

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

Dauerwellen II

PatG § 47; AHKG Nr. 8 Art. 7; Überleitungsvertrag 10. Teil
Art. 8, 12, Anhang (Satzung der Schiedskommission für Güter,
Rechte und Interessen in Deutschland); ZPO § 280

Das wegen Patentverletzung angerufene ordentliche Gericht
kann über das Bestehen eines Weiterbenutzungsrechts nach
Art. 7 AHKG Nr. 8 nicht mit bindender Wirkung für das Lizenz-
festsetzungsverfahren vor dem Großen Senat des Bundespatent-
gerichts und der Schiedskommission für Güter, Rechte und In-
teressen in Deutschland entscheiden; kommt eine sonstige,
über den Patentverletzungsprozeß hinausgehende Wirkung der
Entscheidung des ordentlichen Gerichts über das Bestehen
des Weiterbenutzungsrechts nicht in Betracht, so ist für
eine auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des
Weiterbenutzungsrechts gerichtete Zwischenklage kein Raum.

AHKG Nr. 8 Art. 7

Das durch Benutzung in einem Betrieb entstandene Weiterbe-
nutzungsrecht kann zusammen mit dem Betrieb auf einen anderen
übertragen werden.

AHKG Nr. 8 Art. 7; KO § 117

Zur Übertragung eines Betriebs samt dem darin entstandenen
Weiterbenutzungsrecht nach Art. 7 AHKG Nr. 8 durch den Kon-
kursverwalter, der den Betrieb nach Konkurseröffnung nicht
fortgeführt hat.

BGH, Urt. v. 7. Oktober 1965 - Ia ZR 129/63

OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ia ZR 129/63

URTEIL

Verkündet am

7. Oktober 1965

Oechsler,

Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der S [REDACTED] A [REDACTED] Patentverwertungs-
Aktiengesellschaft in Ha [REDACTED], Do [REDACTED]straße [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch ihren Vorstand H.R. Sch [REDACTED],
ebenda,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den unter der Firma T [REDACTED] Dr. Hans K [REDACTED] handelnden
Kaufmann Dr. Hans K [REDACTED] in Ha [REDACTED], Ko [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] - .

16

- 2 -

Der Ia-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Oktober 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter Dr. Spreng, Dr. Löscher, Claßen und Schneider

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 15. Februar 1962 wird auf Kosten der Klägerin mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Zwischenfeststellungsklage als unzulässig abgewiesen wird.

Von Rechts wegen

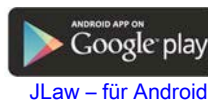
Tatbestand

Die Klägerin ist Inhaberin der deutschen Patente [REDACTED] und [REDACTED]; das erstere betrifft ein "Mittel zur dauernden Formveränderung von Haaren am lebenden Körper (Dauerwellen)", das letztere betrifft ein "Verfahren zur dauernden Verformung, insbesondere zum Dauerwellen, von Keratinfasern, vorzugsweise von Haaren am lebenden menschlichen Körper". Die Klägerin nimmt im vorliegenden Rechtsstreit den Beklagten wegen Verletzung dieser beiden Patente auf Unterlassung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht in Anspruch. Der Beklagte bestreitet nicht, daß er seit Jahren Dauerwellmittel herstellt und vertreibt, die unter die Klagepatente fallen. Er macht jedoch ein Weiterbenutzungsrecht (auch "Zwischenbenutzungsrecht"

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

genannt) nach Art. 7 AHKG Nr. 8 geltend (Gesetz Nr. 8 der Alliierten Hohen Kommission über gewerbliche, literarische und künstlerische Eigentumsrechte ausländischer Staaten und Staatsangehöriger vom 20. Oktober 1949 - ABLAHK S. 18 - i.d.F. des AHKG Nr. 66 vom 15. November 1951 - ABLAHK S. 1309 -, nachrichtlich abgedruckt in BGBl III bei 424-7-1), und hat überdies hinsichtlich des Patentes [REDACTED] [REDACTED] die Nichtigkeitsklage erhoben. Um das Weiterbenutzungsrecht geht hier der Streit der Parteien.

