15. März 1880 Off. Gaz. XVIII p. 571.

§§) Diese könnten höchstens insofern haften, als sie in der Generalver-

Der Patentanspruch trifft den Störer, er trifft den Mitthäter, er trifft den Gehülfen. Eine Thätigkeit, die an sich nicht patentwidrig ist, kann unter dem Banne des Patenten stehen, wenn sie zum Theile einer patentwidrigen Thätigkeit wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Kombination aus erlaubten Einzelstücken besteht und nur die Kombination als Kombination patentirt, nur ihre Nachbildung untersagt ist. Der Fertiger des einzelnen Stückes wird nicht wegen dieses einzelnen Stückes verfolgt, kann aber als Theilnehmer an der Herstellung des Ganzen verfolgt werden, wenn z. B. mehrere Personen zusammen ein Zündattentat vollbrächten und jeder ein Stück zum Gesamteffekt beitrüge. Vorausgesetzt ist, dass die Absicht der Detailarbeit auf die Zusammensetzung des Ganzen gerichtet ist, was unbedenklich dann anzunehmen sein wird, wenn die Einzelsache keine weitere Funktion zulässt, als die Funktion, Theil des Ganzen zu sein; lässt sie aber andere Verwendungen zu, so ist die Produktion und Veräußerung der Einzelsache noch keine Mitthäterschaft; sie ist es nur, wenn sie mit dem Bewusstsein stattfindet, dass die Einzelsache zu dieser Kombination verwendet werden soll,<sup>\*)</sup> oder mindestens zu einer derartigen Kombination; — die Einzelheit des Falles braucht der Mitthäter nicht zu kennen:<sup>\*\*)</sup> das Bewusstsein, dass ein hergestelltes Stück in einer individuellen Kombination einer bestimmten Art eine Rolle spielen soll, genügt; der Vorsatz kann insofern ein unbestimmter sein.<sup>\*\*\*)</sup>

Das Bewusstsein ist aber erforderlich, nicht bloss um den Mitthäter verantwortlich zu machen, es ist erforderlich, damit überhaupt Mitthäterschaft vorliegt. Ohne dieses Bewusstsein fehlt es auch an einem objectiven Zusammenhang zwischen der Herstellung des Theils und der Herstellung der Kombination: es fehlt an dem objectiven rechtlichen Zusammenhang. Die Herstellung des Theils ist nicht Theil der Herstellung des Ganzen, wenn sie nicht im Bewusstsein stattfindet, dass das Hergestellte Theil des Ganzen werden soll.

sammlung für eine Patentwidrigkeit gestimmt und dadurch den Vorstand mitbestimmt hätten; allein auch eine solche Haftung ist nicht anzunehmen, denn der abstimmende Actionär kommt nicht als selbstständig wirkend, sondern nur als ein Glied in der Kette der in der Abstimmung wirkenden Gesamtheit in Betracht.

\*) Vgl. namentlich die amerikanischen Eutsch. des Circ. Court Connecticut, Wallace v. Holmes bei Myer §§ 1026—1028; ferner Circ. Court Distr. Nord New York 10. Mai 1886 Propr. ind. II p. 73.

\*\*\*) Vgl. namentlich Circ. Court Southern Distr. New York 11. November 1876 Off. Gaz. XI p. 112, 113 Buerk v. Imhäuser: a patent for a combination could not be evaded by different persons selling each a different part of the combination with the view of their being used together by the purchaser.

\*\*\*\*) Anders wenn die einzelnen Theile gemacht werden, um zu einer statthaften Reparatur zu dienen; vgl. Appellhof Rennes 4. December 1861 und Cass.-Hof 5. Juli 1862 Pataille 62 p. 241, 243.

Dies gilt, soweit der Mitthäter innerhalb der Lösungsidee handelt, indem er die bei der Kombination erforderlichen Theile darstellt und damit die Lösung, die Kombination einleitet; denn die Lösungsidee ist für das Produkt causal (oben S. 165 f.). Es gilt nicht, wenn er ausserhalb der Lösungsidee handelt, indem er beispielsweise ganz neutrale Hilfsstoffe liefert, wenn er Feuerungstoffe, Säuren, elektrische Accumulatoren oder sonstige Arbeitsmittel herstellt und dem Patentverletzer verkauft. Hier läge eine Mitthäterschaft nur dann vor, wenn der Lieferant an der Lösungsidee dadurch beteiligt wäre, dass er am Erfolg derselben, am Erfolg der Produktion des Patentverletzers beteiligt wäre; diese Theilnahme würde die an sich neutrale Thätigkeit zu einem Faktor im Produktionsplan erheben, und es würde dasselbe gelten, wie soeben dargelegt.\*)

Ohne solche Betheiligung wäre die Lieferung derartiger neutraler Dinge keine Mitthäterschaft; sie wäre es auch nicht, wenn der Lieferant wüsste, welches weitere Schicksal die gelieferten Sachen erfahren. Man könnte nur fragen, ob er Gehülfe wäre; Gehülfe wäre er aber nur, wenn er nicht nur das Bewusstsein hätte, dass hierdurch die That des Patentverletzers unterstützt wird, sondern auch die Absicht: Gehülfe durch neutrale Thätigkeit ist nur, wer die That in seinen Willen aufgenommen hat. Wird man annehmen, dass zwischen dem, der einem Unholde Nahrung und Kleidung gibt und dem Morde eine Beziehung besteht, auch wenn er weiss, was der Mörder im Schilde führt? Oder zwischen dem, der einem Bernsteinsammler eine Wohnung vermietet, an einem Orte, wo der Bernstein nicht gesammelt werden darf? oder zwischen dem Restaurateur, bei dem ein Mann täglich nach der Karte speist, auch wenn er von ihm weiss, dass er ein gewohnheitsmässiger Wilderer ist? — während allerdings dann Beihilfe vorliegt, wenn dies in der Absicht geschieht, speziell die unerlaubte Thätigkeit zu fördern oder zu ermöglichen, etwa unter Geheimhaltung, auf Schleich- und Abwegen.

Daher das Prinzip:

Wer an der patentirten Lösungsidee mitwirkt, auch nur dadurch, dass er Theile der Kombination liefert, ist Mitthäter, sofern er das Bewusstsein hat, dass das Gelieferte zum Theil einer solchen Kombination werden

---

\*) Vgl. über diese Frage auch Aus dem Patent- und Industrierecht Bd. I S. 12 f. und die hier cit. Entsch. des R.G. v. 5. Mai 1888; sodann R.G. 15 Novbr. 1890 Patentbl. 1891 S. 20 und Bolze Bd. XI S. 89. 90, R.G. 17. Januar 1895 Entsch. in Strafsachen XXVI S. 377, 18. September 1897 Bl. f. Patentw. III S. 229; Cass.-Hof Paris 26. Juli 1861 Sirey 61 I p. 1014; auch Circuit Court Distr. Massach. 1. September 1876 Off. Gaz. 1876 X p. 587, 9. October 1878 ib. 1879 XV p. 510; Circ. Court North. Distr. New York 3. Juli 1880 Off. Gaz. XVIII p. 244; vgl. auch Myer §§ 3003, 5866.

soll. Wer nicht an der Lösungsidee mitwirkt, ist Mitthäter, wenn er der Produktion Hilfsmittel bietet, und dabei am Produktionserfolg theilnimmt; er ist Gehülfe, wenn er am Produktionserfolg nicht theilnimmt, aber diesen Erfolg nicht nur in das Bewusstsein, sondern auch in die Absicht aufnimmt.

Eines ist hier noch zu bemerken:

Keine Mitthäterschaft und keine Beihülfe liegt in der blossen Annahmethätigkeit; so nicht in der Annahmethätigkeit gegenüber der Herstellung, so nicht in der Annahmethätigkeit gegenüber der Verbreitung. Darüber wird im Strafrecht noch besonders zu handeln sein. Beide Kategorien sind ausgeschlossen, weil das blosse „laisser faire“ gegenüber der Thätigkeit des Patentverletzers nicht Betheiligung sein kann: Niemand ist verpflichtet, die Thätigkeit des Patentverletzers zu verhindern; die Unterlassung der Verhinderung kann nicht als Betheiligung gelten. Nichts anderes aber als ein „laisser faire“ liegt vor, wenn man das annimmt, was der Patentverletzer im Laufe der Verkehrsthätigkeit gewährt; nur dann wäre es anders, wenn man nicht bei dem „laisser faire“ stehen bliebe, sondern selbst dem Patentverletzer die Initiative gäbe, ihn selbst zum Thun anreizte. Dann könnte man als Anstifter haftbar sein, aber nicht wegen der Annahmethätigkeit, sondern wegen der Aufreizung zur Leistungsthätigkeit.\*)

Fehlt es auf solche Weise an der subjectiven Verknüpfung, so liegt nicht nur keine subjective Verantwortung, sondern es liegt von Seiten des Handelnden auch keine objective Patentwidrigkeit vor; denn nur die subjective Verbindung bewirkt, dass sich überhaupt ein solches Thun als Betheiligung an einer Patentverletzung erweist.

Dies ist keine müssige Frage; es kommt in hervorragender Weise in den Ländern in Betracht, wo die Konfiskation auch im Falle blosser objektiver Patentwidrigkeit eintritt.\*\*)

Aber auch für uns bleibt die Frage wegen der Beziehung zwischen In- und Ausland nicht ohne Belang. Findet die Hauptherstellung im Auslande statt, so ist eine Mitthäterschaft oder Beihülfe thätigkeit im Inlande nach diesen Grundsätzen zu beurtheilen. Es ergibt sich daraus, dass eine Beihülfe durch Lieferung neutraler Stoffe aus dem Inlande unmöglich ist, da die ausländische Produktion dem Inlandspatente gegenüber nicht als rechtswidrig erscheint; mithin ist auch von einer Absicht, welche den inländischen Beihülfeakt mit der Auslandsproduktion zu einer Einheit verknüpfte (S. 553) und somit die Produktion zu einer

\*) Näheres im Patentstrafrecht. Vgl. auch Entscheidungen bei Myer §§ 2981, 2982 und in den Pand. franç. 5093.

\*\*\*) So in Oesterreich, vgl. Studien in Grünhut XXV S. 239 f.

theilweise im Inland erfolgten machte, keine Rede: keine Patentverletzung, keine Absicht der Unterstützung einer solchen.\*) Wohl aber ist eine Mitthäterschaft möglich; dies dann, wenn:

a) an der Lösungsidee dadurch mitgearbeitet wird, dass Theile der patentirten Kombination in das Ausland geliefert werden im Bewusstsein, dass sie dort zu solcher Kombination verwendet werden sollen;

b) wenn eine neutrale Thätigkeit in der Art stattfindet, dass der im Inlande Thätige an den Ergebnissen der ausländischen Industrie theilhaftig ist.

In diesen Fällen würde das inländische Gebiet mit der ausländischen Herstellung in Verbindung gesetzt, es würde ebenfalls zum Schauplatz einer gegen das Patent gerichteten Thätigkeit: Inland- und Auslandsgebiet würden zur Produktionseinheit.

Hierbei bietet sich noch folgende Betrachtung, wenn wir die Mitthäterschaft wegdenken und alles auf einen Thäter concentriren:

Würde der ausländische Produzent selbst im Inlande Theile der Kombination herstellen, um sie im Auslande in die Kombination einzufügen, so wäre dies Patentwidrigkeit, denn er würde im Inlande an der Darstellung der Lösungsidee arbeiten. Würde er aber eine neutrale Thätigkeit im Inlande begehen, welche seiner ausländischen Fabrikation zu Gute käme, so wäre diese neutrale Thätigkeit nicht patentwidrig: es wäre eine Vorbereitungshandlung, die nicht unter den Charakter der Rechtswidrigkeit fielen; während allerdings das Gegentheil möglich ist, wenn ein Anderer diese Thätigkeit gegen Gewinnbetheiligung vollzieht. Das ist kein Widerspruch, das gilt auch sonst: ein Thun, das sich von der Vorbereitungshandlung zur Haupthandlung fortsetzt, ist da begangen, wo die Haupthandlung begangen ist; wenn sich aber ein Dritter durch Vorbereitungshandlungen an der Hauptthat theilhaftig, so ist seine Thätigkeit am Orte dieser Vorbereitungshandlungen lokalisiert. Im ersten Falle ist das Inland nur der Schauplatz, wo der Thäter sich zur That rüstet; im zweiten Falle ist das Inland der Schauplatz einer zweiten That, die das Inland dem Auslande dienstbar macht.

Nach dem Obigen kann eine inländische Beihülfe zu einem im Auslande im Bereich der inländischen Erfindung stattfindenden Handeln nicht als Patentverletzung betrachtet werden; nur eine Mitthäterschaft mit Gewinnbetheiligung im obigen Sinne kann für das Inland in Betracht kommen. Wohl aber kann eine ausländische Thätigkeit als Beihülfe zu einer im Inlande stattfindenden Verletzung eines inländischen Patentes gelten und von unserer Macht erfasst werden; so wenn ein Ausländer Waaren in das Inland liefert, damit sie im Inlande verkauft

\*) Aus dem Patent- und Industrierecht Bd. I S. 14.

werden; ja, dies gilt auch dann, wenn er sie nur im Auslande zu diesem Zweck bereit hält.\*) Wesentlich ist aber hier, wie bei jeder Beihilfe, dass die Lieferung oder Bereithaltung nicht bloss mit dem Bewusstsein, sondern mit der Absicht der patentwidrigen Inlandverbreitung erfolgt.

Nach dieser Seite ist auch die Frage des Transits zu entscheiden. Dass der Transit patentwidriger Waaren durch das Inland keine Patentverletzung ist, ergibt sich aus dem Obigen (S. 444.\*\*\*) Dagegen könnte der Transit insofern in Betracht kommen, als die Transitthätigkeit sich als Mitthäterschaft oder Beihilfe charakterisirte. Beihilfe kann sie aber nicht sein, da die inländische Unterstützung einer im Auslande erfolgenden Produktion nicht Beihilfe zur Patentverletzung sein kann; es wäre also höchstens Mitthäterschaft in dem obigen Sinne möglich, nämlich Mitthäterschaft, die darin bestünde, dass die Beihilfe unter Betheiligung am Erfolg der Produktion geleistet wird: also wenn der Transit durch das Inland gegen Betheiligung am Gewinn der ausländischen Produktion geschähe.\*\*\*)

## B. Obligationsrechtliche Ansprüche.

### I. Allgemeines.

#### § 218.

Das Immaterialrecht kann Veranlasser obligationsrechtlicher Befugnisse sein. Die Verletzung des absoluten Rechts kann Folgen nach sich ziehen, die mit der Ablassung noch nicht genügend getilgt sind; wäre daher das absolute Recht allein, so könnte es sich zwar leidlich in die Zukunft schützen, aber die angerichteten Schäden blieben bestehen, sie blieben ungesühnt.

Hier muss das absolute Recht das Obligationenrecht zur Hülfe rufen und es ruft es zur Hülfe: der Störer hat nicht nur von der Störung abzulassen, sondern er hat die Verpflichtung, gewisse Folgen der Störung zu tilgen.

\*) Englischer Court of Appeal vom 4. December 1895 Propr. industr. XIII p. 93. Uebersendet er sie selbst an die Käufer, so gilt S. 444

\*\*) Natürlich wird Niemand entgegenhalten, es sei, abgesehen von § 5 Abs. 3, nicht statthaft, mit einer patentwidrigen Lokomotive durch das Inland zu fahren: das wäre nicht Transit durch das Inland, sondern Benutzung im Inland.

\*\*\*) Die Frage des Transits verwickelt sich in den Gesetzgebungen, welche (vgl. oben S. 444, auch Frankreich a. 41), die Einfuhr der Waaren in das inländische Gebiet als patentwidrig erklären; vgl. Blanc p. 620, Bedarride nr. 568, Pouillet nr. 715, Appellhof Rouen 12. Februar 1874 Sirey 74 II p. 281; der Transit vom Nichtpatentland zum Nichtpatentland durch das Inland hindurch wird als zulässig erklärt vom Seinetrib. 23. Juni 1860 Pataille 60 p. 307 und vom Civilgericht Lyon 10. Mai 1892 Propr. ind. IX p. 22.

Der Anspruch auf Entschädigung entsteht durch die Störung; er folgt, einmal entstanden, den Regeln des Obligationenrechts; er hat seinen bestimmten historischen Ausgangspunkt: ist dieser gegeben, so bleibt er gegeben. Daher bleibt der Entschädigungsanspruch naturgemäss, auch wenn das Patent während des Prozesses erlischt, auch wenn es schon vor dem Prozesse erloschen ist.\*).

Der Anspruch entsteht, aber er entsteht mit Rücksicht auf das schuldhafte Verhalten des Thäters: schon längst gilt ja der Satz, dass in Bezug auf solche obligationsrechtliche Ansprüche kein allgemeiner Maassstab anzulegen ist, sondern dass das ethische Verhalten des Verpflichteten mit in Betracht kommt. Während diese interne Seite dem negatorischen Ansprüche ferne bleibt, so steht sie in der Beurtheilung des obligatorischen Rechts in erster Reihe: das Ablassen ist die Folge des dem absoluten Rechts innewohnenden „noli me tangere“, es ist für einen jeden geboten, für den Guten, wie für den Bösen; aber das Verpflichtetsein zur Aufhebung der Folgen der Störung ist nur dann gerecht zu beurtheilen, wenn man zwischen dem Schuldigen und Unschuldigen unterscheidet.

### § 219.

Die obligationsrechtlich zu tilgenden Folgen sind nun:

1. die Schädigung des Patentrechts und seiner Produktionskraft durch störenden Eingriff;
2. die Erlangung von Vortheilen, welche in dem Bereich des absoluten Rechts liegen, durch den Nichtberechtigten, und darum ein unberechtigtes Haben, so dass die Herausgabe angezeigt ist.

Daher kann die obligationsrechtliche Pflicht, die aus dem patentwidrigen Verhalten erwächst, folgende sein:

1. eine Verpflichtung zum Bereicherungersatz;
2. eine Verpflichtung zur Herausgabe der Erzeugnisse als der individuellen Früchte der Patentausübung;
3. eine Verpflichtung zur Entschädigung.

Es wäre nun vollkommen gerechtfertigt, wenn der gutgläubige Verletzer zu 1 und 2, der bösgläubige Verletzer noch ausserdem zu 3 verpflichtet wäre. Dahin drängt auch der Zug des modernen Rechts; so das österreichische Patentgesetz § 108, cf. §§ 102, 104;

---

\*) R.G. 19. März 1898 Jur. Wochenschr. 1898 nr. 31—35 S. 296 (Gewerbl. Rechtssch. Bd. III S. 268). Vgl. auch L.G. Breslau 26. Februar 1881 Patentbl. 1881 S. 123. So ausdrücklich Dänemark (1894) a. 25.

so schon das deutsche Autorgesetz §§ 18 und 21.\*)

Das deutsche Patentgesetz steht noch auf dem Standpunkt, dass nur zu Lasten des bösgläubigen Besitzers eine Leistungspflicht entsteht, wobei aber grobe Fahrlässigkeit dem bösen Glauben gleichgestellt wird, § 35 P.G. Dabei wird, wie nach B.G.B., der böse Glaube von Moment zu Moment gerechnet; es genügt also nicht ein gutgläubiger Erwerb, wenn der böse Glaube später nachfolgt.\*\*)

Der gutgläubige Patentverletzer haftet gar nicht, weder für Entschädigung noch für Bereicherung; für Bereicherung auch nicht im Sinne des Fruchtrechts, auch nicht in dem Sinn, dass der Patentberechtigte befugt wäre, die patentwidrig produzierten Waaren zum Herstellungspreise zu übernehmen; ein solches Recht wäre doch völlig angemessen: denn für einen Fruchterwerb des gutgläubig Handelnden, analog dem Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers im Gebiete des dinglichen Rechts, in der Art, dass die Bereicherung des Fruchterwerbes nicht zurückzuerstatten wäre, fehlt es hier am Eigenbesitz, es fehlt am Titel und an allem anderen, was diesen Erwerb rechtfertigen würde.\*\*\*) Zwar sind die Früchte der Erfindungsausnützung keine unmittelbaren Früchte, welche, sobald sie gewonnen sind, in das Eigenthum des Patentberechtigten kämen; es sind aber Nutzungen, welche, weil sie in ein körperliches Resultat auslaufen, einen den Früchten ähnlichen Charakter an sich tragen: sie fallen in das Eigenthum des Patentverletzers, es besteht aber ebenso ein begründeter Anspruch auf ihre Herausgabe, wie bei den körperlichen Früchten, welche unmittelbaren Fruchtcharakter haben.