1. Die beiden Klagepatente [REDACTED] [REDACTED] und [REDACTED] [REDACTED] gehen auf eine gemeinsame Stammanmeldung zurück, die am 19. August 1949 von der Muttergesellschaft der Klägerin, der S [REDACTED] A [REDACTED], Inc., N [REDACTED] Y [REDACTED], N.Y. (V.St.A.), bei der Annahmestelle in D [REDACTED] eingereicht und für die die Priorität der Anmeldung in den Vereinigten Staaten von Amerika vom 16. Juni 1941 in Anspruch genommen worden ist. Der Teil der Anmeldung, der später zum Patent [REDACTED] [REDACTED] geführt hat, wurde am 10. Juli 1951 aus der Stammanmeldung ausgeschieden. Im übrigen wurde die Stammanmeldung am 20. März 1952 bekanntgemacht. Das darauf erteilte Patent - das Klagepatent [REDACTED] [REDACTED] - wurde der Muttergesellschaft am 25. April 1956 mit Wirkung vom 20. August 1949 erteilt; die Patenterteilung wurde am 9. August 1956 bekanntgemacht. Am 20. Dezember 1956 wurde das Patent [REDACTED] [REDACTED] auf die Klägerin umgeschrieben; sie ist von der Muttergesellschaft ermächtigt worden, alle für die Zeit vom 20. März 1952 - d.h. vom Tage der Auslegung der Anmeldung - ab anfallenden Lizenzgebühren und Schadensersatzforderungen aus Patentverletzung für eigene Rechnung einzuziehen. Die Ausscheidungsanmeldung wurde am 19. Juni 1952 bekanntgemacht und noch während des Erteilungsverfahrens auf die Klägerin umgeschrieben.

Das darauf erteilte Patent - das Klagepatent [REDACTED] - wurde der Klägerin am 24. Februar 1959, ebenfalls mit Wirkung vom 20. August 1949, erteilt; die Patenterteilung wurde am 2. Juli 1959 bekanntgemacht.

Die hier interessierenden Ansprüche 1 und 7 des Patent[REDACTED] lauten:

- "1. Mittel zur dauernden Formveränderung von Haaren am lebenden Körper, enthaltend oder bestehend aus einer wässrigen, alkalischen Lösung eines substituierten Merkaptans, deren p_H -Wert über 7, jedoch unter 10, vorzugsweise zwischen 9,2 und 9,5, eingestellt ist."
- "7. Mittel nach einem der vorangehenden Ansprüche, dadurch gekennzeichnet, daß als Merkaptan Thioglykolsäure verwendet wird, und zwar in einer Konzentration von ungefähr 5 %, und daß als alkalisches Medium Ammoniak verwendet wird."

Der einzige Anspruch des Patent[REDACTED] lautet:

"Verfahren zur dauernden Verformung, insbesondere zum Dauerverwellen, von Keratinfasern, vorzugsweise von Haaren am lebenden menschlichen Körper durch Behandeln der Keratinfasern mit einer vorzugsweise 1- bis 15%igen wässrigen alkalischen Lösung eines substituierten Merkaptans, deren p_H -Wert auf über 7, jedoch unter 10, vorzugsweise zwischen 9,2 und 9,5, eingestellt ist, dadurch gekennzeichnet, daß die Keratinfasern in an sich bekannter Weise verformt, z.B. auf Dorne gewickelt werden und daß sie in dieser Verformung durch Behandeln mit der Lösung des Merkaptans in üblicher Weise, gegebenenfalls unter Erhitzen, erweicht werden und daß darauf die neue Form der Keratinfasern in an sich bekannter Weise fixiert wird, z.B. durch Behandeln mit einem chemischen Fixiermittel, insbesondere der Lösung eines Oxydationsmittels oder allein durch Ausspülen mit Wasser, oder daß man, falls die Keratinfasern beim Erweichen erhitzt wurden, die Fixierung durch das Abkühlen bewirkt."

Die beiden Klagepatente sind wiederholt mit Nichtigkeitsklagen angegriffen worden. Zu einer dieser Klagen, der Nichtigkeitsklage der Patent- und Lizenzverwertungs-Gesellschaft m.b.H. in D [REDACTED], erging, während der vorliegende Rechtsstreit bereits in der Revisionsinstanz anhängig war, das Berufungsurteil Ia ZR 27/63 des erkennenden Senats vom 22. Dezember 1964 (GRUR 1965, 473), durch das die Klage unter Abänderung der die beiden Patente teilweise vernichtenden Entscheidung des Nichtigkeitssenats vom 25. Januar 1960 in vollem Umfang rechtskräftig abgewiesen wurde. Das Verfahren zur Nichtigkeitsklage des Beklagten ist auf die Berufungen beider Parteien noch in der Berufungsinstanz bei dem erkennenden Senat anhängig (Ia ZR 35/65); es war zunächst bis zur Entscheidung der Nichtigkeitssache Ia ZR 27/63 und ist sodann bis zur Entscheidung der vorliegenden Revisionssache zum Ruhen gebracht worden. Die dem erkennenden Senat bekanntgewordenen sonstigen Nichtigkeitsklagen gegen die Klagepatente sind teils nach, teils vor dem Urteil vom 22. Dezember 1964 zurückgenommen worden.

2. Das vom Beklagten beanspruchte Weiterbenutzungsrecht nach Art. 7 AHKG Nr. 8 ist auch Gegenstand eines Verfahrens zwischen den Parteien vor dem Großen Senat des Bundespatentgerichts. Der Beklagte reichte bei dem damals zuständigen Großen Senat des Deutschen Patentamts im April 1955, also einige Jahre vor dem Beginn des vorliegenden Rechtsstreits, einen Antrag auf Festsetzung der Lizenzbedingungen für die Weiterbenutzung des Klagepatents [REDACTED] [REDACTED] (GrSen 2/55) und im November 1959 einen entsprechenden Antrag zum Klagepatent 972 424 (GrSen 3/59) ein. Die Verfahren gingen gemäß § 13 des Sechsten Überleitungsgesetzes vom 23. März 1961 (BGBl. I

S. 274) mit dessen Inkrafttreten am 1. Juli 1961 auf den Großen Senat des Bundespatentgerichts (GS 48/61 und GS 64/61) über und wurden hier durch Beschluß vom 28. Mai 1962 zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Durch Verfügung des Berichterstatters des Großen Senats vom 20. Juli 1962 wurde den Beteiligten mitgeteilt, daß in ihrem - damals von beiden Parteien erklärten - Einverständnis das Ergebnis des gegenwärtigen Revisionsverfahrens abgewartet werden solle.

In dem Verfahren vor dem Großen Senat hatte die Klägerin zunächst in einem Schriftsatz vom 8. Februar 1957 das Weiterbenutzungsrecht des Beklagten anerkannt. Mit Schriftsatz vom 21. Dezember 1957 widerrief sie jedoch das "Anerkenntnis", nachdem sie von den im folgenden dargestellten Vorgängen erfahren hatte, aus denen der Beklagte das von ihm beanspruchte Weiterbenutzungsrecht herleitet:

Die Ehefrau des Beklagten, Gerda K., trat gemäß Gesellschaftsvertrag vom 5. September 1947 als persönlich haftende Gesellschafterin in ein Unternehmen ein, das seit dem Jahre 1919 unter der im Handelsregister eingetragenen Firma Schw. & H. in Ha. bestand, zuletzt von der Witwe Minna Schw. allein betrieben worden war und nunmehr von der mit Wirkung vom 1. September 1947 errichteten offenen Handelsgesellschaft fortgeführt wurde. Gegenstand des Unternehmens war die Herstellung von und der Handel mit chemisch-pharmazeutischen und kosmetischen Erzeugnissen. Für die Bezeichnung der Waren sowie in den Briefköpfen des Unternehmens wurde auch das nicht eingetragene Wort " T. " benutzt. Im Juni 1948 trat der Beklagte selbst als weiterer

persönlich haftender Gesellschafter in die Handelsgesellschaft ein. Seither stellte er im Rahmen dieses Unternehmens auch Kaltwellenpräparate nach den Lehren des Klagepatents [REDACTED] her.