Trotzdem ist ein solcher Anspruch in unserem Gesetze nicht gegeben: ebensowenig als der Patentberechtigte die Befugniss hat zu verlangen, dass die patentwidrigen Erzeugnisse gerichtlich eingeschlossen oder ihrer Eigenschaft entkleidet würden, ebensowenig hat er das Recht zu verlangen, dass diese ihm zum Herstellungspreis zugewiesen werden. Hier ist das österreichische Gesetz auf anderer Bahn, ebenso auch schon das deutsche Autor- und Kunstwerkrecht; †) auch andere Gesetze gewähren ein solches Fruchtrecht in der einen oder anderen Weise, vielfach allerdings

\*) Bei dem Eigenthumsanspruch wird die Frage noch durch den Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers gekreuzt, der hier nicht in Betracht kommt; vgl. §§ 955, 988, 993, 2020, 812 f. B.G.B. Vgl. darüber Jurist. Litteraturbl. XI S. 36. Der neue Urheberrechtsentwurf bleibt hier ausser Betracht.

\*\*) Vgl. §§ 955, 937 B.G.B.

\*\*\*) Vgl. darüber meinen Aufsatz im Jurist. Litteraturbl. XI S. 36.

†) Vgl. darüber ausführlich meine Abhandl. in Grünhut Bd. XXV S. 241 f. Unter dem deutschen Recht hat Klostermann einen Bereicherungsanspruch gegen den gutgläubigen Verletzer angenommen, und nach ihm das L.G. Nordhans (Aus dem Patent- und Industrierecht Bd. I S. 67).

unklar gemischt mit dem negatorischen Zerstörungsanspruch und dem strafrechtlichen Einziehungsrecht;\*) sie gewähren es, natürlich abgesehen von dem Fall, dass die auf solche Weise hergestellten Gegenstände in das Eigenthum eines Dritten übergegangen sind: denn das Fruchtrecht kann nur diejenigen Personen belasten, welche die Früchte als Früchte haben, und als solcher kann nur der Produzent angesehen werden und höchstens ein solcher, der die Sachen um der gewerblichen Verbreitung willen inne hat.\*\*)

Allerdings wird faktisch auch bei uns der gutgläubige Produzent vielfach in die Lage kommen, dem Patentberechtigten diese Produkte zum Herstellungspreise anzubieten, weil ihm im Inlande ihre Verbreitung abgeschnitten ist: denn diese wäre ja von nun an ein Patentvergehen und er wäre von nun an bösgläubiger Thäter; dies allerdings nur, solange das Patentrecht besteht: nach Erlöschen des Patentrechts ist die Verbreitung frei, auch die Verbreitung der Produkte, die während des Bestehens des Patentrechts geschaffen worden sind. Und dies ist gerade ein wesentlicher Mangel: nach Erlöschen des Patentrechts muss der Berechtigte die Verbreitung dieser Waaren ruhig geschehen lassen;\*\*\*) nur

\*) So Frankreich a. 49, Tunis a. 43, Belgien a. 5, Luxemburg (1880) a. 20, Congo (1886) a. 8, Türkei a. 50;

so italienisches Recht a. 65, 66, reg. 95, 96: perdita degli oggetti . . . in benefici della parte danneggiata. Vgl. hierzu Appellhof Mailand 4. Mai 1897 Rivista IV p. 31;

so Schweiz a. 28;

so Oesterreich §§ 100, 108;

so Ungarn §§ 51, 58;

so Finland (1898) § 5;

so Spanien (1878) a. 50;

so Portugal (1894) a. 53;

so Schweden (1884, 1891) § 22;

so Norwegen (1885) a. 29;

so Dänemark (1894) a. 25;

so Guatemala (1897) a. 25;

so Peru (1869) a. 18;

so Chile (1840) a. 10;

so Ecuador (1889) a. 32;

so Bolivia (1858) a. 32;

so Brasilien (1882) a. 6, § 3;

so Argentinien (1864) a. 53;

so Uruguay (1885) a. 45;

so Japan (1899) § 46.

\*\*) Ueber die französische Jurisprudenz vgl. Cass.-Hof 5. April 1889 Propr. ind. V p. 153 f. und die hier p. 155 citirten Cass.-Entscheidungen vom 25. März 1848 und vom 12. Juli 1851; ferner Cass.-Hof 9. Mai 1859 Pataille 59 p. 129, 29. Juni 1875 Sirey 77 I p. 206, Appellhof Rouen 28. August 1857 Pataille 57 p. 329, Appellhof Lyon 25. Februar 1863 Pataille 64 p. 309, Appellhof Amiens 14. August 1877 Sirey 77 II p. 259.

\*\*\*) Anders die amerikanische Praxis, s. S. 549; anders auch, vom Fruchtrechtstandpunkt aus das französische Recht, Cass.-Hof 20. August 1851 Sirey 51 I p. 648, 22. November 1872 Dalloz Per. 72 I p. 477.

wenn der Produzent in mala fide oder in grober Fahrlässigkeit war, kann die Produktion dieser Waaren und das Produzirthaben derselben ein für die Entschädigungsberechnung maassgebendes Moment sein.

Von dem Satze, dass der gutgläubige Patentbenützer weder Entschädigung noch Bereicherung zu leisten habe, ist aber eine Ausnahme zu machen mit dem Moment der Klageerhebung; von der Klageerhebung an hat der Patentbeklagte mindestens für die Bereicherung aufzukommen. Bei dem Eigenthumsanspruch gibt das B.G.B. § 987 sogar einen Anspruch auf die „fructus percipiendi“: dies ist auf unsern Fall nicht analog anzuwenden; denn bei dem Eigenthumsanspruch wird ja vorausgesetzt, dass der Beklagte den einzigen Besitz der Sache hat und somit auch die einzige Möglichkeit der Fruchtziehung, — was hier nicht zutrifft. Der Ersatz der Bereicherung ergibt sich aber daraus, dass der mit der Patentverletzungsklage Belangte nur unter der Voraussetzung weiter produciren darf, dass er seine Produktion für den Fall des Gelingens des Prozesses dem Kläger zur Verfügung stelle: nur unter dieser Voraussetzung ist seine jetzige Produktion eine Produktion in gutem Glauben: ebenso wie im Gebiete des dinglichen Rechts ein vermeintlicher Niessbraucher, nachdem er mit der Ablassungsklage angegriffen worden ist, die Früchte nur in dieser Weise weiter beziehen darf; das Gegentheil wäre böser Glauben, es wäre dort furtum, hier Patentbruch. Die verneinende (vom R.G. vertretene) Lehre, dass auch nach der Klageerhebung keine Bereicherung zu ersetzen sei,\*) ist unhaltbar und führt zu ganz unbrauchbaren Ergebnissen; sie führt dazu, dass ein Patentberechtigter von den 15 Jahren, die höchstens sein Patent dauert, vielleicht 3, 4 Jahre so viel wie verliert, weil er möglicherweise durch einen mächtigen Konkurrenten in der Produktion niedergedrückt wird, ohne dass er selbst bei der grössten Beschleunigung des Prozesses hiergegen aufkommen könnte.\*\*)

## II. Vergehung als Veranlassung der Obligationsverpflichtung.

### § 220.

Eine Entschädigung ist zu leisten, wenn der Thäter wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit gehandelt hat; grobe Fahrlässigkeit steht also dem Vorsatz gleich (§ 35 P.G.). Davon ist eine scheinbare Ausnahme zu constatiren: der Gehülfe haftet nur im Falle der Absicht, er haftet nicht im Falle der blossen Schuld; dies beruht aber darauf, dass nach den obigen Entwicklungen ohne Absicht über-

\*) Dass im Fall eintretender mala fides eine Entschädigung zu leisten ist, nimmt natürlich auch das R.G. an.

\*\*) Unrichtig R.G. 6. Juni 1888 Patentbl. 1888 S. 339, 348 f. Hiergegen Aus dem Patent- und Industrierecht II S. 1 f.

haupt keine Beihülfe vorliegt, dass also die objective Voraussetzung der Beihülfe von der subjectiven nicht zu trennen ist.

Im übrigen wird vom patentrechtlichen Vorsatz im Strafrecht die Rede sein.

Die Fahrlässigkeit muss eine grobe Fahrlässigkeit sein (§ 35 P.G.); es genügt nicht, wenn der Patentverletzer als sorgsamer Geschäftsmann und mit dem Aufgebot einer gewissenhaften technischen Erkundigung hätte erfahren können, dass seine Thätigkeit in das Patentrecht eingreift. Der Eingriff muss sich bei einer dem gewöhnlichen Geschäftsmanne zustehenden Kunde und Aufmerksamkeit aufdrängen. Noch weniger liegt natürlich eine solche Fahrlässigkeit dann vor, wenn der Patentverletzer sich bei Autoritäten des Faches gutgläubig Raths erholt und auf Grund dessen gehandelt hat. \*)

Wohl aber wäre nicht nur Fahrlässigkeit, sondern auch Arglist gegeben, wenn der Thäter wusste, dass der Gegenstand patentirt oder auch nur vorläufig geschützt ist; und dies auch, wenn er das Patent für nichtig hielt, natürlich vorbehaltlich seiner Nichtigkeitserklärung — aber dann handelt es sich nicht um das Fehlen der Arglist, sondern um das Fehlen der objectiven Voraussetzung, der Voraussetzung der objectiven Patentwidrigkeit. Civilrechtlich wenigstens kann sich der Verletzer des Patentbesitzes in anderer Weise nicht auf seinen Glauben an die Patentnichtigkeit berufen; ob er es strafrechtlich kann, ist eine später zu erörternde Frage. Denn der Zug unseres Civilrechts geht dahin, die Entschädigungspflicht in allen Gränzfällen vollgültig anzuerkennen, soweit der Verletzer die Gefahr der Sachlage kannte oder kennen musste.

Uebrigens ist die Beschränkung der Entschädigungspflicht auf den Fall der groben Fahrlässigkeit nicht gerechtfertigt, um so weniger, als für die gewöhnliche Fahrlässigkeit hiernach nicht einmal eine Bereicherungersatzpflicht besteht. Andere Gesetzgebungen haben diesen Standpunkt mit Recht verlassen, insbesondere gibt auch das Oesterr. Gesetz in § 108 (cf. 103) gegen jeden schuldhaften Eingriff den Entschädigungsanspruch.

Im Falle von Arglist und schwerer Verschuldung tritt eine Haftung ein, nicht nur für Bereicherung, sondern für volle Entschädigung; man könnte daher annehmen, dass eine Bereicherungshaftung in unserem Recht ganz ausgeschlossen ist.

Das wäre nicht richtig; abgesehen von dem Fall, dass der gutgläubige Beklagte während des Prozesses für Bereicherung haftet, kann auch im Fall von Arglist und grobem Verschulden die Haftung auf Bereicherung beschränkt sein, wenn der Beklagte

\*) R.G. 11. Decbr. 1897 Gewerbl. Rechtssch. III S. 206.

nicht für sein eigenes Verschulden, sondern für das Verschulden eines Andern einzustehen hat, wie dies alsbald (S. 564 f.) zu erörtern ist.

Der objective Thatbestand der Vergehung ergibt sich aus dem Obigen: die Patentverletzung durch Herstellung, Verbreitung, Gebrauch gehört hierher: sie wird nicht nur durch den Ablassungsanspruch betroffen, sie ist auch Vergehung, sobald Arglist oder grobe Fahrlässigkeit hinzukommt.

Und hier gilt auch folgendes: der Ablassungsanspruch verbietet eine Störung des Inlandspatentes im Inlande, sie verbietet auch eine Störung des Inlandspatentes dadurch, dass man zur inländischen Verletzung des Inlandspatentes vom Auslande aus Beihülfe leistet. Mithin entsteht unter den entsprechenden subjectiven Verhältnissen eine Entschädigungspflicht auch gegen den Gehülfen, der im Auslande handelt; sie entsteht in der Art, dass die Entschädigungspflicht von den deutschen Gerichten anerkannt wird, sie entsteht, obgleich die Thätigkeit vom Standpunkt des Auslandes aus neutral ist, denn es handelt sich um eine Thätigkeit, welche ihre Spitze gegen das Inland kehrt.\*)

### III. Obligationsberechtigter.

#### § 221.

Der Obligationsanspruch entspringt nicht aus dem Patent, sondern aus der Obligation; diese aber ist eine Vergehungsobligation, die Vergehung ist die Patentverletzung. Mit der Vergehung ist die Obligation gegeben, woraus von selbst hervorgeht:

Anspruchsberechtigt ist hier, wer zur Zeit der Patentverletzung patentberechtigt war, nicht wer zur Zeit der Klagerhebung patentberechtigt ist, denn der erstere, nicht der letztere ist durch Zuwiderhandlung verletzt worden;\*\*) der Neuerwerber des Patentes kann daher den Anspruch nur geltend machen, wenn ihm mit dem Patent auch die bereits entstandenen Obligationsansprüche übertragen worden sind, was nicht ohne weiteres anzunehmen ist.\*\*\*)

Entsprechend steht dem, der zur Zeit der That patentberechtigt war, der Entschädigungsanspruch auch dann zu, wenn sein

\*) Vgl. oben S. 555, Recht des Markenschutzes' S. 446, 450, 451. Vgl. auch noch a. 12 E.G. zum B.G.B.

\*\*) Dieses habe ich schon in meinem Patentrecht S. 423 f., 447 f. klar gezeigt, sodann Autorrecht S. 306 f.; hiergegen bringt Klöppel in Grachot XXXV S. 81 wieder ganz beängstigende Verwechslungen; doch diese ganz verfehlten Expectationen Klöppels habe ich bereits im Arch. f. civ. Praxis 82 S. 206 f., 216 genügend beleuchtet, so dass eine nochmalige Polemik überflüssig ist.

\*\*\*) So auch die amerikanische Rechtspflege; Entscheidungen bei Walker § 394 f., Myer § 446.

Patent unterdessen erloschen ist: mit dem Patent erlischt der Ablassungsanspruch, es erlischt nicht der Anspruch aus den Vergehungsobligationen, die, einmal entstanden, von der Weiterexistenz des Patenten unabhängig sind.\*)

Verletzt sind, wenn das Patentrecht mehreren zustand, diese mehreren; verletzt können auch die Nutzniesser oder andere dinglich Berechtigte sein, denen ein ausschliessendes Recht zusteht; verletzt ist also insbesondere auch der Niessbraucher und der Verlagsberechtigte; so sehr, dass sie möglicher Weise das Entschädigungsrecht selbst gegen den Patenteigner geltend machen können, wenn dieser in ihr Rechtsgebiet eingreift. Nur unter Miteignern findet kein Patentverletzungsanspruch statt, sondern nur eine Ausgleichung nach dem Regeln der Auseinandersetzung unter Theilgenossen.

Nach Massgabe der Verletzung richtet sich natürlich auch die dem einzelnen Verletzten zu leistende Entschädigung; dieses hat nur soweit einige Schwierigkeit, als die Entschädigung in dem Bereicherungsersatz besteht: die vom Verletzer zu leistende Bereicherung ist unter die verschiedenen Verletzten zu vertheilen, sie ist zu vertheilen nach Massgabe des für Bereicherungshaftung geltenden Princip; das Princip ist aber dieses: der Verletzer haftet für Bereicherung, als wie wenn er als Geschäftsführer des Verletzten gehandelt hätte;\*\*\*) daher erhält ein Jeder der Verletzten die Bereicherung, bezüglich deren der Verletzer als sein Geschäftsführer zu betrachten ist, d. h. welche er oder sein Vertreter, wenn ihm die Mittel und Gelegenheit, wie dem Verletzer, zu Gebote standen wären, berechtigtermassen erworben hätte. Im Verhältniss zwischen Niessbraucher und Eigner des Patenten wird daher der Niessbraucher die während seiner Niessbrauchsperiode bezogenen Früchte des unberechtigten Erfindungsausbeuters beziehen, der Eigner die andern; wer das ausschliessliche Recht des Erfindungsgenusses auf bestimmtem localem Gebiete hat, wird die auf diesem Gebiete gewonnenen Ergebnisse zu beanspruchen haben u. s. w.\*\*\*)

#### IV. Obligationsverpflichteter.

##### § 222.

Verpflichtet aus der Obligation ist der Störer; verpflichtet ist der, in dessen Namen die Störung erfolgt, sofern sie erfolgt durch das gesetzliche Organ oder durch den gesetzlichen Vertreter. Oben (S. 550) sind diese beiden Fälle neben einander erwähnt worden:

\*) Französ. Cass.-Hof 26. Oct. 1896 Dalloz 96 I p. 390, auch schon 7. Juni 1851 Sirey 52 I p. 68, 20. August 1851 Sirey 51 I p. 648, 22. Nov. 1872 Dalloz 72 I p. 477, Appellhof Nimes 5. März 1887 Sirey 87 II p. 141.

\*\*\*) Vgl. unten S. 569 f.

\*\*\*\*) Verfehlt Reincke Gew. Rechtssch. II S. 194.

sie stehen sich im Ablassungsanspruch gleich; sie stehen sich aber nicht gleich in der Entschädigungsfrage. Die juristische Person haftet völlig für ihre Organe, sie haftet also aus der Arglist und groben Verschuldung ihrer Organe für volle Entschädigung, und dies gilt insbesondere auch vom Staat, soweit seine Funktionen in das Gebiet des Civilrechts hineinreichen, § 31, 89 B.G.B.\*)

Dies ist auch völlig gerechtfertigt: die Organe der juristischen Person sind nicht ihre Vertreter, sondern ihre handelnden Werkzeuge, und wenn eine juristische Person überhaupt existiren will, so muss sie die Handlung ihrer Organe als ihre Handlung anerkennen: dieses ist die einzige Art, wie sie überhaupt handeln kann.

Und dies gilt daher insbesondere auch von der Haftung der Aktiengesellschaft und der offenen Handelsgesellschaft.

Und auch hier ist zu bemerken, dass der Handlung von Organen die Handlung anderer Personen gleichsteht, deren Handlung die juristische Person als Handlung von Organen anerkennt, § 31 B.G.B.

Anders verhält es sich mit dem Vertretenen: die Stellvertretung beruht nicht auf der Organeigenschaft des Vertreters, sondern auf dem Princip der Repräsentation, wonach die Rechtshandlungen eines Dritten in ihren juristischen Wirkungen in das Gebiet des Vertretenen (des dominus) einschlagen. Eine solche Repräsentation bezieht sich nur auf Rechtshandlungen, auf die Vergehungen nur, soweit die Vergehung Rechtsfolgen hat, die von ihrer Eigenschaft als Vergehung unabhängig sind, so insbesondere was die Bereicherung des Geschäftsherrn betrifft.\*\*)

Daher der Satz: Aus der Vergehung des Vertreters haftet der Geschäftsherr nur bis zur Bereicherung.