Im Jahre 1950 ergaben sich Differenzen zwischen den Gesellschaftern, die schließlich zu dem notariellen Vertrag vom 26. Februar 1951 führten, in dem es unter anderem hieß:

- "1. Die Eheleute K[REDACTED] scheiden mit dem heutigen Tage aus der offenen Handelsgesellschaft in Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED] aus. Das Unternehmen wird von Frau Minna Schw[REDACTED] als der nunmehrigen alleinigen Inhaberin unter unveränderter Firma fortgeführt.
.....
4. Irgendwelche weiteren Ansprüche als die hier behandelten stehen den Eheleuten K[REDACTED] weder gegenüber der Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED] noch gegen Frau Schw[REDACTED] persönlich zu. Insbesondere verbleiben das Warenzeichen "T[REDACTED]" und sämtliche Rezepte, insbesondere das Kaltwellenrezept, ausschließlich bei der Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED]. Die Eheleute K[REDACTED] verpflichten sich, von diesem Warenzeichen und diesen Rezepten keinerlei Gebrauch irgendwelcher Art zu machen. Diese Vereinbarung bedeutet jedoch kein Konkurrenzverbot für die Eheleute K[REDACTED]."

Als bald nach Abschluß dieses Vertrages, am 1. März 1951, "gründete" der Beklagte - wie es im Tatbestand des Berufungsurteils heißt - "seine jetzige Firma". Die Eintragung im Handelsregister erfolgte am 23. November 1951; danach lautete die Firma - wie noch jetzt - "T[REDACTED] Dr. Hans K[REDACTED]", und der Beklagte war - wie ebenfalls noch jetzt - Alleininhaber; als Geschäftszweig wurde eingetragen: Im- und Export, Fabrikation und Handel mit chemisch-pharmazeutischen und kosmetischen Artikeln und Erzeugnissen.

Inzwischen war am 18. April 1951 über das Vermögen der Witwe Schw[REDACTED], der nunmehrigen Alleininhaberin der Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED], das Konkursverfahren eröffnet worden. Der Beklagte erwarb aus der Konkursmasse Gegenstände für rund 400,-- DM. Der Konkursverwalter Kr[REDACTED] teilte darüber im Rahmen seines Berichts an das Konkursgericht vom 24. September 1951 folgendes mit:

"... Neben der offiziellen Firmenbezeichnung Schw[REDACTED] & H[REDACTED] wurde der nicht eingetragene Zusatz resp. die Musterbezeichnung "T[REDACTED]" in der Werbung geführt. Ein ehemaliger Angestellter der Gemeinschuldnerin verwandte nach Konkurseröffnung vorerwähnte Zeichen ohne Genehmigung des Konkursverwalters. Der Konkursverwalter hat die Verwendung dem Angestellten gegenüber untersagt und das Zeichen "T[REDACTED]" an einen Interessenten einschließlich alter Etiketten (Makulatur) veräußern können zum Preise von 400,-- DM (praktisch verzichtete der Konkursverwalter lediglich auf Rechte, die mit der in keiner Weise autorisierten Bezeichnung "T[REDACTED]" zusammenhängen). ..."

Ob der Beklagte aufgrund dieser Vereinbarung nur die Warenbezeichnung "T[REDACTED]" sowie einige Rohmaterialien und Etiketten oder ob er daneben auch - wie er behauptet - das Kaltwellenrezept erworben hat, ist streitig. Das Kaltwellenrezept war übrigens weder in dem von der Gemeinschuldnerin aufgestellten vorläufigen Vermögensstatus per 27. Februar 1951 noch in den später vom Konkursverwalter eingereichten Aufstellungen als Vermögenswert erwähnt worden.

Aufgrund dieses Sachverhalts ist es zwischen den Parteien nicht mehr streitig, daß bei der offenen Handelsgesellschaft Schw[REDACTED] & H[REDACTED] ein Weiterbenutzungsrecht an den Klagepatenten nach Art. 7 AHKG Nr. 8 entstanden war. Streitig ist nur, ob auch der Beklagte selbst

ein Weiterbenutzungsrecht erworben hat. Die Klägerin meint, das Weiterbenutzungsrecht sei, wie sich aus dem Vertrag vom 26. Februar 1951 ergebe, bei der Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED] verblieben; der Beklagte habe in dem Vertrag auf das Recht verzichtet und habe es nicht im Rahmen des Konkurses übertragen erhalten; er könne es auch nicht originär erworben haben, da seine Firma erst am 1. März 1951 gegründet worden sei. Der Beklagte dagegen meint, er habe das Weiterbenutzungsrecht auch nach Abschluß des Vertrages vom 26. Februar 1951 ausüben dürfen, da er und seine Frau nach Ziffer 4 des Vertrages an einer Konkurrenztätigkeit nicht gehindert, also auch zur Benutzung des Kaltwellenrezepts berechtigt gewesen seien, und er habe überdies sämtliche Rechte, die bei der Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED] verblieben seien, insbesondere alles, was den Betriebsteil "Kaltwelle" verkörpert habe, vom Konkursverwalter zurückerworben.

3. Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin im ersten Rechtszug zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geld- oder Haftstrafe zu unterlassen,
 - a) Dauerwellmittel unter Verwendung einer wässrigen, alkalischen Lösung eines substituierten Merkaptans, deren p_H -Wert zwischen 7 - 10, vornehmlich bei 9,4 liegt, insbesondere unter Verwendung von Thioglykolsäure als Merkaptan,
 - b) die unter a) bezeichneten Dauerwellmittel zum Zwecke der Anwendung zur dauernden Verformung insbesondere zum Dauerwellen vorzugsweise von Haaren am lebenden menschlichen Körper, und zwar in der Weise, daß das Haar mittels dem Dauerwellmittel nach a) erweicht und die neue Form fixiert wird, und zwar zu a) gewerblich herzustellen und zu a)

und b) feilzuhalten, anzubieten und in den Verkehr zu bringen,

2. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen aus dem Feilhalten, der Herstellung und/oder dem Vertrieb von Dauerwellmitteln unter Verwendung von Thioglykolsäure entstandenen und noch entstehenden Schaden bis zum Ablauf der Schutzdauer des Patentes [REDACTED] zu ersetzen;
3. die Beklagte zu verurteilen, bis zum Ablauf der Schutzdauer des Patentes [REDACTED] Abrechnung zu erteilen über von ihr vertriebene unter Verwendung substituierter Merkaptane insbesondere Thioglykolsäure hergestellte Dauerwellmittel unter Angabe der verbrauchten Menge von substituierten Merkaptanen insbesondere Thioglykolsäure und der erzielten Preise und Gewinne aus dem Vertrieb der damit hergestellten Dauerwellmittel, und zwar für die Zeit vom 20.3.1952 bis zum 31.3.1959 und von diesem Zeitpunkt ab jeweils nach Ablauf eines Kalendervierteljahres und jeweils bis zum 1.5., 1.8., 1.11. und 1.2. des nächsten Jahres für die Zeiträume bis zum 31.3., 30.6., 30.9. und 31.12. jeden Jahres;
4. im Wege der Zwischenfeststellungsklage festzustellen, daß der Beklagten gegenüber den Klagepatenten Nr. [REDACTED] und [REDACTED] ein Zwischenbenutzungsrecht im Sinne des Art. 7 des Gesetzes Nr. 8 der AHK nicht zusteht.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat in seinem Urteil vom 9. Juni 1961 den Beklagten zur Rechnungslegung gemäß dem Klagantrag zu 3) verurteilt; in der Urteilsbegründung ist dazu ausgeführt, daß der Beklagte zur Rechnungslegung verpflichtet sei, ohne Rücksicht darauf, ob ihm ein Zwischenbenutzungsrecht nach Art. 7 AHKG Nr. 8 zustehe oder ob er die Schutzrechte der Klägerin verletze und damit schadenersatzpflichtig sei; in dem einen Falle müsse er die vom Großen Senat festzusetzende Lizenz entrichten, in dem anderen Falle als Schadenersatz den üblichen Lizenzbetrag bezahlen. Im übrigen hat das Landgericht die Klage abgewiesen; es ist aufgrund der Zeugenaussage des Konkursverwalters Kr[REDACTED] und

der Angaben seiner Angestellten Frau Kop[REDACTED] bei ihrer informatorischen Anhörung zu dem Ergebnis gelangt, daß das Weiterbenutzungsrecht der Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED] aufgrund Veräußerung durch den Konkursverwalter auf den Beklagten übergegangen sei.