Dies gilt insbesondere, wenn etwa der Vormund in der Verwaltung des Mündelvermögens Patentwidrigkeiten vollzieht. Anders wäre es uur, wenn der Vertretene, nachdem er von der Thätigkeit des Vertreters Kenntniss hat, diese billigt und die Bereicherungshaftung verdecken will; und wenn er es thut als Handlungsfähiger, oder nachdem er handlungsfähig geworden ist: in diesem Falle würde der Geschäftsherr aus seiner eigenen Deliktsbetheiligung haften. Anders auch dann, wenn es der Geschäftsherr an der ihm obliegenden Aufsicht und Kontrolle hat fehlen lassen\*\*\*) — aber auch in diesem Falle haftet er eben für seine eigene Thätigkeit; doch genügt es hier, auch wenn es sich um Patentverletzungen handelt,

\*) Vgl. R.G. 5. Februar 1886 in Aus dem Patent- und Industrierecht II S. 9. So auch die amerikanische Praxis, Entscheidungen bei Walker § 409. Zahlreiche Entscheidungen aus anderen Haftungsgebieten bei Scherer, in seinem Kommentar z. bürgerl. Gesetz. zu § 89 S. 85 f. und zu § 31 S. 53 f.

\*\*\*) Dies ergibt sich aus dem Zusammenhalt von § 831, 812 f., 164 f., 852 B.G.B. aufs Klarste.

\*\*\*\*) Dies ergibt sich aus § 831 B.G.B.

dass von Seiten des Geschäftsherrn leichtes Verschulden vorliegt, vorausgesetzt, dass der Vertreter in Arglist oder grobem Verschulden handelt.

Natürlich schliesst die Vergehungshaftung der juristischen Person und die (unvollständige) Vergehungshaftung des Vertretenen nicht aus, daher auch die Persönlichkeiten, welche als Organe oder als Vertreter gehandelt haben, selbst haften; so insbesondere auch bei der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter, welche für die Gesellschaft thätig waren, und auch diejenigen, welche zwar nicht Organe der Gesellschaft waren, aber durch rechtzeitiges Dazwischentreten die Sache hätten verhüten können — sie haften dann, das entsprechende Verschulden vorausgesetzt, nicht nur als Gesellschafter, sondern auch in eigener Person.\*)

Die Haftung des Geschäftsherrn und die Haftung des Organs oder Vertreters bildet eine Gesamtschuld, natürlich soweit die Haftung des Geschäftsherrn die Haftungshöhe des Vertreters erreicht; dabei hat der Geschäftsherr, soweit er über die Bereicherung haftet, den vollen Regress gegen das Organ oder den Vertreter, gegen den Vertreter, sofern der Geschäftsherr nicht selbst an der Arglist theilgenommen hat.\*\*)

Störer ist nicht nur der Thäter, sondern auch der Mitthäter, Gehülfe, Anstifter in dem oben entwickelten Sinne und unter der oben entwickelten Voraussetzung; so also insbesondere auch der Besteller eines Werkes dann, wenn er das Werk nicht nur hat machen lassen, sondern selbst den Handwerker zur patentwidrigen That verleitet hat.\*\*\*)

Mehrere Störer haften als Gesamtschuldner, sofern sie zu einer und derselben Handlung mitgewirkt haben, als Thäter, Mitthäter, Gehülfe u. s. w. Anders ist es, wenn mehrere Störungen vorliegen, auch wenn diese sich auf dieselbe Erfindung beziehen sollten; so wenn der eine patentwidrig producirt, der andere patentwidrig verbreitet, der Dritte patentwidrig gebraucht: dies sind verschiedene selbstständige Thätigkeiten, und jeder haftet nur für seine Thätigkeit; sie müssten denn im Einverständniss mit einander handeln auf Grund eines zwischen ihnen vereinbarten Planes: dann liegt ein einheitliches Handeln vor; ein jeder nimmt dann an der Rechtswidrigkeit des andern Theil, ein jeder rechnet auf die Rechtswidrigkeit des Andern für seine Zwecke und kann nach Massgabe des Vertrags darauf rechnen; hier ist also eine Gesamthaftung gerechtfertigt.†)

\*) Oben S. 551; vgl. auch Aus dem Patent- und Industrierecht II S. 12, Markenschutz S. 387.

\*\*) Man vgl. § 840 B.G.B.

\*\*\*) Vgl. oben S. 448, 554; vgl. auch Walker § 405.

†) So richtig das französische Recht, Cass.-Hof 27. Juli 1850 Dalloz 51 V p. 284, und 16. August 1861 Sirey 61 I p. 1015, Appellhof Rouen 4. August 1859 Sirey 60 II p. 619.

Ueber den Regress dieser mehreren Gesamtschuldner muss bemerkt werden, dass, soweit die Entschädigung in einem Bereicherungsersatz besteht, derjenige, der mehr Bereicherung bezogen hat, als der andere, bei der Ausgleichung entsprechend schärfer heranzuziehen ist.\*)

Der einmal erwachsene Entschädigungsanspruch geht nach den Regeln des Obligationsrechts activ und passiv über, er geht über auf die Erben, er geht über auf die Gütergemeinschaft nach den Regeln dieser, er geht über mit Uebergang eines Handelsgeschäfts nach den Grundsätzen des Handelsrechts.\*\*)

## V. Entschädigung.

### § 223.

Die Entschädigung ist zunächst Ersatz für das, was dem Berechtigten durch die Patentstörung entgangen ist, also Ersatz der von ihm hierdurch erlittenen Vermögensminderung. Diese Minderung kann sich nach zwei Seiten hin entwickeln, als Wettbewerbsminderung und als Ausbleiben der Lizenzzahlung. Wettbewerbsminderung ist die Minderung, die dem Berechtigten durch einen Wettbewerb zustösst, der ohne Eingriff in das Patent unmöglich wäre; und der Minderungsschaden kann wieder nach bekannten Grundsätzen ein doppelter sein, ein Schaden wegen Entgehung des Gewinnes durch Ansiehziehen von Aufträgen, die sonst dem Berechtigten zu Theil geworden wären, und ein Schaden durch Discreditirung der Erfindung, die eine Folge ungehöriger und unvollkommener Ausführung des Wettbewerbers ist. Der Schaden kann aber auch darin liegen, dass dem Berechtigten die Lizenzgebühr entgeht, die der Andere hätte zahlen müssen, wenn er rechtmässig zur Patentausübung hätte gelangen wollen. Die letztere Art der Schadensberechnung hat einen doppelten Sinn: sie kann sich als Erhöhung der sonstigen Entschädigung herausstellen, sofern eine, wenn auch erst angefangene Patentverletzung in Folge dessen höher zu taxiren ist, weil der Verletzer, hätte er rechtmässig gehandelt, eine Lizenz erworben und eine Lizenzgebühr bezahlt hätte; sie kann sich auch als Minderung der Schadensberechnung

\*) Vgl. § 840, 426 B.G.B.: hier wird eben durch die Umstände eine andere Bethelligung als Gleichbethelligung bestimmt. Das amerikanische Recht schliesst in Bezug auf den Bereicherungsersatz die Gesamtschuld ganz aus, vgl. Walker § 712.

\*\*\*) Vgl. § 25 H.G.B.: für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten; auch § 28 ebenda. Vgl. auch die Entsch. des High Court Ontario, *Beam v. Absolom Merner*, Canadian Law Times VII 1887 (Occas. Notes) p. 234.

darstellen, sofern die Lizenzgebühr geringer ist, als der Schaden, den der Wettbewerb gebracht hat. In erster Beziehung ist die Lizenzberechnung stets statthaft: sie ist stets statthaft als Recht des Klägers; sie ist ebenso statthaft, wie wenn der Eigenthümer eines Hauses, in dessen Besitz sich ein Dritter gesetzt hat, von diesem den Miethzins verlangen darf, den ein ordentlicher Miether bezahlt hätte (vgl. auch § 557 B.G.B.); sie ist statthaft, gleichgültig, ob der Erfinder Lizenzen zu ertheilen pflegte oder nicht; sie ist statthaft, -- denn er hätte ja eine Lizenz ertheilen können, und der Patentverletzer kann nicht entgegenhalten, dass er eine entsprechende Lizenz nicht genommen und lieber lizenzlos producirt hätte.

In letzter Beziehung hat die Berufung auf die Lizenzgebühr eine entgegengesetzte Bedeutung; sie charakterisirt sich als Einwand des Beklagten dahin, dass er nicht volle Wettbewerbsentschädigung zu zahlen habe, sondern nur bis zur Höhe dessen, was er zu zahlen gehabt hätte, wenn er mit einem Lizenzbegehren an den Patentberechtigten herangetreten wäre. Er macht also geltend: hätte ich eine Lizenz zu gewissem Betrage verlangt, so wäre sie mir ertheilt und wäre dadurch die dem Kläger durch meinen Wettbewerb zugestossene Schädigung gerechtfertigt worden; — dies ebenso wie wenn der unberechtigte Benutzer eines Gelasses erklären würde: hätte ich die Miete des Gelasses zu einem bestimmten Preise verlangt, so wäre sie mir gestattet worden; mithin habe ich für meine widerrechtliche Benützung des Gelasses diesen Betrag, und nicht mehr, zu entrichten.

Es leuchtet ein, dass in diesem Sinne die Berufung auf die Lizenzgebühr nicht ohne weiteres durchschlagend ist, selbst wenn der Patentberechtigte Lizenzen zu ertheilen pflegte. Es muss aus den Umständen erhellen, dass der Patentberechtigte nicht nur überhaupt Lizenzen ertheilt hat, sondern sie speciell dem nachmaligen Zuwiderhandler ertheilt hätte. Die Verhältnisse müssen also derart liegen, dass der Erfinder nicht nur einmal, sondern regelmässig Lizenzen zu gewissem Gebrauche ertheilt hat und dass keine erheblichen Gründe zur Annahme führen, dass er dem Beklagten auf Antrag die Lizenz verweigert hätte. Das Gegentheil wird aber vielfach anzunehmen sein. Es ist zunächst möglich, dass der Erfinder dem Beklagten die Lizenz wirklich verweigert hat; es kommt ferner in Betracht, dass, wenn der Beklagte nicht nur einmal, sondern verschiedenemale zuwiderhandelt, und trotz der Mahnung nicht aufhört zuwiderzuhandeln, in solchem Falle der Erfinder wenig geneigt wäre, einem derartigen Kunden Lizenz zu gewähren. Auch kommt es sehr darauf an, ob ein Berechtigter, der für den Ort A Lizenzen zu ertheilen pflegte, auch für den

Ort B und unter den dortigen veränderten Umständen solche gewährt hätte. \*)

Der entzogene Gewinn ist der Gewinn, den der Berechtigte aus der Patenterfindung gemacht hätte, falls ihm der Wettbewerber nicht in die Quere gekommen wäre: der Gewinn aus der Ausübung der Patenterfindung einschliesslich des Gewinnes, den diese Ausübung in Verbindung mit anderen Industriemassnahmen mit sich gebracht hätte, welche mit dieser Ausübung naturgemäss verbunden gewesen wären. \*\*)

Es ist der Gewinn, der dem Patentberechtigten durch den unberechtigten Wettbewerb d. h. durch den unberechtigten Gebrauch der Patenterfindung entzogen worden ist; es ist daher nicht alles als Schaden aufzurechnen, was dem Patentberechtigten erspart bliebe, wenn der Patentverletzer überhaupt seine auf die massgebende Sache gerichtete Industrie unterliesse: denn in dieser Industrie können auch andere Factoren spielen, die dem Patentverletzer zustehen, und mit Hilfe dieser Factoren kann er ein Resultat erzielen, das den Patentberechtigten wesentlich schädigt, wenn es ihn auch nicht so viel schädigt, als es thut, sobald er zu den übrigen Factoren die patentirte Erfindung hinzufügt. Die in Betracht kommende Schädigung ist also nicht nothwendig der ganze Schaden, welcher dem Berechtigten durch die Industrie des Verletzers zugefügt wird, sondern der Ueberschuss des Schadens, der auf Rechnung der patentirten Erfindung zu setzen ist, der Ueberschuss, welcher eben in dem unberechtigten Wettbewerb liegt. \*\*\*) Dieses Mehr kann natürlich bis zum vollen Wettbewerbsschaden aufsteigen, wenn ohne die unberechtigte Erfindungsausübung ein erfolgreicher Wettbewerb gar nicht möglich gewesen wäre. †)

#### § 224.

Die Entschädigungspflicht schliesst stets die volle Bereicherungspflicht in sich; wer entschädigungspflichtig ist, hat auch die volle Bereicherung herauszugeben, die über das Mass des dem Gegner erwachsenen Schadens hinausgeht; er hat es, denn jede Entschädigung heisst: Ersatz der Bereicherung

\*) Die hier auftauchenden praktischen Fragen sind namentlich von der amerikanischen Jurisprudenz erörtert worden; vgl. die Entscheidungen bei Walker § 555 ff., Myer § 1578 ff., 1612.

\*\*) So wenn z. B. bei einem Auerpatent nicht nur der Glühstrumpf, sondern der ganze Brenner mit Glühstrumpf verkauft worden wäre; vgl. Cass.-Hof Paris 16. Dec. 1897 Pataille 1897 p. 319.

\*\*\*) So vorzüglich die amerikanisch Jurisprudenz, Entscheidungen bei Myer § 1508 f.

†) Myer § 1644.

und des über die Bereicherung hinaus dem Gegner erwachsenen Schadens; dass mindestens die Bereicherung herauszugeben ist, ist selbstverständlich. Das ergibt sich schon aus dem Gedanken, dass sich ein jeder arglistige Verletzer als Geschäftsführer des Verletzten behandeln lassen muss (als wie wenn er für diesen gehandelt hätte), oder wie das englische Equityrecht lehrt: er ist als ein trustee des Verletzten zu betrachten und zu behandeln,\*) wenigstens soweit es zu seinem Nachtheil und zum Vortheil des Verletzten gereicht.\*\*)

Diese von mir bereits in meinem Patentrecht aufgestellte Ansicht\*\*\*) ist lange Jahre allein gestanden, bis sie am 8. Juni 1895†) die Sanction des Reichsgerichts fand, ohne dass allerdings hierbei meiner Aufstellung Erwähnung gethan wurde — aber das Reichsgericht hat einen ganz anderen, viel gewichtigeren Juristen unerwähnt gelassen — Labeo (fr. 5 § 5 de neg. gest.).

Auch die Bereicherung, für welche der Beklagte haftet, kann in doppelter Weise angesetzt sein; sie kann sein

a) die Bereicherung durch Ersparen der Lizenzgebühr, eine Bereicherung, die sich daraus ergibt, dass ein loyal handelnder Industrieller, als er eine solche Industrie begann, beim Patentberechtigten um Lizenz nachgesucht und einen billigen Preis für dieselbe dargeboten hätte, während der Beklagte lizenzlos producirte;††) so wie etwa, wenn Jemand, der sich widerrechtlich in

\*) Die englische und amerikanische Jurisprudenz in diesem Punkte sind bekannt; vgl. Autorrecht S. 310 f., Markenschutz S. 361, Walker § 711, Myer § 1516 ff., 2993 f. Robinson III § 1136 ff. Bekannt ist auch, dass das englische und angloamerikanische Recht zwischen der action at law und der Equityklage unterscheidet, indem bei der ersten die damages, bei der letzten die Bereicherung zur Geltung kommt. Mit der Verbindung der law- und equity-Gerichtbarkeit ist beides vereint. Im Patentrecht erfolgte die Verschmelzung theilweise schon im englischen Gesetz v. 1852 s. 42 f., vgl. Agnew p. 300; für das amerikanische Patentrecht ergibt sich die Verschmelzung aus Rev. Stat. 4921. Ueber die Geschichte der amerikanischen Jurisprudenz in diesem Punkte vgl. die ausführliche Darstellung in den Entsch. bei Myer § 3905 f.

Auch die französische Jurisprudenz zieht theilweise die Bereicherung in die Entschädigung hinein, so Trib. Nérac 1. Mai 1884 Busch Archiv Bd. 48 S. 353 — aber nur theilweise; andere Entscheidungen sind dagegen. Vgl. dafür und darwider bei Mainié nr. 274, 3276; dagegen namentlich Appellhof Bourges 28. Dec. 1869 Sirey 70 II p. 121, Cass.-Hof 10. Nov. 1881 Pataille 82 p. 205. Die französische Jurisprudenz steht hier tief unter der angloamerikanischen.

\*\*) So auch die von Reinecke, Gewerbbl. Rechtsschutz II S. 193 f. cit. russischen Urtheile.

\*\*\*) Patentrecht S. 458, Autorrecht S. 309, Markenschutz S. 361, Aus dem Patent- und Industrierecht III S. 14, Arch. f. civ. Praxis 85 S. 455.

†) Bl. f. Patentw. I S. 241. Vgl. jedoch schon L.G. Augsburg 3. Oct. 1894 Bl. f. Patentw. I S. 149.

††) So viele amerikanische Entscheidungen; vgl. Circ. Court W. Distr. Pennsylv. 26. Januar 1889 Comm. Dec. 1889 p. 421.

meinem Hause einlogirt hat, mir unter allen Umständen einen billigen Miethzins entrichten muss. Von dieser Lizenzgebühr ist bereits oben unter dem Titel der Entschädigung die Rede gewesen: sie ergibt sich aus dem Entschädigungsgedanken, sie ergibt sich aber ebenso aus dem Bereicherungsgedanken und ist auf diese Weise doppelt gerechtfertigt.

Die Bereicherung kann aber sein

b) die effektive Bereicherung, sofern der Beklagte herausgibt, was er durch Anwendung der Erfindung erworben hat, d. h. was er im Geschäftskreise mehr erworben hat, als er ohne dieses technische Element erworben hätte; so wie etwa, wenn Jemand meine Räumlichkeit besetzt und an die Beobachter eines Festzuges vermietet hätte, oder wenn Jemand mein Instrument an sich genommen und darauf ein Concert gespielt hätte.\*)

Aber gerade dieser letzte Fall zeigt, dass man bei einer solchen Bereicherungsrechnung mit Vorsicht vorgehen muss, um nicht ungerecht zu werden. Man muss ja wohl in Betracht ziehen, dass der Concertgeber zwar ohne Instrument nicht gespielt und nichts verdient hätte, allein 1. er hätte ohne mein Instrument möglicherweise mit einem anderen Instrument spielen können; sodann 2. auch wenn kein anderes Instrument aufzutreiben war, wäre es ungerecht, wenn man den ganzen Erfolg auf die eine Ursache oder vielmehr Bedingung zurückführte und die Hauptbedingung, oder vielmehr die Ursache der Geldeinnahme, die Virtuosität und Geschicklichkeit unbeachtet liesse; es wäre in solchem Falle nur gerecht, auf die eine Bedingung des Erfolges einen entsprechenden Theil des Verdienstes zu legen, das übrige aber als Aequivalirung der persönlichen Elemente zu betrachten, welche dem Künstler eigen sind.

Und so wird man bei widerrechtlicher Ausübung einer Erfindung sagen müssen: der Patentberechtigte hat allerdings einen Anspruch auf einen Theil des Erwerbes, den der Patentverletzer aus der betreffenden Industrie zog, allein er hat nicht den vollen Erwerb zu beanspruchen; man muss dabei insbesondere in Rechnung stellen, was der Verletzer mehr eingenommen hat, als wenn er ein anderes ihm zu Gebote stehendes Verfahren angewandt hätte\*\*) — ein anderes ihm zu Gebote stehendes Ver-

\*) Ueber diese beiden Arten der Bereicherungsrechnung vgl. Arch. f. civ. Praxis Bd. 85 S. 457 f.

\*\*) a profit attributable directly to the employment of the invention, — so die amerikanische Entsch. Herring v. Gage bei Myer § 134; the profits which have been derived to the defendants by using the patented machine over any other mode defendants had a right to adopt; so Serrell v. Collin: not for the entire profits . . . but only for what he has made by using the patented process over and above what he would have made by the use of other processes

fahren: denn was ihm unzugänglich war, kann er nicht als eine ihm zustehende Möglichkeit mit in Vergleich ziehen; z. B. es hat Jemand ein Verfahren der Conservirung von Nahrungsmitteln benutzt: hätte er mit einem anderen gemeinfreien Verfahren den Conservirungseffekt erzielen können, so kommt nur der Ueberschuss in Betracht, den das unerlaubte Verfahren gegenüber dem erlaubten bietet; das gleiche gilt, wenn ein zweites patentirtes Verfahren (also z. B. ein Verfahren b) diesen Erfolg erzielt hätte und es dem Verletzer möglich gewesen wäre, für dieses zweite Verfahren eine Lizenz zu erlangen: hier ist als Bereicherung nur das anzurechnen, was die verletzte Erfindung mehr bietet, als diese Erfindung b, aber mit Zurechnung der Lizenzgebühr, welche für die Erfindung b hätte bezahlt werden müssen.\*) Als Vergleichungspunkt dient also ein anderes zu Gebote stehendes Verfahren; es gilt als Vergleichungspunkt, auch wenn es dem Patentverletzer erst später zu Gebote steht, es gilt dann von diesem Momente an; es gilt als Vergleichungspunkt, auch wenn es dem Verletzer kraft eigener Erfindung zu Gebote steht.\*\*)

Aber auch wenn das verletzte Verfahren das einzig mögliche Verfahren war, wenn man also gar nicht ein anderes ausserdem mögliches Verfahren in Vergleich ziehen kann, so muss man in Betracht ziehen, dass der Erfolg nur zu erzielen war durch unerlaubte Patentbenutzung mitsammt einem weiteren technischen Verfahren, das der Beklagte vielleicht erfunden oder von Anderen erworben hat und das noch nicht Gemeingut geworden ist; die Richtigkeit dieser Betrachtungsweise ergibt sich daraus, dass ja möglicherweise Jemand zwei, drei, vier fremde Erfindungen an sich gerissen hat, wobei dann ein jeder der Geschädigten die Be-

---

open to the public, so *Mowry v. Whitney*: beide Entscheidungen bei *Myer* § 1556, 1557. Vgl. ferner die von mir in *Busch Arch.* Bd. 48 S. 356 Note 9 angeführten Entscheidungen, sowie das S. 356 angeführte Urtheil der *Supreme Court of Canada*; ferner *Circ. Court Eastern Distr. of Pennsylv.* 6. Nov. 1885 *Busch Arch.* 47 S. 207.

\*) Z. B.: Mit der Erfindung a (der verletzten Erfindung) lässt sich der Erfolg durch den Aufwand von 1000 erreichen; mit der Erfindung b (der nächst besten Erfindung) ist ein Aufwand von 1500 nöthig; ist diese Erfindung b nicht patentirt, so beträgt der Vortheil der ersten Erfindung 500; ist auch die zweite Erfindung patentirt und müsste für den Gebrauch der zweiten Erfindung eine Lizenz von 150 bezahlt werden, so wäre der Vortheil der ersten Erfindung  $500 + 150$ ; denn in der That wäre der Aufwand der zweiten Erfindung nicht 1500, sondern 1650. Vgl. auch *Walker* § 726; *Myer* 5073; *Croswell* p. 78.

\*\*) Z. B. Jemand benutzt eine fremde Erfindung a, welche für 1000 M. ein bestimmtes Ergebniss erzielt; bisher konnte man solches (abgesehen von der Erfindung a) nur für 2000 M. erzielen. Nach einem halben Jahre macht der Beklagte eine Erfindung, kraft der er das Resultat für 1500, in einem weiteren halben Jahre eine andere, kraft welcher er es für 1250 M. erzielen könnte. Der Gewinn war zuerst 1000, ist dann 500, dann 250. Vgl. *Walker* § 733.

reicherung beansprucht: hier muss berechnet werden, wie viel von der Gesamteinnahme auf die eine oder andere Erfindung anzusetzen ist. \*) So wenn Jemand etwa das Conservirungsverfahren des A angewendet, sodann die conservirten Stoffe dem Verfahren des B unterworfen und dadurch werthvoller gemacht hätte. \*\*) Und ebenso könnte eine hervorragende technische Geschicklichkeit, auch wenn sie nicht zur Erfindung aufstiege, als Element der Berechnung mit angesetzt werde; ebenso auch die Möglichkeit der Verwendung von Stoffmaterial, das nicht Jedem zu Gebote steht, sondern dem widerrechtlichen Besitzer kraft besonderer individueller Verhältnisse zugänglich war; denn auch hier können wir uns den Fall denken, dass der widerrechtliche Besitzer etwa auch dieses Stoffmaterial widerrechtlich genommen hätte und der Eigner dieses Materials die entsprechende Bereicherung begehren dürfte.

Anders wenn der widerrechtliche Besitzer nur solche Thätigkeiten mit benutzt hätte, welche allgemein bekannt und geübt wurden, oder solches Arbeitskapital, das gegen entsprechendes Aequivalent von der einen oder anderen Seite zu haben gewesen wäre; hier gilt folgendes: Selbstverständlich ist der Nettogewinn in Rechnung zu ziehen; es geht also am Bruttogewinn ab, was der Verletzer für den Werth des Materials, sodann was er für Arbeiter, was er für Lagerung, was er für Verwendung von Arbeitsmitteln, was er für die Verbreitung und das Verbringen an die Oeffentlichkeit zu zahlen hatte; und dem steht natürlich gleich, was billigerweise aufzurechnen ist, wenn er die eigenen Lagerräume oder Arbeitsmittel benutzt hat. Fraglich ist nur, ob er selbst für seine Thätigkeit ein Honorar in Abzug bringen kann. Dies ist zu verneinen; er kann den Preis individueller Geschicklichkeit in Anrechnung bringen, denn dies ist ein besonderer Faktor des Erfolgs; allein ein Honorar für seine normale Thätigkeit kann er nicht in Ansatz bringen, denn das rechtswidrige Verhalten ver-

\*) Dieser Ansatz ist natürlich dann erleichtert, wenn der Verletzer zugleich Produkte, welche bloss die eine Erfindung enthalten, und zugleich solche, welche die mehreren Erfindungen in sich tragen, veräußert hat: hier geben die ersteren Veräußerungen den Massstab dessen, was in den verwickelteren Fällen abzuziehen ist. Hat er Dritten für ihre Patente Lizenzen bezahlt, so kommt dies in Abrechnung, soweit es den Umständen entspricht. Vgl. über diese Punkte Walker § 720, 721.

\*\*) Z. B. die Conservirung des Stoffes, die nur auf dem patentirten Wege a möglich war, bietet, in Verbindung mit dem Verfahren des B, einen Vortheil von 1000; für das Verfahren des B ist eine den Umständen angemessene Lizenz von 250 zu zahlen; jetzt kommt auf Rechnung der Erfindung a der Betrag von 750. Hätte der Beklagte das Verfahren B selbst erfunden, so müsste in Betracht gezogen werden, wie viel von dem Werth 1000 auf dieses Verfahren und die dadurch erzielte Verbesserung aufzurechnen ist.

dient kein Honorar.\*) Wer z. B. fremde Räumlichkeiten occupirt und sie für die Beobachtung eines Festzuges vermietet, der kann sich nicht etwa eine Kommission in Abzug bringen für die Mühe- waltung, die er brauchte, um entsprechende Zuschauer zusammen zu bringen.

Er kann also kein Honorar für sich in Anspruch nehmen; wohl aber steht ihm bisweilen folgender Einwand zu Gebote: Allerdings hat mir die Erfindung einen Vortheil gebracht über das, was ich hätte, wenn ich dieselbe Produktion ohne die Erfindung betrieben hätte; allein hierzu bemerke ich, dass ich ohne diese Erfindung die betreffende Produktion gar nicht betrieben, sondern mich anderen Industriezweigen zu- gewendet hätte. Dieser Einwand ist nicht ohne weiteres zurückzuweisen; er ist insbesondere dann bedeutsam, wenn es sich nicht um ein blosses Verfahren-, sondern um ein Stoffpatent handelt: hier hätte ja der Beklagte ohne die Erfindung die betreffende Sache gar nicht herstellen können, sondern andere, vielleicht analoge Dinge geschaffen, und es kann ihm daher nur das in Rechnung gestellt werden, was er durch Produktion der verbotenen Sachen mehr erwarb als durch erlaubte Produktionsweisen.\*\*)

Dies ist eine Betrachtungsweise, die noch in folgendem Falle bedeutsam wird.

Als Bereicherung ist stets auch die Ersparniss zu be- trachten, so dass eine Bereicherung vorliegen kann, auch wenn Jemand, der eine Erfindung an sich reisst, bei dem ganzen Ge- schäfte keinen Gewinn, sondern Verlust gehabt hat, sofern sich nur in Folge der widerrechtlichen Besitznahme der Verlust vermindert hat und geringer gewesen ist, als sonst: wenn Jemand statt eines Verlustes von 100000 nur einen Verlust von 20000 macht, so repräsentirt der Betrag von 80000 für ihn einen entsprechenden Gewinn.\*\*\*) Hierbei muss aber natürlich der Vorbehalt gemacht werden, dass vielleicht der widerrechtliche Besitzer ohne die entwen- dete Erfindung diesen ganzen Industriezweig gar nicht gewählt hätte. Ist lediglich die Erfindung der Anlass gewesen, sich einem bestimmten Industriezweig zu widmen, der ihm keinen Reingewinn, sondern Verlust gebracht hat, so liegt kein Gewinn vor, auch wenn bei einer anderen Produktionsweise in diesem Zweig der Verlust noch grösser gewesen wäre. Wer also nur mit Rücksicht auf die Erfindung eine Produktion begann, bei der er statt Gewinns 20000 M. Ver-

\*) Ueber diese Frage vgl. Walker § 718, Myer § 1564.

\*\*) Vgl. Myer § 1680.

\*\*\*) Recht des Markenschutzes S. 362, Arch. f. civ. Praxis ib. 85 S. 459. Vgl. auch Walker § 728: affirmative gain or saving from loss; Myer § 1632; Lawson p. 122: cause of saving; so Supreme Court Okt. 1876 Off. Gaz. XII p. 709; auch Circ. Court South. Distr. New York 1. Mai 1880 Off. Gaz. XVIII p. 1111.

lust machte, dem ist keine Bereicherung zuzurechnen, auch wenn er ohne diese Erfindung mindestens 100 000 M. Verlust gehabt hätte: denn ohne die Erfindung hätte er sich gar nicht in das den Verlust bringende Unternehmen gestürzt\*)

Von prozessualer Seite ist noch hervorzuheben: der Kläger hat genug gethan, wenn er die Allgemeinbereicherung darthut und die üblichen Abzüge macht, welche sich aus der normalen, gewöhnlichen Erwägung der Sachlage ergeben; die Geltendmachung der individuellen Momente, welche der Beklagte als ausserdem für die Bereicherung massgebend in Rechnung setzen kann, die Geltendmachung, dass bestimmte sonstige Faktoren der Werthberechnung, sonstige Bereicherungsursachen und -bedingungen mitgewirkt haben, kann man getrost dem Beklagten überlassen, der nicht nur diese Verhältnisse viel besser kennt, sondern auch den Kläger durch die unerlaubte Handlung in die Zwangslage des Beweises gesetzt hat, mithin bei Beurtheilung der Beweislast eher ungünstig als günstig behandelt werden muss, so dass der Zweifel zu seinem Nachtheil ausschlägt.\*\*)

So genügt es, wenn der Kläger als Vergleichspunkt zur Festsetzung dessen, mit welchem Erfolg in einem anderen Verfahren hätte producirt werden können, das gewöhnlich übliche und bekannte Verfahren wählt; er kann es getrost dem Beklagten überlassen, darzuthun, dass ihm speciell auch ohne Patentverletzung, z. B. kraft Licenzerwerbs, ein anderes Verfahren zu Gebote gestanden hätte, so dass dieses als Vergleichspunkt gewählt werden kann und sich hiernach der Betrag der Bereicherung entsprechend vermindert.\*\*\*)

Soweit die effektive Bereicherung b).

Ob diese Bereicherung zu b) oder die Lizenzbereicherung a) anzusetzen ist, richtet sich nach den nämlichen Grundsätzen wie oben.

Ist also die Lizenzbereicherung zum Vortheil des Klägers, so hat dieser ohne weiteres das Recht darauf: er kann ohne weiteres zwischen a und b wählen. Ist dagegen die Lizenzbereicherung geringer, dann wäre die Berufung darauf ein Einwand des Beklagten, um die Entschädigung herunterzudrücken. Eine solche Berufung wäre, wie oben, nur dann statthaft, wenn der Beklagte darthun könnte, dass der Kläger unter den obwaltenden Um-

\*) Walker § 730.

\*\*) Dies ist ein von mir mehrfach hervorgehobener Punkt, z. B. Aus dem Patent- und Industrierecht III S. 14. In diesem Punkt zeigt sich insbesondere die Ueberlegenheit der französischen und englischen Prozessführung im Schadenprozess gegenüber der unsrigen — oder vielmehr gegenüber der unsrigen, wie sie vor 20 Jahren war, als ich zuerst über diese Materie schrieb: denn in diesen 20 Jahren hat sich bei uns vieles gebessert.

\*\*\*) Vgl. auch Walker § 734.

ständen sicher Lizenz ertheilt hätte, insbesondere, wenn er ohne weitere Auswahl Lizenzen zu ertheilen pflegte, oder wenn keine Verhältnisse vorlagen, welche ihn im einzelnen Falle davon zurückgehalten hätten.

§ 225.

Das Verhältniss zwischen Bereicherungshaftung und Entschädigungshaftung (dieses im engeren Sinn) bedarf nach dem Obigen keiner weiteren Darstellung: der Verletzer haftet

- a) für die Bereicherung,
- b) für den dem Kläger zukommenden Schaden, der die Bereicherung übersteigt.

Die Bereicherung ist das Minimum dessen, was er zu leisten hat, sie schliesst aber ein Mehr der Entschädigung nicht aus: denn häufig ist der Berechtigte mehr geschädigt, als der Verletzer bereichert ist;\*) man denke sich den Fall, dass der Patentverletzer unter dem Preise verkauft und dadurch den Berechtigten um viel mehr als die Bereicherung heruntergedrückt hat;\*\*\*) man denke sich die Folge, dass das Gebahren des Verletzers vielleicht eine ständige Preisherabsetzung herbeiführt.\*\*\*)

Dieses Verhältniss habe ich auch stets zur Geltung gebracht, und doch bin ich dahin missverstanden worden, als ob ich nur die Bereicherung ersetzt haben wolle, als ob zwischen Bereicherung und Entschädigung eine Kluft gähne und das eine oder das andere gewählt werden müsse.†)

Eines aber ist noch hervorzuheben:

Was die Entschädigung betrifft, so kann vom Ersatz des Vermögensschadens und vom Ersatz des „seelischen“ Schadens die Rede sein: Schmerzensgeld für seelischen Schaden; das letztere beruht nicht unmittelbar darauf, dass das Vermögen verletzt ist, sondern darauf, dass mit dem Vermögen die Persönlichkeit angegriffen wird; sein Ersatz ist ein offenes Erforderniss der Gerechtigkeit. Gleichwohl ist er im deutschen Recht nur in höchst untergeordnetem Maasse gewährt. Bei Vergehungen gegen das Vermögen ist er durch das B.G.B. fast durchaus abgesprochen in § 253, in höherem Maasse ist er nur gewährt bei Vergehungen, welche direkt gegen die Persönlichkeit gerichtet sind, § 847. Bei Vermögenseingriffen ist er nur eingeräumt in der unvollkommenen Form der Busse, also im Strafprozess, und auch hier

\*) Vgl. auch Appellhof Lüttich vom 5. November 1896 Pasier. B. 97 II p. 111.

\*\*) Vgl. Circ. Court. Massach. 9. October 1878 Off. Gaz. XV p. 965.

\*\*\*) Vgl. auch Circ. Court. South. Distr. of New York 29. October 1879 Off. Gaz. XVII p. 105.

†) So verfehlt Reinecke, Gewerbbl. Rechtsschutz Bd. II S. 193.

nur mit einer Beschränkung (auf 10 000 M.), welche für einigermaßen bedeutende Fälle die Abhülfe geradezu scheinhaft macht (§ 37 P.G.). Man könnte meinen, unser Volksvermögen und unsere Industrie sei noch so geringfügig, dass eine Entschädigung von 10 000 M. schon etwas ganz gewaltiges und imponirendes bedeutete! Jeder Kundige weiss, dass wir längst über diese Zustände hinausgewachsen sind, wo 10 000 M. ein Vermögen repräsentiren. In allen diesen Beziehungen wird unser Gesetz durch das Oesterreichische Patentgesetz (§§ 103, 108) weit übertroffen.\*)

Zwischen beiden Arten von Entschädigungen, der Entschädigung für Vermögensschaden und dem Schmerzensgeld ist übrigens noch folgender Unterschied; die erstere Art von Entschädigung ist beliebig übertragbar; dagegen ist das Schmerzensgeld, der Ersatz für seelischen Schaden, wo er gilt, für unübertragbar, ja für unvererblich erklärt (abgesehen von zwei Ausnahmefällen), §§ 847, 1300 B.G.B. Der Grund liegt darin, dass das Schmerzensgeld die Zweckbestimmung hat, den seelischen Schaden auszugleichen, welche Zweckbestimmung durch Uebergang auf einen anderen Gläubiger vereitelt würde: wenn man das Vermögen übertragen kann, so muss man auch die den Vermögensverlust ausgleichende Entschädigung übertragen können; ebensowenig aber als man die Persönlichkeitsrechte übertragen kann, ebensowenig das zur Ausgleichung der gekränkten Person und ihrer Rechte zu leistende Entschädigungsgeld. So auch die Busse.\*\*)

### § 226.

Die Entschädigungspflicht unterliegt einer 3jährigen Verjährung; die Verjährung beginnt mit der schadenbringenden Handlung; jede Handlung hat ihre besondere Verjährung, P.G. § 39.\*\*\*)

\*) Der Entwurf des Oesterreichischen Gesetzes in § 96 bestimmte, ähnlich wie das deutsche Gesetz, eine neben der Strafe zu erkennende Busse, die allerdings bis auf 20 000 Kronen veranschlagt war. Hiergegen hatte ich mich in meinem Gutachten gewendet und vorgeschlagen, eine sowohl im Civil- als im Strafverfahren zu erkennende Busse in das Gesetz aufzunehmen mit der Erklärung, dass die Busse „eine nach freiem richterlichen Ermessen festzusetzende Entschädigung“ sei, „bei welcher das Gericht nicht nur den Vermögensschaden, sondern auch die dem Verletzten zugefügte Unbill in Rücksicht nehmen kann“. Aehnlich ist dies nun in §§ 103, 108 des Gesetzes aufgenommen worden: „es soll überdies nach freiem, durch die Würdigung aller Umstände geleiteten Ermessen des Gerichtes dem Verletzten für erlittene Kränkungen oder anderweitige persönliche Nachtheile eine angemessene Geldsumme zugesprochen werden.“ Die Beschränkung auf eine Summenhöhe wurde gleichfalls, meinem Gutachten entsprechend, aufgegeben.

\*\*) So St.P.O. § 444.