Die von der Klägerin dagegen eingelegte Berufung ist vom Oberlandesgericht nach weiterer Beweisaufnahme durch das hier angefochtene Urteil vom 15. Februar 1962 zurückgewiesen worden.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihre bisher abgewiesenen Klaganträge weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Im vorliegenden Patentverletzungsprozeß sind die beiden Klagepatente [REDACTED] und [REDACTED] so, wie sie erteilt sind, hinzunehmen. Es ist ferner, weil unstreitig, davon auszugehen, daß der Beklagte Dauerwellmittel herstellt und vertreibt, die die Merkmale der Ansprüche 1 und 7 des Klagepatents [REDACTED] aufweisen und in einem Verfahren nach dem Klagepatent [REDACTED] angewendet werden sollen. Es kommt daher - auch in der Revisionsinstanz - nur darauf an, ob dem Beklagten zur Rechtfertigung seines Tuns ein aus Benutzungshandlungen in der Zeit bis zum 30. September 1949 erwachsenes Weiterbenutzungsrecht nach Art. 7 AHKG Nr. 8 zur Seite steht.

1. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, daß die Frage, ob ein Weiterbenutzungsrecht nach Art. 7 AHKG Nr. 8 besteht, als Vorfrage im Rahmen eines Patentverlet-

12

zungsprozesses vom ordentlichen Gericht selbst zu prüfen und zu entscheiden ist. Das ergibt sich eindeutig aus den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und ist wohl auch in Schrifttum und Rechtsprechung niemals ernstlich in Zweifel gezogen worden. Art. 11 AHKG Nr. 8 besagt ausdrücklich, daß die zuständigen deutschen Gerichte, soweit nicht anderes bestimmt ist, in allen die Anwendung dieses Gesetzes betreffenden Angelegenheiten Gerichtsbarkeit ausüben. Dazu gehört auch die Entscheidung über das Bestehen eines Weiterbenutzungsrechts nach Art. 7, wenn dieses in einem Patentverletzungsprozeß als Gegenrecht geltend gemacht wird. Deshalb hat sich, wie das Berufungsgericht zutreffend bemerkt, der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in dem Urteil vom 26. April 1955 (GRUR 1955, 479) in einem Patentverletzungsprozeß im einzelnen mit dem Erwerb eines Weiterbenutzungsrechtes nach Art. 7 AHKG Nr. 8 befassen können, ohne die - dort nicht streitig gewesene - Frage der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für diese Prüfung überhaupt nur aufzuwerfen. Hieran hat auch der sog. "Überleitungsvertrag" nichts geändert (Vertrag zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen in der Fassung der Bekanntmachung vom 30. März 1955, BGBl 1955 II S. 301, 405, auszugsweise abgedruckt in BLPmZ 1955, 169). Der die "ausländischen Interessen in Deutschland" betreffende Zehnte Teil dieses Vertrags hat vielmehr in Art. 8 Abs. 1 ausdrücklich bestimmt, daß das AHKG Nr. 8 in Kraft bleibt, und hat im Zusammenhang mit der Ersetzung der Befugnisse der Besatzungsbehörden durch die Einrichtung eines Rechtswegs zu der Schiedskommission für Güter, Rechte und Interessen in Deutschland wiederholt die Zuständigkeit der deutschen ordentlichen Gerichte in Angelegenheiten des AHKG Nr. 8 erwähnt, so z.B. in Art. 8 Abs. 2, Art. 12 Abs. 1 Buchst. f und Unterabsatz 3, Art. 12 Abs. 2.