\*\*\*) Das Recht der Vereinigten Staaten, Rev. Stat. § 4921 (in der Fassung des Gesetzes vom 3. März 1897) bestimmt eine 6jährige Verjährung der Entschädigungspflicht. Die amerikanische Gesetzgebung hat in diesem Punkte mehrfach gewechselt, vgl. Walker §§ 471 f., § 622. Ausserdem gilt für

Für Unterbrechung und Ruhe der Verjährung gelten die Grundsätze des B.G.B. Daher muss Folgendes angenommen werden: Wenn bei strafrechtlicher Verfolgung der Verletzte als Nebenkläger beitrifft und Busse begehrt, so steht das Begehren der Busse einer auf Entschädigung gerichteten Klage gleich.\*) Verliert die Anschlussklärung durch Widerruf oder Tod ihre Wirkung, so gilt die Unterbrechung als nicht erfolgt (arg. § 212 B.G.B.); die Unterbrechung dauert bis zur Erledigung des Strafverfahrens (arg. § 211 B.G.B.).

Allerdings könnte man entgegenhalten:

a) die Busse beruhe nicht auf einem dem Strafurtheil vorhergehenden Entschädigungsanspruch, sondern auf einem erst durch das Strafurtheil erwachsenden Recht des Verletzten.\*\*\*) Aber eben dieses Recht will ein genügendes und ein übergemügendes Aequivalent für den civilistischen Entschädigungsanspruch sein, wesshalb ja auch dieses Aequivalent den ursprünglichen Entschädigungsanspruch verdrängt;

man könnte ferner entgegenhalten:

b) das Begehren der Busse führe nicht immer zu einer Zuerkennung, auch wenn der Fall der Entschädigungspflicht vorhanden ist. Das ist richtig, hindert aber ebensowenig die Unterbrechung der Verjährung, als der Umstand, dass der durch Klage erreichte Prozess wieder beruhen kann;

c) man könnte endlich entgegenhalten, dass nicht jede auf die Verwirklichung des Anspruchs gerichtete Thätigkeit die Verjährung unterbreche;\*\*\*) allein hier handelt es sich nicht um eine beliebigen, zur Verwirklichung vorgenommene Rechtshandlung sondern um eine gerichtliche, auf gerichtliche Zwangserfüllung angelegte Rechtshandlung; um eine, ebenso wie die Klage, auf vollstreckbares Urtheil hinielende Rechtshandlung. Solche Rechtshandlungen aber unterbrechen die Verjährung, und dass der Antrag auf Busse im § 209 B.G.B. nicht besonders aufgeführt ist, beruht auf seiner Sondernatur. Muss denn Alles im Gesetze stehen? Ist die Analogiebildung nicht mehr zulässig?

man hat:

d) entgegengehalten, dass ein bestimmter Zeitpunkt fehle, in

---

Equityansprüche das freie richterliche Recht, Verspätetes zurückzuweisen, Walker § 596. Auch andere Gesetze haben eine besondere Verjährung, so Schweiz a. 26: 2 Jahre; so Guatemala (1897) a. 27: 3 Jahre bezw. 1 Jahr von der Kenntniss an; Norwegen (1885) a. 32: 2 Jahre von Begehung und 1 Jahr von der Kenntniss; Dänemark a. 26: 3 Jahre vor Begehung und 1 Jahr von der Kenntniss; Ungarn § 58: 10 Jahre, 3 Jahre von der Kenntniss an.

\*) Unrichtig R.G. vom 8. Mai 1886 Entsch. XVI S. 6. Hiergegen: Aus dem Patent- und Industrierecht Bd. I S. 72, 76.

\*\*\*) Vgl. unten S. 579.

\*\*\*\*) Vgl. Seligsohn S. 263.

welchem die Unterbrechung anzunehmen sei.\*) Allein dies ist unzutreffend: der Zeitpunkt ist fest bestimmt: der Zeitpunkt ist allerdings nicht der Augenblick des Eintritts als Nebenkläger, denn darin liegt ja noch kein Begehren auf Busse: der Eintritt als Nebenkläger ist nur die Voraussetzung für die Stellung des Bussbegehrens; maassgebend ist vielmehr der Augenblick des Bussbegehrens: dieses kann, ausserhalb der Hauptverhandlung schriftlich (durch Einreichung eines Schriftsatzes bei Gericht), in der Hauptverhandlung mündlich gestellt werden;\*\* in beiden Fällen ist der Zeitpunkt ebenso fest bezeichnet, wie bei der schriftlich oder (als Widerklage) mündlich erhobenen Civilklage.

### C. Busse.

#### § 227.

Die Busse des Patentgesetzes wird hier einer weiteren Erörterung nicht mehr bedürfen, nachdem ich das Institut mehrfach behandelt habe und meine Ausführungen im Grossen und Ganzen das Gemeingut der Wissenschaft geworden sind.

Die Busse (§ 37 P.G.) ist also eine Entschädigung, bei welcher aber nicht nur der Vermögensschaden, sondern auch die persönliche Unbill berücksichtigt und zu Geld gemacht werden kann und soll; also eine Entschädigung, die gegen die Regel des § 253 B.G.B. über den Vermögensschaden hinausreicht und daher mit den Fällen der §§ 847, 1300 B.G.B. in Analogie steht.

Nur gilt das Eigenartige, dass diese erhöhte Entschädigung nicht im Civil-, sondern nur im Strafprozess verlangt und nur durch den Strafrichter in der Form des Strafurtheils verfügt werden kann.

Dadurch entsteht folgendes Missverhältniss:

1. findet keine Strafverfolgung statt, so kann auch keine Busse begehrt werden;

2. auch wenn eine Strafverfolgung stattfindet, so ist es immerhin keine Pflicht des Strafrichters auf Busse zu erkennen: er kann eine Entscheidung darüber, als im Strafprozess nicht genügend geklärt, ablehnen, so dass der Berechtigte sich in das Civilverfahren flüchten muss, wo er aber nur die einfache Entschädigung, nicht auch diese Erweiterung begehren kann.

Nun möchte man immerhin erwidern, dass, wenn ein An-

---

\*) Seligsohn S. 263 f.

\*\*) Ist es schriftlich gestellt, so wird es berücksichtigt, auch wenn der Nebenkläger in der Hauptverhandlung nicht erscheint, R.G. vom 5. Januar 1883 Entsch. Strafs. VII S. 376, 29. November 1883 ib. IX S. 223.

spruch besteht, er doch auch, ohne gesetzliche Bestimmung, im Civilprozess geltend gemacht werden dürfe; man möchte daraus folgern, dass die Busse auch im Civilprozess begehrt werden könne. Aber eben jene Voraussetzung ist zu bestreiten: nach unserer gesetzlichen Regelung der Sache besteht ein derartiger gesteigerter Entschädigungsanspruch nicht, sondern erst eine zweifelhafte Anwartschaft: der Anspruch selbst wird erst durch das Strafurtheil geschaffen

Eben darin besteht aber die Sonderlichkeit, dass die Gesetzgebung einen Anspruch, den sie für gerecht erachtet, nicht schlankweg gewährt, sondern ihn an zufällige Umstände knüpft, die in keiner Weise mit den Erfordernissen der Gerechtigkeit zusammenstimmen.

Zufälligkeiten ohne innerliche Begründung entscheiden also darüber, ob der Berechtigte etwa 5000 oder nur 500 erlangen kann, Zufälligkeiten processualer Natur, welche in den materiellen Verhältnissen keinen Boden haben. Der einfache Weg, im B.G.B. einen Artikel aufzunehmen, welcher gestattet, die Busse auch im Civilverfahren einzuklagen, ist nicht betreten worden.

Dagegen hat das Oesterreich. Gesetz, auf meinen Vorschlag hin, die Sache richtig dahin gewendet, dass die Busse als eine, durch die blosse That erwachsende, gesteigerte Entschädigung auch auf dem Wege des Civilprocesses eingeklagt werden kann, §§ 103, 108 Oesterreich. Patentgesetz.

### § 228.

Busse und Entschädigung stehen nicht in einem Wahlverhältniss, sondern im Verhältniss des Mehr und Weniger; die Busse ist mehr als Entschädigung: sie fasst die Entschädigung in sich.

Sie fasst sie aber in sich, nicht als Verwirklichung des Civilanspruchs, sondern als etwas neues, als etwas gleichwerthiges.

Daraus geht hervor:

1. die Zuerkennung der Busse hat aufzehrende Wirkung, sie schliesst den Entschädigungsanspruch aus;
2. die Abweisung der Busse ist keine Abweisung des Entschädigungsanspruchs, sie enthält nur die Erklärung, dass ein Aequivalent der Entschädigung nicht festgesetzt werde, was verschiedene Gründe haben kann;
3. die Zuerkennung der Entschädigung schliesst nicht die Busse aus, sofern nur bei der Bussfestsetzung auf diese Entschädigung Rücksicht genommen und diese abgezogen wird;
4. die rechtskräftige Abweisung der Entschädigung schliesst ebenso die Busse nicht aus, da ja diese Abweisung sich auf den

Vermögensschaden beschränkt, so dass immer noch die Möglichkeit einer seelischen Entschädigung übrig bleibt;

5. das civilistische Erlöschen des Entschädigungsanspruchs, insbesondere die Zahlung oder Verjährung lässt ebenso die Möglichkeit einer sich auf das Mehr beziehenden Busse unangetastet. \*)

Die Busse gewährt eine ausgiebige Entschädigung, sie ist nicht Strafe; daher gelten:

a) die Grundsätze der Idealkonkurrenz nicht; trotz der Idealkonkurrenz mit einem anderen Vergehen, kann, sofern nur zugleich die Patentverletzung als solche festgesetzt wird, auf Busse erkannt werden; es kann auf Busse erkannt werden, da auf Strafe erkannt worden ist, auf Strafe wegen Patentverletzung; denn die Einheitsstrafe bei Idealkonkurrenz enthält die Einzelstrafen in sich, sie saugt sie auf;

b) es gelten auch die Regeln der Realkonkurrenz nicht: so viele Patente, so viele Bussen; so viele Verletzungen eines Patentes, so viele Bussen. Von einer Gesamtbusse in Analogie der Gesamtstrafe ist keine Rede; \*\*)

c) in höherer Instanz kann auf Busse erkannt werden, auch wenn nur der Angeklagte das Rechtsmittel eingelegt hat, denn das Busserkenntniss ist zwar ein Theil der Straferkenntniss, allein es spricht keine Strafe aus: von einer „reformatio in pejus“ ist daher keine Rede; \*\*\*)

d) während das Gericht in Bezug auf die Strafe nicht an den Antrag des Staatsanwalts (oder des Privatklägers) gebunden ist, so kann das Gericht nicht über den Betrag der begehrten Busse hinausgehen, § 445 St.P.O.;

e) die Mehreren zur Busse Verurtheilten, also Thäter, Mitthäter, Gehülfe, Anstifter haften, sofern es sich um die wegen derselben That erkannte Busse handelt, als Gesamtschuldner, § 37 P.G.; allerdings nur, wenn die Busse wegen derselben That erkannt ist: es gelten dieselben Grundsätze, wie für die Entschädigung überhaupt. Dagegen liegt eine Gesamtschuldnerschaft nicht schon deshalb vor, weil die verschiedenen einzelnen Zuwiderhandlungen der mehreren Personen sich auf ein und dasselbe Patent beziehen. Natürlich steht es im Belieben des Verletzten, das Begehren der Busse auf den einen Mitthäter zu beschränken, in welehem Fall nur in Bezug auf ihn eine Busse ausgesprochen werden darf und die übrigen insofern wegfallen. †)

\*) Vgl. R.G. vom 29. November 1883 Entsch. Strafs. IX S. 223.

\*\*) Vgl. Patentrecht S. 660.

\*\*\*) R.G. 25. April 1887, Entsch. in Strafs. XV S. 439.

†) Vgl. Olshausen, Kommentar zum St.G.B. zu § 188 Nr. 5.

Sechster Abschnitt.

**Erwerbstitel.**

A. Obligationsrechtliche Geschäfte.

**I. Kauf.**

§ 229.

Der Kauf eines Patentes steht unter den Regeln des guten Glaubens; noch mehr, er verpflichtet die Parteien zu aller verkehrüblichen Sorgfalt (§ 276 B.G.B.). Zu dieser Sorgfalt gehört insbesondere die genaue Erklärung der Erfindung und der Hinweis auf die mit ihrer Ausübung etwa verbundenen Gefahren, sowohl was die thatsächliche Gefahr betrifft, als auch die rechtliche Gefahr, insbesondere sofern das Patent von einem anderen abhängig ist.

Zu dieser Sorgfalt gehört auch insbesondere, dass, wenn die Patentsteuer rückständig ist und der Verkauf nach Verfall stattfindet, so dass nur noch die 6 + 6 Wochen als Gnadenfrist laufen, der Käufer darauf aufmerksam gemacht wird; der Käufer kann sich im Allgemeinen darauf verlassen, dass die verfallene Steuer bei Verfall gezahlt ist.\*)

Der Verkäufer hat die verkehrsmässige Sorgfalt, er hat aber natürlich besonders guten Glauben zu leisten; es wäre ein Verstoß gegen den guten Glauben, wenn er eine Erfindung als unberührte Erfindung verkaufte, während er bereits eine unanfechtbare Erfindung im Rückhalt hat, welche diese veräusserte Erfindung über Bord wirft; dies verstößt namentlich dann gegen den guten Glauben, wenn der Verkäufer der Erfindung sich eine Lizenz vorbehält, mit dem Hintergedanken, dem Käufer den Kaufpreis abzunehmen, ihn aber durch eigene Erfindungsausübung mit Hilfe von verschwiegenen und nun erst zu Tage tretenden Verbesserungserfindungen im Schach zu halten. Er ist zwar nicht gehalten, ihm solche Erfindungen mitzutheilen, allein es ist seine Pflicht, bei Abschluss des Vertrags nicht hinter dem Berge zu halten und dem Käufer mitzutheilen, dass die verkaufte Erfindung nicht mehr unberührt und das Gebiet bereits durch andere Erfindungen besritten sei. Er hat ihm diese Mittheilung zu machen, wenn ihm selbst diese neuen Erfindungen zu Gebote stehen oder wenn er weiss, dass Dritten solche Erfindungen zukommen, welche auf die verkaufte Erfindung drücken werden.

Dagegen ist er nicht gehalten, Erklärung über unausgetragene, unfertige Erfindungen zu geben; weder über seine eigenen,

\*) O.L.G. Dresden, Patentbl. 1892 S. 675.

noch über fremde; bezüglich dieser muss alle Freiheit und alle Verschwiegenheit gewahrt bleiben, da erst die Zukunft zeigen kann, wie viel aus solchen unfertigen Dingen herauskommt.

Zum guten Glauben gehört insbesondere auch, dass der Verkäufer der Erfindung den Käufer in die konstruktiven Verbesserungen und Kunstgriffe einweiht, die ihm in Bezug hierauf zustehen und die, wenn sie auch keinen Erfindungscharakter haben, bei der Ausübung der Erfindung bedeutsam sind. Er hat in dieser Hinsicht eine thatsächliche Auskunftspflicht, ebenso wie er nach dem § 444 B.G.B. eine rechtliche Auskunftspflicht hat.\*)

§ 230.

Der Kauf eines absolut nichtigen Patentes ist der Kauf einer „res in communi commercio“, also der Kauf eines Erfindergutes, dessen Alleinrecht der Verkäufer nicht in der Lage ist, auf den Käufer zu übertragen, folglich ein Kauf mit einer unmöglichen Leistung des Verkäufers, für welche Unmöglichkeit derselbe als eine Unmöglichkeit des Rechts völlig einzustehen hat; denn den Mangel im Recht hat derjenige, der das Recht verspricht, zu vertreten, § 437. Der Käufer hat daher die Befugnis, Entschädigung zu begehren; er hat auch das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, §§ 280, 325, 433, 434, 437, 440 B.G.B.\*\*)

Und dies gilt trotz der Möglichkeit der Heilung, denn immerhin ist das gegenwärtige Recht nicht vorhanden und die Heilung zweifelhaft.

Ein anderes wäre nur gegeben, wenn der Käufer den Vertrag unter Kenntniss der Sachlage abgeschlossen hätte; in diesem Falle bliebe der Kauf bestehen als *emptio spei*, oder vielmehr als Kauf einer gegenwärtigen Rechtslage, die sich später zum Rechte gestalten kann. Auch wenn die Heilung nicht möglich ist, kann der Kauf nichtsdestoweniger Vortheile bieten; so insbesondere die Möglichkeit, den Markt zu beeinflussen, das Recht, die Waare als patentirt zu bezeichnen, solange die Nichtigkeit des Patentes nicht erklärt ist u. s. w.\*\*\*)

Allerdings muss, was die Entschädigungspflicht betrifft,

\*) R.G. 7. Juli 1893 Bolze Bd. XVII 109.

\*\*) Patentrecht S. 172; R.G. 27. Mai 1899 Bl. f. Patentw. V S. 202; Appellh. Toulouse 2 Juli 1884 Propr. ind. III p. 7; Appellh. Paris 2. Februar 1861 Pataille 61 p. 78; Appellh. Rouen 14. December 1892 Pataille 93 p. 180, 187; Cass.-Hof 22. April 1861 Sirey 61 I p. 735, 28. März 1893 Sirey 94 I p. 231, und andere Entscheidungen in den Pand. franç. no. 4018; Appellhof Lüttich 12. Juli 1899 Propr. ind. XVI p. 150; Schweizer Bundesgericht 4. Juni 1897, Gewerbl. Rechtssch. III S. 116.

\*\*\*) Vgl. auch R.G. 18. Mai 1889 Patentbl. 1893 S. 391 — allerdings auf Grund französischen Rechts.

unter allen Umständen wohl beachtet werden, dass, wer ein Patent kauft, sich sagen muss, dass mit jedem Patent nicht nur ein thatsächliches, sondern auch ein rechtliches Wagniss verbunden ist. Dies hindert nicht, dass ihn der Verkäufer zu entschädigen hat, aber es bewirkt, dass der Schadensersatz nur mit Rücksicht auf die hierdurch geschaffene Lage abzumessen ist; dass insbesondere als entgehender Gewinn nicht alles angerechnet werden darf, was der Käufer im Falle eines unbestrittenen Patentbesitzes erlangt hätte; vielmehr kommt nur ein solcher Gewinn in Betracht, auf den ein vorsichtiger Mann bei Patenten baut, insbesondere bei Patenten, die sich noch nicht längere Zeit bewährt haben; vgl. § 252 B.G.B. („mit Wahrscheinlichkeit“)\*)

Strenger ist es mit der Haftung zu nehmen, wenn der Verkäufer in Arglist war, oder wenn er auch nur seiner Pflicht der vollständigen Offenlegung des Sachverhalts nicht gerecht wurde; denn gerade hier, wo so viele Umstände bei der Beurtheilung der Gültigkeit oder Nichtigkeit in Betracht kommen, ist die Pflicht voller Offenlegung genau zu erfüllen, § 444 B.G.B. Strenger ist es ferner dann zu nehmen, wenn der Veräußerer eine besondere Sicherheit übernimmt: eine solche ist nicht bedeutungslos, sie ist ein Umstand, auf den der Käufer in der Art bauen darf, dass er sonstige Bedenklichkeiten abstreift.\*\*)

Ist das Patent nur theilweise nichtig, so hat der Erwerber den Anspruch auf Minderung und Entschädigung; er hat das Recht des Rücktritts vom Vertrag nur dann, wenn der nichtige Theil so bedeutsam ist, dass das Uebrige für ihn kein Interesse hat, so insbesondere wenn Haupt- und Zusatzpatent übertragen wird und nur das eine oder andere vernichtet wird, §§ 433, 440, 325, 323, 280 B.G.B.

Aber auch wenn das Patent völlig nichtig ist, kann möglicher Weise nur ein Theilmangel vorliegen, wenn nämlich die Uebertragung des Patents nicht die einzige Vertragsleistung ist, wenn insbesondere der Erfinder ausserdem ein Gewerbegeheimniss enthüllt, oder wenn er dem Käufer konstruktive Maassnahmen, welche nicht Gegenstand des Patentbesitzes, aber für die Ausführung wohl bedeutsam sind und vielleicht dem Käufer einen bedeutenden Vorsprung geben, darlegt.\*\*\*) In diesem Falle enthält der Vertrag einen doppelten Inhalt, und wenn das Patent nichtig ist, so kann nichtsdestoweniger eine Vertragsleistung vor-

\*) Die Ausdrucksweise des B.G.B. gibt hier die Möglichkeit, den dehnbaren Verkehrsverhältnissen in vollem Maaße nachzukommen.

\*\*) In den amerikanischen Rechten scheint man den Veräußerer überhaupt nur bei bösem Glauben oder besonderem Sicherheitsversprechen haften zu lassen, so Entscheidungen bei Walker § 283.

\*\*\*) Vgl. oben S. 582.

liegen; ja möglicher Weise ist die Bedeutung des Geheimnisses so beträchtlich, dass es erst dem Ganzen eine wirthschaftliche Verwerthbarkeit gibt, so dass der Mangel der Leistung, nämlich was das nichtige Patent betrifft, kaum einen Abzug am Kaufpreis rechtfertigt.

Allerdings ist der Vertrag, wonach Jemand ein Geheimniss mittheilt, nur dann ein Kaufvertrag, wenn es mitgetheilt wird, damit der Erwerber ausschliesslich berechtigt sein soll; dies wird nicht immer der Fall sein: man wird häufig das Geheimniss anvertrauen, ohne sich selbst die Möglichkeit seiner Verwerthung abzuschneiden; dann liegt natürlich keine Uebertragung, sondern nur eine thatsächliche Förderung und damit das Resultat eines thatsächlichen Wirkens vor, welches sonst Gegenstand des Werkvertrags ist,\*) welche aber, als Beifügung des Kaufvertrags, einen Bestandtheil dieses bildet.

Bisher ist von der absoluten Nichtigkeit gehandelt worden; der Verkauf eines anfechtbaren Patentes hat andere Bedeutung; er ist, wie S. 399 ausgeführt, nicht der Verkauf eines nichtigen, sondern nur der Verkauf eines resolutiv bedingten Rechts; daher gilt hier nicht der Grundsatz der Totalentwährung, sondern der Grundsatz einer zeitlichen Theilentwährung, es gilt der Grundsatz, der sich aus §§ 280, 325, 323, 440 B.G.B. ergibt. Allerdings ist das Patent dem Anfechtungsberechtigten gegenüber von Anfang an unwirksam und er kann einer etwaigen Klage wegen bisheriger Patentverletzung eine Einrede (S. 398) entgegenhalten; allein dies hindert nicht, dass im grossen Ganzen nicht ein Nichtrecht, sondern ein Theilrecht gegeben ist und daher die Regeln der Theilentwährung gelten müssen.

In fremden Rechten kommt auch noch die Rechtslage zur Geltung, wo ein Patent verkauft wird, das später nicht gegenüber dem ganzen Publikum, sondern nur gegenüber einer bestimmten Person für nichtig erklärt wird; sofern man hier eine Nichtigerklärung, wenn sie auf Klage eines Privaten hin erfolgt, nur dem Kläger, nicht dem Publikum gegenüber gelten lassen will (S. 385). Diese Rechtslage ist bei uns nicht möglich und bedarf daher auch keiner Besprechung.\*\*)

### § 231.

Der Verkäufer des Patentes hat aber nicht nur das Vorhandensein des Erfinderrechts zu garantiren, sondern auch seine Unbeschränktheit, die Abwesenheit der Belastung. Eine solche Belastung kann darin liegen, dass

\*) Vgl. auch R.G. 7. April 1893 Patentbl. 1893 S. 343; auch O.L.G. Colmar vom 24. December 1897 Z. f. Elsass-Lothringen XXIII S. 207.

\*\*) Vgl. Appellh. Turin vom 27. October 1891 Rivista I p. 161.

- a) die Ausübung der Erfindung in bestimmten Kreisen Jemandem mit oder ohne Verlagspflicht ausschliesslich übertragen worden ist;
- b) dass die Ausübung der Erfindung in bestimmten Kreisen Jemandem ohne Ausschliesslichkeit gewährt, ihm also eine reine Lizenz erteilt worden ist;
- c) dass Vorbenutzungsrechte Dritter bestehen.

Von diesen Belastungen sind namentlich die zu a) erheblich, weil sie nicht nur Dritten die Möglichkeit einer Benutzung der Erfindung gewähren und auf solche Weise das Alleinrecht des Erwerbers schmälern, sondern ihm in bestimmten Kreisen selbst die Erfindungsausübung verwehren und ihm verwehren, in diesem Kreise Lizenzen zu erteilen. Aber auch die Rechte zu b) und c) können einen bedeutenden Einbruch in sein Recht darstellen, insbesondere weil auch das Recht des Vorbenutzers nicht auf den Stand seiner Erfindungsausübung zur Zeit der Anmeldung beschränkt ist (S. 482): nicht selten legt diesem erst die Patentertheilung die grosse Bedeutung seiner Vorbenutzung dar, so dass er nunmehr beginnt, sie mächtig zu steigern und zu erweitern.

Die Haftung des Verkäufers in diesen Fällen ist ähnlich der Haftung für Dienstbarkeitsentwährung; der Käufer kann Minderung des Kaufpreises begehren, er kann Schadensersatz begehren, er kann, wenn dieser Abbruch für ihn so belästigend ist, dass seine Zwecke wesentlich geschmälert sind, ganz zurücktreten und dabei auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, als wie wenn gar nicht erfüllt worden wäre; vgl. §§ 280, 325, 323, 434, 440 B.G.B.

### § 232.

Auch die Grundsätze über thatsächliche Mängel, über Wandel und Minderung kommen in Betracht. Allerdings spricht das B.G.B. in § 459 ff. nur von Sachkäufen und von der verkauften Sache, und die rechtsähnliche Anwendung nach § 493 ist nur eine Anwendung auf entgeltliche Veräusserungen oder Belastungen von Sachen; indess bei unkörperlichen Gütern, die, wie die Sachen, in die Produktion eingreifen, tauglich oder untauglich wirken können, muss die Jurisprudenz eine rechtsähnliche Anwendung vermitteln.

Es kommen also Mängel der Erfindungseingebung in Betracht, die die Tauglichkeit der Erfindung aufheben, sofern diese Mängel dem Käufer verborgen blieben, sie müssten ihm denn aus grober Fahrlässigkeit verborgen geblieben sein, in welchem Falle der Verkäufer nur haftet, wenn Arglist vorliegt oder wenn er eine besondere Zusicherung übernimmt (§§ 459, 460 B.G.B.). Diese Art der Haftung wird bei Erfindungen, die beschrieben und

erprobt werden, weniger vorkommen; um so häufiger der andere Fall, dass dem Käufer eine bestimmte Tauglichkeit der Sache versprochen ist und diese gebricht.\*) Hier kann der Käufer Wandel oder Minderung, er kann aber auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§§ 459, 462, 463 B.G.B.), und es gilt, da das Erfindungsgut bewegliches Vermögen ist, die 6monatliche, nicht die 1jährige Frist (§ 477 B.G.B.), die aber vertragsmässig verlängert werden kann.

Ausser dem Falle der besonderen Zusage kann eine Entschädigungspflicht im Falle der Arglist eintreten (§ 463 B.G.B.), und bei der Zusage hat die Arglist wenigstens die Bedeutung, dass die sechsmonatliche Frist ausfällt, §§ 477, 479 B.G.B.

## II. Gesellschaftsvertrag.

### § 233.

Die Erfindung kann in eine Gesellschaft eingebracht werden, und zwar nach ihrem ganzen Recht, wie nach dem Gebrauchsrecht; im ersten Falle entsteht Miteigenthum zu gesamter Hand, im anderen Falle entsteht das Gebrauchsrecht der übrigen Gesellschafter (S. 504); ist die Gesellschaft eine juristische Person, so wird sie im ersten Falle Eigenthümerin, im zweiten Falle Genussberechtigter.

Ob Eigenthum oder Genussrecht übergeht, richtet sich nach der Vereinbarung; im Zweifel geht nur das Genussrecht über, es müsste sein, dass die Erfindung geschätzt eingebracht wird, § 706 B.G.B.\*\*\*) — auch hier müssen die Sachgrundsätze in rechtsähnlicher Weise auf die Uebertragung von „Rechten“ ausgedehnt werden.

Die Gewährhaftung richtet sich hier nach Analogie des Kaufs, §§ 437, 445 B.G.B. Der Einbringende haftet für die Rechtsbeständigkeit des Patentbesitzes; ist es nicht rechtsbeständig, so kann der Gegner nicht nur Schadensersatz verlangen und die Gesellschaft kündigen, auch wenn sie auf bestimmte Zeit abgeschlossen ist (§ 723 B.G.B.), sondern er kann auch die Auflösung „ex tunc“ begehren (§§ 325, 437, 440, 445 B.G.B.);\*\*\*) voraus-

\*) Vgl. hierüber Appellhof Nîmes 21. December 1829 Sirey 30 II p. 13, französ. Cass.-Hof 21. Februar 1837 Sirey 37 I p. 186, 15. Juni 1841 Sirey 42 I p. 699; vgl. auch 22. August 1844 Sirey 44 I p. 831, und Cass.-Hof 15. Juni 1858 Sirey 59 I p. 208 — Pataille 60 p. 371; und andere Entscheidungen in den Pand. franç. no. 4050; neuerdings Appellhof Paris 18. August 1889 Pataille 91 p. 273; Schweizer Bundesgericht 4. Juni 1897 Entsch. XXIII S. 903.

\*\*) Ueber französ. Rechte vgl. Cass.-Hof 24. März 1864 Sirey 64 I p. 374, 19. Juni 1882 Sirey 83 I p. 17, Appellhof Paris 27. Mai 1856 Pataille 56 p. 182, Seimetrib. 10. Januar 1878 Pataille 78 p. 106.

\*\*\*) So auch das französische Recht, welches hier Nichtigkeit annimmt, was

gesetzt, dass die Erfindung das einzige Beibringen des Gesellschafters ist, oder dass auf diesen Bebringensgegenstand so grosser Werth gelegt wird, dass ohne ihn sich die Zwecke der Gesellschaft nicht erreichen lassen; abgesehen davon kann man, wenn die Erfindung nicht das einzige Beibringen ist, Schadensersatz begehren und kündigen.\*) Besteht die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen, so kann der Rücktritt „ex tunc“ nur von allen nichtsäumigen zusammen begehrt werden (§§ 356, 327 B.G.B.). Bei Bemessung des Schadensersatzes gilt, was vom Kauf gesagt ist. Auch für die Sachmängel gilt die Analogie des Kaufs, § 493 B.G.B.

Die Pflicht des geschäftsführenden Gesellschafters richtet sich nach den Regeln des bürgerlichen und Handelsrechts; insbesondere gelten für Rechnungslegung und Auskunftsertheilung die §§ 259, 666, 667, 713 B.G.B. und für die Verpflichtung, bei Gemeinschaftstheilung die Handelsbücher völlig offen zu legen, der § 47 H.G.B.\*\*)

### III. Verlagsvertrag.

#### § 234.

Der Verlagsvertrag\*\*\*) erzeugt beiderseits eine Reihe von Treupflichten, die aber, weil sie zugleich zur Beschränkung und Bestimmung des quasidinglichen Rechts dienen, in der Hauptsache bereits S. 505 ff. zur Darstellung gekommen sind. Zu bemerken ist noch Folgendes:

Der Verleger hat die Ausbeute der Erfindung auf seine Kosten zu bewirken; ob er die Patentsteuer auf sich zu nehmen hat, hängt von den Umständen ab; zu vermuthen ist es, wenn ihm der Verlag der Erfindung ohne örtliche und sachliche Beschränkung übertragen ist; nicht zu vermuthen ist es bei beschränktem Verlage.

Der Verleger hat die Pflicht der Ausführung der Erfindung und hat die Pflicht der Treue gegenüber dem Erfinder; dahin kann insbesondere gehören, dass er, wenn ihm neben der patentirten Erfindung Geheimnisse mitgetheilt sind, etwa konstruktive Ge-

---

nur eine der französischen Anschauung entsprechende andere Ausdrucksform ist; so Cass.-Hof 19. Juni 1866 Sirey 66 I p. 395, Appellhof Orléans 11. Juni 1884 Pataille 85 p. 144; vgl. auch Appellhof Bordeaux 17. Mai 1881 Pataille 81 p. 310; Pand. franç. no. 3828.

\*) Vgl. auch Pand. franç. no. 3836 und die hier erwähnten Entscheidungen. Ueber das Verhältniss von § 325 zu § 723 B.G.B. handelt gut Knoke, Recht der Gesellschaft S. 49 f.

\*\*) Vgl. über letzteres auch Oesterreich. Oberst. Gerichtshof 15. Februar 1888 Oesterr. Z. f. gew. R. III S. 33.

\*\*\*) Aus dem Patent- und Industrierecht Bd. I S. 101 f.

heimnisse, Geheimnisse der leichteren Erfindungsbenutzung, die Geheimnisspflicht wahr und die Geheimnisse nicht etwa in anderem Zusammenhang verwendet. Zur Treue gehört es ferner, dass er kein Verlagsverhältniss mit einem Dritten eingeht, welches geradezu in einen Wettbewerb gegenüber dem Vertragsgenossen ausliefe. Zur Treue gehört, dass er das Patent nicht mit einer Nichtigkeitsklage bekämpft, weder direkt, noch durch einen Mittelsmann (vgl. oben S. 380).

Der Verleger hat die vertragsmässige Gegenleistung zu bewirken; eine solche kann eine fixe Summe betragen, sie kann in Prozenten der Ausbeute bestehen, wobei ein bestimmter Minimalbetrag garantirt werden kann.\*)

Die Auflösung des Verhältnisses unterliegt der Regel vom guten Glauben.

Insbesondere kann jeder Theil die Auflösung verlangen wegen erheblicher Treuverletzung, der Verleger auch, wenn die Erfindung sich als untauglich erweist, ihre Bestimmung zu erfüllen, insbesondere auch, wenn sie durch neue Erfindungen so überholt ist, dass eine weitere Durchführung sich nicht lohnt; mindestens kann in solchem Fall eine Ablassung von der Verlegerthätigkeit gerechtfertigt sein auf solange, bis die Erfindung wieder vervollkommenet wird und dadurch neue Aussichten zeigt.

Durch Tod des Verlegers wird das Verhältniss nicht aufgehoben, doch ist ein Kündigungsrecht seiner Erben aus wichtigem Grund anzunehmen, wenn ihnen nach ihren Verhältnissen eine Durchführung der Vertragspflichten nicht zugemuthet werden kann.

Auch der Tod des Erfinders ist kein Auflösungsgrund; auch nicht die Veräusserung der Erfindung: da der Verleger quasinglich berechtigt ist, so tritt mit der Veräusserung des Patentrechts von selbst ein obligationsrechtliches Vertragsverhältniss zwischen dem Verleger und dem dritten Erwerber ein; doch hat hier aus wichtigem Grund jeder Theil ein Kündigungsrecht, sofern ihre gegenseitigen Geschäftsverhältnisse so zueinander stehen, dass ihnen die Fortsetzung eines Treuverhältnisses nicht zugemuthet werden kann.

#### IV. Pacht (Lizenzvertrag.)

##### § 235.

Der (dingliche) Lizenzvertrag (S. 508) erfolgt obligationsrechtlich meist in der Gestalt der Pacht: der Erfindungsberechtigte gewährt das Lizenzrecht gegen eine periodische Gegenleistung, die entweder im Falle der Benutzung oder im Falle der Benutzungsmöglichkeit zu zahlen ist; entweder ist die Gebühr

\*) Aus dem Patent- und Industrierecht I S. 104.

periodisch zu entrichten ohne Rücksicht auf Gebrauch oder Nichtgebrauch, oder sie ist nur bei Benutzung und nach Massgabe der Benutzung zu entrichten, — das letztere dann, wenn für jedes Mal oder jeden Tag der Benutzung oder jedes producirt Stück eine Zahlung zu leisten ist.\*\*) Auch können beide Systeme gemischt vorkommen, insbesondere so, dass neben der wechselnden Ertragsprämie eine feste Jahresprämie mindestens als Minimum geleistet wird.

Der Vertrag ist ein Pachtvertrag, kein Miethvertrag, denn

1. handelt es sich nicht nur um Gebrauch, sondern um Fruchtziehung (Früchte eines „Rechts“ § 99 B.G.B.), § 581 B.G.B.,

2. handelt es sich nicht um eine „Sache“ (§ 90 B.G.B.), sondern um einen „Gegenstand“, denn der Sachbegriff umfasst nur körperliche, der Begriff Gegenstand auch unkörperliche Werthe. Nach beiden Seiten also ist § 581 B.G.B. gegeben. Vgl. auch § 595: „eines Grundstückes oder eines Rechtes.“

Der Vertrag ist ein Pachtvertrag, er unterliegt daher den Regeln des Pachtverhältnisses; jedoch können die in dieser Beziehung sehr lückenhaften Bestimmungen des B.G.B. nur insofern zutreffen, als nicht die Eigenart des Verhältnisses und der Verkehrsgebrauch etwas Anderes bedingt (§ 157 B.G.B., 346 H.G.B.).

In dieser Weise werden im Folgenden die Bestimmungen des B.G.B. herangezogen werden:

Der Verpächter hat die ihm obliegenden Vertragspflichten zu erfüllen. Er ist insbesondere 1. wenn der Lizenzberechtigte mit den vom Erfinder zu liefernden Materialien oder Halbfabrikaten produciren soll, verpflichtet, diese dem Lizenzträger vertragsmässig zu liefern.

Der Verpächter hat 2. dem Lizenzträger die nöthigen Mittheilungen zu machen: er hat ihm Mittheilung zu machen, wenn die Erfindung nicht mehr unberührt ist, sondern durch andere ihm bekannte vollkommene Erfindungen gedrückt wird,\*\*) er hat ihm aber auch die ihm zu Gebote stehenden Handgriffe und konstruktiven Mittel zu zeigen, wodurch die Ausübung der Erfindung erleichtert wird; in dieser Beziehung muss auf das über den Kauf (S. 581 f.) Gesagte verwiesen werden.\*\*\*)

Der Verpächter der Erfindung haftet 3. dafür, dass die Erfindung sich zu einem gewerblichen Resultate verwenden lässt. Ein Vertrag dahin, dass der Erwerber erst die Mängel beseitigen und die Schwierigkeiten besiegen solle, ist zwar

\*) Studien in Grünhut XXIV S. 259.

\*\*) Zu einer Mittheilung dieser anderen Erfindung ist er natürlich nicht verpflichtet, ebensowenig als der Verkäufer, R.G. bei Bolze IV 743.

\*\*\*) Vgl. auch schon Studien in Grünhut XXV S. 260 f., 264.

möglich, aber im Zweifel nicht anzunehmen.\*) Wird der Vertrag etwa dahin abgeschlossen, dass der Patentberechtigte den Mängeln abhelfen solle, so ist es natürlich seine Sache, diese Pflicht zu erfüllen; ansonst der Pächter gegen ihn vertragsmässig vorgehen kann.

Hat der Erfinder besondere Eigenschaften der Erfindung zugesichert, so haftet er natürlich auch für diese; § 537, 581 B.G.B.

Fehlt es der Erfindung an den Eigenschaften, an der Verkehrstauglichkeit oder an den zugesicherten Vorzügen, so hat der Pächter die gebräuchlichen Rechte;

er hat

a) während der Zeit, wo die Gebräuchlichkeit der Erfindung vermindert ist, nur einen entsprechend geringeren Pachtpreis zu zahlen, § 537, 581 B.G.B.,

b) er kann dem Verpächter eine Frist setzen, um Abhilfe zu schaffen, und wenn diese nicht geschaffen ist, ohne Einhaltung der Kündigungszeit kündigen, § 542, 581 B.G.B.; dies gilt insbesondere auch dann, wenn die Mängel beim Vertragsabschluss bekannt waren, der Verpächter sich aber anheischig gemacht hat, sie zu verbessern;\*\*)

c) er kann (sofern der Mangel bereits bei Vertragsabschluss vorhanden war) Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 538, 581 B.G.B.);

er kann endlich d) wenn er selbst im Fall des Verzugs den Mangel verbessert, Ersatz für die Aufwendungen verlangen (§ 538, 581 B.G.B.).

Kennt der Pächter die Mängel bei Vertragsschluss, so hat er die Rechte nicht; bleiben sie ihm aus grober Fahrlässigkeit verborgen, so haftet der Verpächter im Falle der Arglist, § 539, 460, 581 B.G.B.\*\*\*)

Soweit die Tauglichkeit und die zugesicherten Vorzüge; ganz anders verhält es sich mit der Gewinnfähigkeit; für diese hat der Verpächter nicht zu haften; er hat nicht dafür zu haften, dass es nicht noch bessere Verwirklichungsmittel gibt, die den Lizenzträger im Wettbewerb schlagen — er haftet in dieser Hinsicht nur für den guten Glauben in dem oben gegebenen Sinne, aber er übernimmt keine Sicherheit für das Unbekannte.†) Noch weniger

\*) R.G. 8. Dec. 1888 Patentbl. 1893 S. 245. Ganz verkehrt R.G. 5. Dec. 1893 Entsch. XXXIII S. 103.

\*\*) R.G. 4. Februar 1893 Bolze XVI 444.

\*\*\*) So insbesondere wenn der Erfinder dem Licenzerwerber die Erfindung loyal dargelegt und ihm die Erprobung gestattet hatte, vgl. Appellhof Paris 17. April 1863 Pataille 63 p. 242.

†) Insofern richtig R.G. 5. Dec. 1893 Entsch. XXXIII S. 103, 19. Dec. 1893 und 3. Nov. 1897 Jurist. Wochenschr. 1894 nr. 8 und 9 S. 67 und 1898 nr. 1—5 S. 19 (auch Z. f. gewerbl. R. III S. 139 und Gewerbl. Rechtssch. III S. 207).

kann er haften, wenn sich künftig neue Erfindungen aufthun, welche die verpachtete Erfindung drücken und vielleicht wettbewerbsunfähig machen; ja auch dann haftet er nicht, wenn er selbst solche neue Erfindungen nachträglich gemacht hat und auf den Lizenzträger drückt.

Der Verpächter hat 4. dafür einzustehen, dass die Erfindung Sache des Privatrechts, dass sie nicht „res extra commercium“ ist; wenn Jemand eine Sache als Privatsache zum Gebrauch gibt, während sie Sache des öffentlichen Gebrauchs ist, so ist er in der Unmöglichkeit, seine Verbindlichkeit zu erfüllen; denn nicht er gewährt den Gebrauch, sondern der Gebrauch ist bereits durch die Eigenschaft der Sache als Sache des Gemeingebrauchs gewährt; es ist daher wie beim Verkauf ein res extra commercium: der Pächter kann zurücktreten (der Schadensersatz wegen Nichterfüllung wird hier meist wegfallen), § 325; er kann auch während der ganzen Zeit, in welcher die Sache eine Sache des Gemeingebrauchs ist, den Pachtzins zurückhalten, denn der Verpächter hat ihm nichts geleistet; er kann auch den geleisteten Pachtpreis zurückverlangen.

Daraus geht hervor, dass bei absoluter Nichtigkeit des Patentrechts der Lizenzvertrag für den Pächter unverbindlich ist, dass er keine Lizenzgebühr zu zahlen braucht und die gezahlte zurückbegehren kann; denn die absolute Nichtigkeit ist, sofern nicht eine Gesundung eintritt, so zu betrachten, dass die Erfindung von Anfang an eine Sache des Gemeingebrauchs ist.

So scharf nun diese Idee begründet ist, so sehr ist sie bestritten, und dies müsste gegenüber einem so bindenden juristischen Nachweise seltsam erscheinen, wenn es nicht begreiflich wäre, dass die alte Privilegentheorie noch nachspielt, die Theorie, als ob ein Privileg so lange bestünde, bis es als nichtig erklärt würde, wonach also die Nichtigkeitsklärung nur eine staatliche Rücknahme, nicht eine Feststellung der Nichtigkeit und rechtlichen Nichtgeltung wäre.\*)

Das einzige, was man mit einigem Grund entgegen könnte, ist, dass, solange keine Nichtigkeitsklärung stattgefunden hat, dem Lizenzberechtigten der Schein des Rechts zu Gute gekommen ist, so dass dritte Personen ihm in der Meinung der Giltigkeit des Patents keinen Wettbewerb zu machen wagten; und dass er bis dahin in der Lage war, seine Waare als patentirt zu bezeichnen.

\*) Vgl. über diese Frage Patentrecht S. 178, Industrierechtliche Abhandlungen I S. 185 f. Unrichtige Entscheidungen Obertrib. Berlin 14. Januar 1873 Entsch. 68 S. 360, R.O.H.G. 25. März 1876 Entsch. XIX S. 404 f., R.G. 12. Febr. 1890 Patentbl. 1890 S. 117. Dass man sich aber auf R.G. 17. Dec. 1886 Entsch. XVII S. 53 nicht berufen darf, wird alsbald ausgeführt werden. Auch die Entsch. 3. März 1888 Patentbl. 1888 S. 141 beruht theilweise auf anderen Gründen. nrichtig Munk S. 148 f., Seligsohn S. 79.

Diese Umstände aber beweisen nichts; wer mir nur den Schein leistet, der leistet mir nicht die Sache, er leistet sie nicht, auch wenn ich in Folge des Scheins faktischen Vortheil habe; wer mir am freien Strand ein Territorium für meinen Strandkorb gewährt, der gewährt mir allerdings den Schein, als ob ich an dieser Stelle allein berechtigt wäre, und dieser Schein kann insofern Vortheile bieten, als andere sich von dieser Stelle zurückhalten und mir den Platz für die ganze Zeit freilassen; allein er leistet mir nicht das Territorium. Für die Leistung des Scheins aber bin ich ihm keinen Pachtzins schuldig: der Schein beruht auf der unrichtigen Vorstellung des Publikums, und wenn auch die Parteien in gutem Glauben sind und daher die Verbreitung des Scheins kein subjectives Unrecht darstellt, so kann doch das objective, auf Irreleitung des Publikums beruhende, Unrecht nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs, die Leistung dieses Unrechts nicht Rechtsleistung sein; noch weniger kann sie die Leistung der Sache ersetzen.

Nur das wäre möglich, dass beide Theile im Bewusstsein der Sachlage einen Vertrag beabsichtigten, worin der Lizenzträger eine Gebühr verspräche, um für alle Fälle, auch für den Fall, dass etwa das Patent nicht nützlich sein sollte, gedeckt zu sein. Dann wäre es, wie wenn Jemand auf einem Territorium, wo allgemeine Jagdbefugnisse gilt, dem angeblich Alleinjagdberechtigten eine Summe verspräche, um für alle Fälle sicher zu gehen. Das wäre ein Handel, nicht über die Erfindung, sondern ein Handel über das Risiko: ein solcher Handel liegt aber im gewöhnlichen Lizenzvertrag nicht vor; denn im Lizenzvertrag wird die Einräumung des Erfindungsgebrauchs bedungen, nicht die Freiheit vom Risiko erkaufte.\*)

Allerdings kann auch hier, und hier insbesondere, der Fall vorkommen, dass das Patent nur theilweise nützlich ist; es kann insbesondere auch hier vorkommen, dass nicht nur das Patent zum Gebrauch überlassen, sondern auch ein Geheimniss enthüllt oder

---

\*) Die unrichtige Ansicht ist allerdings auch in der amerikanischen Jurisprudenz vertreten: der Lizenzträger muss hier so lange die Lizenzgebühr entrichten, bis das Patent für nützlich erklärt oder bis er durch einen anderen Patentinhaber vom Gebrauch verdrängt worden ist; Entscheidungen bei Walker § 307; beispielsweise Circ. Court Massachus. 20. Januar 1882 Off. Gaz. XXIII p. 1621. Ebenso unrichtig das englische Recht, vgl. die Entscheidungen bei Agnew p. 236, 237. Es ist aber völlig verkehrt, wenn z. B. in Taylor v. Hare der Richter von dem Fall aus argumentirte, dass Jemand ein Grundstück pachtet „and afterwards be evicted“: das wesentliche ist ja, dass die Erfindung nicht als Eigenthum eines Dritten, sondern als res communis omnium erscheint. Richtig dagegen Appellhof Paris 31. Mai 1889 Propr. ind. VI p. 9, während sonst allerdings auch die französische Praxis der unrichtigen Ansicht zuneigt, vgl. Cass.-Hof 25. Mai 1869 Sirey 70 I p. 13, 29. Juli 1891 Sirey 91 I p. 393, Appellhof Orléans 13. Juli 1892 Sirey 95 II p. 134. Anders jedoch und richtig neuerdings Lyon 28. Nov. 1896 Thaller (Bullet jud.) XI p. 206.

eine neue Konstruktion mitgetheilt wird. In diesem Fall wird das Pachtobject theilweise geleistet und der Lizenzträger hat die in § 280, 325, 323, 537 bestimmten Rechte.\*)

Die Grundsätze über die Lizenz beim nichtigen Patent gelten auch dann, wenn der Lizenzträger selbst die Nichtigkeitsklage erhoben hat. Dass er durch diese Erhebung der Klage eine Schuld auf sich geladen habe, davon kann schlechterdings keine Rede sein; dies läge nur dann vor, wenn er die Verpflichtung übernommen hätte, sich der Nichtigkeitsklage zu enthalten: in diesem Fall kann dem Nichtigkeitskläger eine Einrede entgegengehalten, ihm kann auch angesonnen werden, die Folgen dieser pflichtwidrigen Handlungsweise zu tragen und daher die Lizenzprämie, deren Rückzahlung er verlangen könnte, beim Patentträger zu belassen; ebenso wie er sie ihm belassen müsste, wenn er die pflichtwidrige Nichtigkeitsklage nicht erhoben hätte (oben S. 378 f.).

Allerdings kann man entgegenhalten, dass, wenn er sie nicht erhoben, ein Anderer mit dem gleichen Begehren aufgetreten wäre, dass also die Causalität nicht auf der wirklichen, sondern auf einer etwa möglichen dritten Nichtigkeitsklage ruhe. Dies kann aber nicht ohne weiteres angenommen werden; es müssten denn Anhaltspunkte vorhanden sein, dass Andere bereits die Nichtigkeitsklage vorbereitet oder in sichere Aussicht genommen haben und nur mit Rücksicht auf die Nichtigkeitsklage des Lizenzträgers davon abgestanden sind. Sollten Dritte als Intervenienten eingetreten sein, dann wäre der Beweis der Drittcausalität genügend erbracht.

Von der Nichtigkeitserklärung wohl zu unterscheiden ist die Rücknahme; von ihr wohl zu unterscheiden ist der Fall des nachträglichen Erlöschens des Patentes durch Verzicht oder Nichtsteuerzahlung. Allerdings hat der Lizenzverleiher als Verpächter nicht nur für die Existenz, sondern auch für die Fortexistenz des Rechts einzustehen, und sobald die Sache zur „res extra commercium“ wird, ist das Pachtverhältniss hinfällig; bis zum Erlöschen des Rechts aber hat es bestanden;\*\*\*) bis dahin ist die Lizenzgebühr zu zahlen; von welchem Augenblick die Rücknahme wirksam wird, davon ist in der Rücknahmelehre zu handeln.\*\*\*)

\*) In dieser Beziehung kann dem R.G. 17. Dec. 1886 Patentbl. 1887 S. 101 (Entsch. XVII S. 53) zugestimmt werden; vgl. Industrierechtliche Abhandl. I S. 185. Vgl. auch R.G. 23. Sept. 1891 Bolze XIII 460 (Z. f. gew. R. II S. 43). Vortrefflich in dieser Hinsicht Appellhof Paris 31. Mai 1889 Propr. ind. VI p. 9.

\*\*) Hierher gehört französ. Cass.-Hof 25. Mai 1869, Sirey 70 I p. 13, und wohl auch Cass.-Hof 27. Mai 1839 Sirey 39 I p. 677; Appellhof Paris 11. Mai 1874 Pataille 76 p. 53 und 2. März 1876 ib. 76 p. 246; Court of Appeal London 3. Februar 1897 Lines v. Uster, Report XIV p. 206.

\*\*\*) Ueber diese Frage vgl. auch analog R.G. 12. Februar 1890 Patentbl. 1890 S. 117.

Auch hier ist allerdings in Betracht zu ziehen, ob nicht der Patentträger noch ausserdem dem Lizenzberechtigten dadurch einen Vortheil gebracht hat, dass er ihn in Geheimnisse und besonders in Handgriffe einweihete; so dass also ein volles Erlöschen der Gebührenpflicht dem Sinne des Vertrags nicht entspräche, da die Leistung des Patentträgers nur theilweise aufhört. Auch der Fall kommt gerade hier in Betracht, wo der Patentträger etwa dem Lizenzberechtigten die Maschinen aufgestellt und die Einrichtungen verschafft hat: auch in diesem Falle ist die Patenterlaubniss nur ein Theil der vom Patentträger gewährten Leistung, und bei baldigem Erlöschen des Patentes muss immer noch berücksichtigt werden, dass auch für die Zukunft noch eine Leistung des Erfinders darin liegt, dass er dem Lizenzträger die Vorbedingungen für die Lizenzfabrikation geschaffen hat. \*)

Soweit die Gewähr für die Gültigkeit des Patent; noch mehr muss natürlich der Verpächter

5. dafür einstehen, dass dem Lizenzträger der Erfindungsgebrauch nicht durch das Recht eines Dritten entzogen wird, B.G.B. § 541. Dieser Fall kann in manchen Ländern, wie in Oesterreich vorkommen, wenn das Patent aberkannt und einem Dritten zugetheilt wird, wo dann allerdings die seit einem Jahr eingetragenen Lizenzen bestehen bleiben sollen, Oesterreich. Patentgesetz § 29.

Bei uns kann sich hauptsächlich der Fall ereignen, dass der Lizenzträger wegen Abhängigkeit des Patentes nicht in der Lage ist, die Erfindung auszuüben, da er sonst in das Recht des Dritten eingriffe und sich haftbar machen würde.

Nun wird allerdings in der Licenzerteilung noch nicht eine Gewähr der Unabhängigkeit von jedem anderen Patente zu erblicken sein; umsoweniger als ja eine Erfindung zu so vielfachem Zweck benutzt und zu verschiedenen Zwecken mit verschiedenen Erfindungen verbunden werden kann.

Es ist also wie wenn Jemand einem Andern ein Gelände vermietet: darin liegt nicht schon die Garantie, dass er, ohne ein anderes Privatgrundstück zu berühren, auf die gemeine Strasse kommen kann, oder dass er, ohne Erwerb von Dienstbarkeiten, berechtigt sei, auf dem Grundstück eine Schmelzstätte anzulegen.

Ausnahmsweise kann eine solche Garantie übernommen sein; sie wird bei der Pacht eines Grundstücks dann von selbst vorliegen, wenn diese Pacht zu einem bestimmten Zweck stattfindet und in einer Weise abgeschlossen wird, dass nicht an eine Ergänzung des Grundstücksgebrauchs aus dem Nachbargrundstücke gedacht wird.

Und so kann auch in der Licenzerteilung eine solche

\*) Vgl. auch den Fall, den Amar in Prop. ind. XI p. 138 f. erwähnt.

Garantie liegen; sie liegt vor, wenn eine Erfindung als Grundlage einer bestimmten Industrie in Gebrauch gegeben wird: dann versteht es sich, dass sie gegeben wird als unabhängig, soweit es erforderlich ist, die Industrie auszuüben. Auch dann, wenn etwa die Licenzerfindung an Stelle einer anderen bisherigen Verfahrenserfindung treten soll, wird anzunehmen sein, dass beide Vertragsschliessende die Erfindung insofern als frei voraussetzten.

Natürlich kann sich auch hier der Verleiher im Vertrag schützen, indem er auf die wirkliche oder mögliche Abhängigkeit hinweist; dann ist es Sache des Lizenzträgers, auch von demjenigen Patentträger, dem gegenüber die Abhängigkeit besteht, eine Lizenz zu erwerben. Kann er diese nicht erwerben, so ist der erste Lizenzvertrag doch gültig und bindend, denn die Unmöglichkeit, die zweite Lizenz zu erwerben und kraft dieser das ganze auszuüben, ist eine persönliche Unmöglichkeit, die den Verpächter nicht berührt (vgl. § 552 B.G.B.), es müsste denn die erste Lizenzvereinbarung unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder Voraussetzung abgeschlossen sein, etwa in der Art, dass das bedungene Verhältniss zusammenfallen soll, wenn die zweite Lizenz nicht erworben wird.

#### § 236.

Der Lizenzvertrag enthält an sich nicht die Pflicht, keine weiteren Lizenzen zu ertheilen; er enthält insofern auch keine Haftung dafür, dass keine anderen Lizenzen gewährt worden sind; er enthält eine solche nur, wenn der Licenzerwerber nach den Umständen annehmen musste, dass er, wenn nicht der einzige, doch der erste ist, der mit der Erfindungsausübung hervortritt; so dass ihm damit wenigstens ein gewisser Vorsprung gesichert ist.

Noch weniger kann in der Licenzertheilung eine Sicherung dafür erblickt werden, dass nicht bereits Vorbenutzungsrechte existiren.

Auch dafür gibt der Verpächter keine Gewähr, dass nicht er selbst auch die Erfindung weiter benützen werde. Alle diese Möglichkeiten sind „naturalia“ des Lizenzabkommens.

Dem entsprechend enthält der Lizenzvertrag auch nicht die Pflicht des Patentberechtigten, etwaige Patentverletzer gerichtlich zu verfolgen; er kann sie dulden, denn er gewährt dem Lizenzberechtigten keine Ausschliesslichkeit (S. 512).\*)

Natürlich kann das Gegentheil bedungen werden: der Patentberechtigte kann das Versprechen geben, dass er Lizenzen nicht mehr ertheilen werde, entweder überhaupt nicht oder nicht

\*) Vgl. Appellhof Paris 11. Januar 1876 Pataille 76 p. 81.

innerhalb eines bestimmten Gebietes oder nur unter bestimmten Umständen; ein solcher Vertrag erzeugt dann eine gewöhnliche Pflicht der Leistung; doch muss ein derartiges Geding als Theil des ganzen Vertrags aufgefasst werden, so dass der Pächter im Falle der Zuwiderhandlung nach § 541—543 B.G.B. vorgehen und Verringerung der Lizenzgebühr verlangen, kündigen und Schadensersatz begehren kann.\*)

So insbesondere auch, wenn der Lizenzverleiher selbst versprochen hat, dem Erwerber der Lizenz keine Konkurrenz zu machen.\*\*)

Allerdings hat diese Pflicht, keine weiteren Lizenzen zu begründen und nicht selbst Konkurrenz zu machen, eine nothwendige Schranke; sie geht nur soweit, als nicht das öffentliche Interesse eine weitere Uebertragung oder Erfindungsausübung erheischt. Im letzten Fall wäre der Vertrag, als Vertrag gegen das öffentliche Interesse, nichtig; und nichtig wäre in solchem Falle auch ein Vorkaufsrecht, sofern nämlich der Lizenzverleiher sich im Falle der weiteren Lizenzerteilung den Eintritt in das Recht ausbedungen hätte.\*\*\*)

#### § 237.

Der Lizenzträger hat 1. die schuldige Lizenzgebühr zu entrichten und hat auch die Nachweise zu geben, die nöthig sind, um sie festzusetzen; so insbesondere wenn die Gebühr nach der Zahl der hergestellten Stücke zu berechnen ist.

Wird die Lizenzgebühr terminweise bezahlt, dann gilt die Bestimmung des B.G.B. § 554, wonach die Nichtzahlung zweier auf einander folgender Termine den Verpächter zur Kündigung berechtigt.

Der Pächter ist nicht zum Gebrauch der Erfindung verpflichtet, wenn dies nicht ausdrücklich oder stillschweigend übernommen worden ist; letzteres wird allerdings anzunehmen sein, wenn der Lizenzträger der einzige Lizenzträger ist, so dass bei seinem Nichtgebrauch das Patent in Gefahr kommen kann.

Er ist aber verpflichtet, 2. sofern er sie gebraucht, die vertragmässigen Bestimmungen zu erfüllen; so insbesondere, wenn über die Preise, für die verkauft werden darf, Vereinbarung getroffen ist. Er ist auch verpflichtet, die dinglichen Schranken einzuhalten; thut er es nicht, so begeht er einen Patentbruch, (S. 519 ff.), er begeht aber auch eine Vertragsverletzung und haftet daraus.

\*) Vgl. auch Circ. Court Massach. 29. Sept. 1878 Off. Gaz. XVIII p. 360.

\*\*\*) Thut er dies, so haftet er in bezeichneter Weise aus dem Vertrag, aber er haftet nicht als Patentverletzer, da der Lizenzträger kein Ausschliessungsrecht hat, Entsch. bei Myer § 535.

\*\*\*) Z. f. gewerbl. R. II S. 163.

Er ist insbesondere auch verpflichtet, sich den vertragsmässigen Kontrollmassregeln zu unterwerfen, nicht nur wegen der Höhe der Lizenzprämien, sondern auch wegen des Nachweises, dass er sich in den Schranken seines Lizenzrechts hält. So insbesondere, wenn ihm zu diesem Zweck zur Aufgabe gemacht ist, einen vielleicht sehr unwichtigen Theil der Maschine stets vom Patentberechtigten zu beziehen;\*) oder wenn es ihm zur Pflicht gemacht ist, die producirte Waare vor der Veräusserung vom Patentberechtigten stempeln zu lassen.\*\*)

Erfüllt der Lizenzträger diese Pflicht nicht und setzt er den vertragswidrigen Erfindungsgebrauch trotz Abmahnung fort, so kann der Verpächter

- a. auf Ablassung vom vertragswidrigen Gebrauch klagen d. h. dahin klagen, dass der Lizenzträger künftig nur in vertragsmässiger Weise benütze, § 550 B.G.B., er kann
- b. ohne Einhaltung eines Kündigungstermins kündigen, sofern die Vertragswidrigkeit trotz Abmachung fortgesetzt wird und eine erhebliche Schädigung der Interessen des Verpächters herbeiführt, § 553.

Der Lizenzträger ist 3. verpflichtet, sobald sich bei der Erfindung Mängel zeigen, Mängel der Durchführung oder Gefahren oder sonstige Misslichkeiten, die man nicht erwartete, sofort dem Verpächter Mittheilung zu machen, § 545 B.G.B.; ebenso wenn eine Rechtsanmassung eines Andern hervortritt, die bekämpft werden muss. Er hat die Anzeige zu machen, ansonst er entschädigungspflichtig wird und auch sein Recht wegen Schmälerung des Genusses nicht geltend machen kann, soweit der Verpächter bei rechtzeitiger Anzeige hätte Abhilfe gewähren können.

Da, wie oben (S. 519) ausgeführt, die Lizenz sich regelmässig auf die ganze Patentdauer erstreckt, so ist regelmässig von einem Kündigungsrecht keine Rede. Sollte Kündigung ohne Kündigungszeit ausbedungen sein, so wäre Kündigung auf den Schluss des Pachtjahres anzunehmen, in der Art, dass spätestens am ersten Werktag des letzten Halbjahres gekündigt werden müsste, § 595 B.G.B.; doch dies nur dann, wenn nicht nach Verkehrssitte und Verkehrsanschauung etwas anderes üblich ist, was für jeden einzelnen Industriezweig besonders beurtheilt werden muss (§ 157 B.G.B., § 346 H.G.B.).

Entsprechend ist ein Kündigungsrecht bei Tod des Lizenzträgers durch die Erben (§ 596, 569 B.G.B.), als den Anschauungen

\*) Vgl. den Fall R.G. 10. März 1888 Bolze V 687.

\*\*\*) Vgl. oben S. 526, wo dargelegt wurde, dass diese obligationsrechtliche Pflicht nicht die Bedingung für die quasidingliche Erlaubtheit der Lizenzhandlung ist.

der Industrie widersprechend, nicht anzunehmen: Industrieanlagen pflegen das Leben zu überdauern, und die Vereinbarungen sind darauf hin angelegt.

§ 238.

Mit der Veräußerung des Patentes oder mit der (zulässigen) Veräußerung der Lizenz geht auch das obligationsrechtliche Verhältniss auf die Erwerber über. Hier gelten die Grundsätze des B.G.B. in rechtsähnlicher Weise.

Der Lizenzträger hat von nun an die Lizenzgebühr an den Erwerber des Patentes zu entrichten, ja sie erstet als Forderung in dessen Person; eine anticipirte Verfügung ist nur für die laufende und nächstfolgende Zahlungsperiode statthaft, und das gleiche gilt von der Aufrechnung, B.G.B. § 571 ff. Allerdings bestehen diese Bestimmungen des B.G.B. direkt nur für die Verpachtung (Vermiethung) von Grundstücken und Räumen (§§ 571, 580). Da aber die Lizenz als quasidingliches Recht den Patentnachfolger ebenso trifft, wie den Lizenzverleiher, so muss, wie nach § 571 ff. das mit dem Contrahenten eingegangene Pachtverhältniss auf den Rechtsnachfolger übergehen; und was die Pachtziele und ihre anticipirte Zahlung betrifft, so muss zunächst

a) der Grundsatz gelten, dass die unter dem Rechtsnachfolger erwachsenden Pachtziele der Verfügung des Vorgängers entzogen sind;

b) es muss aber mit dem B.G.B. die vernünftige und verständige Milderung gelten, dass einige Vorauszahlung und Vorausverfügung stets gestattet sein muss, denn dieses entspricht den Lebensverhältnissen. Das B.G.B. gestattet die Vorauszahlung und Vorausverfügung für das laufende und das nächstfolgende Kalendervierteljahr; das Kalendervierteljahr aber ist angesetzt mit Rücksicht auf die bei Grundstücken (und „Räumen“) geltenden besonderen Verhältnissen, §§ 551 Abs. 2. Dies fällt für das Patentrecht weg; es tritt statt dessen der Satz, dass die Vorauszahlung des laufenden und des nächstfolgenden Pachtzieles als statthaft zu betrachten ist und ebenso die Vorausverfügung; wobei noch der Unterschied obwaltet, dass bei der Vorausverfügung das laufende und nächstfolgende Ziel von der Veräußerung an ohne weiteres in Betracht kommt, bei der Vorauszahlung (und der entsprechenden Aufrechnung) aber von dem Moment an, wo der Pächter von der Veräußerung des Patentes Kenntniss hat, §§ 573, 574, 575.

Der Patenterwerber tritt also in die Vertragspflicht gegen den Lizenzträger ein, insbesondere auch in die Vertragspflicht, keine weiteren Lizenzen zu ertheilen, keine Konkurrenz zu machen u. s. w.; jedoch tritt er in diese Pflichten nur ein, soweit sie Bestandtheile des Pachtvertrags sind, insofern also, dass der Lizenz-

träger zurücktreten, auch Entschädigung verlangen kann; er tritt aber nicht in die Pflicht ein, sofern sie ausserhalb des Pachtvertrags steht und kann daher nicht mit den Zwangsmitteln einer „obligatio non faciendi“ heimgesucht werden.

Neben dem Patenterwerber haftet allerdings der Veräusserer des Patenten weiter; jedoch wird der frei, sobald der Lizenzpächter den Patenterwerber als den alleinig haftenden angenommen hat, was dann der Fall ist, wenn er (nachdem ihn der Verpächter in Kenntniss gesetzt hat) nicht für den ersten Termin kündigt, wo dies zulässig ist, § 571 (soweit überhaupt eine Kündigung statthaft ist) — eine sehr verständige Bestimmung, die hier rechtsähnlich gelten muss, wie sie auch anderwärts ihre Analogie findet.

Wird umgekehrt die Lizenz mit dem Unternehmen, für das sie ertheilt ist, veräussert, so tritt der Erwerber in das Pachtverhältniss ein; ob er die Lizenzgebühren für die Vergangenheit zu zahlen hat, hängt davon ab, in welchem Masse er für die Schulden des Unternehmens aufkommen muss, was mindestens beim Erwerb eines Handelsunternehmens regelmässig der Fall ist, sofern das Handelsunternehmen mit Firma erworben wird,\*) § 25 H.G.B. Für die künftige Lizenzgebühr haftet er natürlich durchaus, er haftet für sie nicht als Rechtsnachfolger, sondern als Selbstpächter, da er das Pachtverhältniss in seinem Namen fortsetzt.

Der Veräusserer des Unternehmens bleibt haftbar, für die unter ihm fällig gewordenen Zieler, er bleibt haftbar vorbehaltlich der Verjährung (H.G.B. § 26).\*\*) Er haftet auch für die Zieler, die der Nachfolger zu zahlen hat, doch muss auch er befreit sein, wenn der Verpächter den Erwerber definitiv angenommen, wenn er ihm nicht auf den ersten zulässigen Termin gekündigt hat, nachdem er durch den Pächter von der Veräusserung erfuhr.

### § 239.

Werden von dem Inhaber mehrerer territorialer Patente Lizenzen ertheilt, so sind es sovielen Lizenzen, als es territoriale Patentrechte sind; ebenso wie wenn sich etwa ein Pachtvertrag über mehrere in verschiedenen Rechtsländern gelegenen Grundstücke verbreiten würde: es wären mehrere Pachten, die aber,

\*) Wenn ohne Firma, dann nur unter Umständen, § 25 H.G.B. Nur wenn der Einzelkaufmann einen Gesellschafter annimmt, so dass die Gesellschaft an Stelle des Einzelkaufmanns tritt, haftet die Gesellschaft regelrecht für die Schulden ohne Rücksicht, ob die Firma mitübernommen ist oder nicht, § 28 H.G.B.

\*\*\*) Die Verjährung ist nach § 26 H.G.B. eine fünfjährige, die jedenfalls erst von der Fälligkeit der einzelnen Zieler beginnt. An deren Stelle tritt bei periodischer Pachtzahlungspflicht die 4jährige Verjährung des § 197 B.G.B.

ebenso wie mehrere Käufe, zu einer Einheit des Vertrags zusammengefasst würden. Ist hier eines der Rechte hinfällig; so wird der Vertrag nur insoweit, als dieser Theil betroffen wird, angetastet; im übrigen bleibt er bestehen, es müsste denn sein, dass alle Theile als wirthschaftlich untrennbar zusammengehörig betrachtet würden; vgl. B.G.B. § 469, 543. Bei theilweiser Aufhebung muss natürlich die Lizenzgebühr entsprechend gekürzt werden, wobei die Industrie- und Handelsverhältnisse, oder vielmehr die bei Abschluss des Vertrages vorhandene Vorstellung der Vertragsschliessenden über diese Verhältnisse zu entscheiden hat, wie viel vom Lizenzbetrag auf jeden Theil des Lizenzgebietes auszuschlagen ist, B.G.B. § 471, 543.

§ 240.

Vom Lizenzvertrag wohl verschieden ist das Versprechen, von künftigen Erfindungen Lizenzen ertheilen zu wollen: ein solcher Vertrag hat keinen quasi dinglichen Charakter, das Lizenzrecht entsteht nicht von selbst, es entsteht auch dann nicht von selbst, wenn der Fall gegeben sein sollte, der im Vertrag vorausgesetzt ist. Derartige in der Zukunft gestellten Verträge mit dinglicher Wirkung wären sehr bedenklich, weil die in ihnen vorausgesetzten Umstände oft zweifelhafter oder zweideutiger Natur sind und weil in der Zwischenzeit Ereignisse eintreten können, welche ein Abgehen von dem Geding rechtfertigen. Einem solchen Vertrag eignet daher nur eine obligationsrechtliche Wirkung, ähnlich wie dem Vertrag zwischen dem Urheber und dem Verleger über künftige zu verfassende Schriften oder Musikstücke.

Ein Vertrag über die Ertheilung künftiger Lizenzen wird namentlich in der Art vorkommen, dass der Lizenzgewährer verspricht, von künftigen Verbesserungspatenten gleichfalls Lizenzen zu geben, ein Zusatz, der oftmals für die fruchtbare Produktion des Lizenzträgers eine Lebensfrage sein wird.

Ferner dann, wenn der Lizenzgewährer dem Vertragsgenossen die Vorhand, den Vorkauf in Bezug auf künftige Lizenzen oder ein Meisbegünstigungsrecht verspricht. Auch dieser Vertrag hat nur obligationsrechtliche Bedeutung; von einer quasidinglichen Wirkung kann bei dem Mangel jeder Veröffentlichung nicht die Rede sein.\*)

Nur in zwei Fällen hat der Vertrag über Gewährung künftiger Lizenzen quasidingliche Bedeutung:

1. wenn Jemand während des Patentertheilungsver-

\*) Z. f. gew. Rechtsch. II. S. 163. Vgl. über solche Verträge auch Meyer § 4087.

fahrens eine Lizenz ertheilt. Dies ist eigentlich eine Lizenz in die Zukunft; für die Gegenwart kann der Lizenzberechtigte nur wegen des provisorischen Patentschutzes actuell betheiltigt sein; gleichwohl ist anzunehmen, dass unmittelbar mit der Patentgewährung auch die Lizenz entsteht;

2. wenn der Vertrag mit einem Unterordnungsverhältniss verbunden ist. Dieses Unterordnungsverhältniss kann und wird regelmässig zur stellvertretenden Erfindung führen, so dass der Geschäftsherr Eigner der Erfindung ist; das Verhältniss kann aber so gestaltet werden, dass der Erfinder seine Erfindungen im eigenen Namen macht und Erfinderrecht erwirbt, dass aber der Geschäftsherr daran eine Lizenz haben soll; in diesem Fall erwirbt der Geschäftsherr die Lizenz unmittelbar mit dem Moment, wo der Erfinder das Patentrecht erwirbt.\*)

#### V. Negative Verträge.

##### § 241.

Auch negative Verträge können sich auf Erfindungen beziehen; so insbesondere der Vertrag, eine Erfindung nicht, überhaupt nicht oder nicht innerhalb einer bestimmten Zeit oder nicht in bestimmten örtlichen Gebieten auszuüben. Solche Verträge können dem öffentlichen Interesse widersprechen und sind dann nichtig.

Nichtig ist insbesondere der Vertrag der Nichtausführung im Inlande, sofern und soweit er der gesetzlichen Ausführungspflicht widerspricht. Eine Ausführung, die trotzdem stattfindet, um dem gesetzlichen Gebote zu genügen und die Verwirkung des Patentes zu vermeiden, ist statthaft und kann weder unmittelbar noch mittelbar auf dem Wege Rechtens (z. B. durch Vertragsstrafe) verhindert werden.

Vom Vertrag, durch den sich Jemand zum Verzicht auf das Patentrecht verpflichtet, ist bereits früher (S. 271, 311) die Rede gewesen.

#### B. Schicksale von Todes wegen.

##### § 242.

Das Patentrecht kann auch Gegenstand der letztwilligen Verfügung sein, es kann Gegenstand eines Vermächtnisses sein; auch eine zeitliche Stiftung kann auf das Patent gebaut werden, indem die Stiftung mit dem Patent begabt wird.

Durch solche letztwillige Verfügung kann auch der Niessbrauch an einem Patent eingeräumt und auch eine Lizenz begründet werden.

\*) Darüber oben S. 242.

Im Uebrigen folgt das Patent den gewöhnlichen Vermögensschicksalen des Nachlasses. Nur das ist anzunehmen, dass mit der Erbfolge des Staates das Patentrecht zwar nicht unmittelbar frei wird — denn dies könnte den Gläubigern des Nachlasses ein kostbares Vermögensgut entziehen; dass aber der Staat nach Zahlung der Nachlassgläubiger gehalten ist, das Erfindungsgut ohne Entschädigung der Oeffentlichkeit preiszugeben und dass der Einzelstaat hierzu nach § 5 Abs. 2 P.G., und zwar ohne Entschädigung, durch das Reich gezwungen werden kann; es müsste denn sein, dass im einzelnen Fall die Aufrechterhaltung des Patentes im Interesse des inländischen Industrie läge. Der Grund ist der: wenn anderes Vermögensgut in der Hand des Staates privat bleibt, so geschieht es deshalb, weil der Privatgebrauch seine normale Verwendung ist; anders verhält es sich mit den Immaterialgüterrechten, deren Wesen geradezu darin besteht, dass sie nur zeitweise privat sind und nach einiger Zeit nothwendig ins Freie fallen, weil ihre Freiheit, ihre Eigenschaft als „res communes omnium“ das normale ist. Wenn nun das Vermögen, weil keine anderen Erben vorhanden sind, an den Staat fällt, so ist es zwar gerechtfertigt, dass die übrigen Stücke Privatgut des Staates bleiben, nicht aber das Gut, das in der natürlichen Freiheit seine normale Bethätigung findet.\*)

Es wäre ebenso, wie wenn etwa ein Park, der den Theil eines öffentlichen Parkes bildete, aber ausnahmsweise einem Privaten zugetheilt war, durch Erbgang dem Staat zufile; und sicher würde man, wenn dem Staat eine Privatgalerie von Gemälden zukäme, annehmen, dass die Galerie insofern öffentliches Gut wird, dass sie dem Eintritt des Publikums wie eine öffentliche Galerie zu eröffnen ist.

Eine Erfindung vor der Anmeldung zerfällt unbedingt, wenn der Staat Erbe des Erfinders wird.\*\*)

Dass das Vermächtniss, auch wenn es sich auf ein Patentrecht bezieht, bloss obligationsrechtliche Wirkung hat, bedarf kaum der Hervorhebung und ist bereits S. 530 erwähnt worden, § 2174 B.G.B.

\*) Vgl. Damm e in Gewerbl. Rechtsschutz V S. 1 ff., der insoweit Recht hat, als meine frühere Auffassung vom unbedingten Ausschluss des Heimfalles zu weit ging. Das Enteignungsrecht des Reichs beruht darauf, dass die öffentliche Wohlfahrt eben daran betheilig ist, dass Erfindungen bestimmungsgemäss nur zu Gunsten von Privaten, nicht zu Gunsten des das allgemeine Wohl erstrebenden Staats privatisirt sein sollen; und die Entschädigung zerfällt, weil es gegen die Aufgabe des Staates wäre, dieses Gebot der Wohlfahrt von einer Vergütung abhängig machen zu wollen. Das österreich. Gesetz § 18 verwirft den Heimfall.

\*\*) Es wäre gegen die Aufgabe des Staates, wenn er die günstige Gelegenheit ergreifen wollte, eine in den Papieren des Erblassers dargestellte Erfindung für sich anzumelden. Die obigen Rücksichten treffen hier nicht zu.