2. Die Frage, ob ein Weiterbenutzungsrecht nach Art. 7 AHKG Nr. 8 besteht, kann aber, und zwar wiederum als Vorfrage, auch in einem Verfahren auf Festsetzung der Lizenzbedingungen für das Weiterbenutzungsrecht vor dem Großen Senat des Deutschen Patentamts - jetzt des Bundespatentgerichts (§ 13 des Sechsten Überleitungsgesetzes) - nach Art. 7 Abs. 1 Satz 2 und 3 auftreten. In einem solchen Verfahren ist dann der Große Senat selbst auch für die Prüfung der Voraussetzungen für die Entstehung des Weiterbenutzungsrechts zuständig. Auf diesen Standpunkt hat sich der Große Senat beim Deutschen Patentamt bereits in der Entscheidung vom 2. November 1954 (BLPMZ 1954, 436 = GRUR 1954, 585) gestellt, und das Schrifttum ist ihm hierin gefolgt (Pfanner GRUR 1954, 529 ff, 535 bis 538; Dersin GRUR 1955, 311 ff, 316; Anm. zu Art. 7 AHKG Nr. 8 bei Reimer PatG 2. Aufl. und Busse PatG 2. Aufl.).

Die Frage, ob ein Weiterbenutzungsrecht nach Art. 7 AHKG Nr. 8 besteht, kann mithin als eine Vorfrage sowohl in einem Lizenzfestsetzungsverfahren vom Großen Senat des Bundespatentgerichts als auch in einem Patentverletzungsprozeß vom ordentlichen Gericht zu prüfen und zu entscheiden sein. Soweit sie lediglich als Vorfrage in einem der beiden Verfahren entschieden wird, kann diese Entscheidung schon nach den allgemeinen Grundsätzen der materiellen Rechtskraftwirkung nicht für das andere Verfahren bindend sein. Insoweit besagt auch die Entscheidung des Großen Senats vom 2. November 1954 nichts anderes. Es heißt dort zwar, der Senat vertrete die Auffassung, daß das Festsetzungsverfahren nach Art. 7 für die Prüfung der dort geregelten Voraussetzungen eines Weiterbenutzungsrechts "ausschließlich zuständig" sei; es heißt aber gleich anschließend, daß diese Frage "im vorliegenden Instanzenzug nicht allein zu entscheiden" sei.

Die Auffassung des Großen Senats in der Entscheidung vom 2. November 1954 geht indes darüber hinaus offenbar dahin, daß er bei der Entscheidung über das Bestehen eines Weiterbenutzungsrechts im Rahmen eines Lizenzfestsetzungsverfahrens - für das er allein zuständig ist - auch nicht durch eine Entscheidung eines ordentlichen Gerichts gebunden werden könnte, die das Bestehen des Weiterbenutzungsrechts als solches, nicht nur als Vorfrage zum Gegenstand hätte. In diesem Sinne hatte auch bereits das Oberlandesgericht Freiburg in dem Urteil vom 7. Mai 1953 (BlPMZ 1955, 267) die Zuständigkeit des Großen Senats für Streitigkeiten um eine Lizenzgebühr nach dem AHKG Nr. 8 als eine ausschließliche Zuständigkeit nicht nur in bezug auf die Höhe dieser Gebühren, sondern auch in bezug auf ihre Voraussetzungen bezeichnet.

Inwiefern diese Auffassung aus den Regelungen des AHKG Nr. 8 herzuleiten war, kann unerörtert bleiben. Denn daß sie zutreffend ist, ergibt sich jetzt jedenfalls aus den Regelungen im Zehnten Teil des Überleitungsvertrages. Dort ist in Art. 8 Abs. 2 Buchst. a) und Art. 12 Abs. 1 Buchst. f) unter anderem bestimmt, daß gegen jede (letztinstanzliche) Entscheidung des Großen Senats im Falle des AHKG Nr. 8 Berufung an die Schiedskommission für Güter, Rechte und Interessen in Deutschland eingelegt werden kann; und deren Satzung, die ebenfalls ein Bestandteil des Überleitungsvertrages ist, bestimmt in Art. 6 Abs. 2, daß die Kommission für Streitigkeiten im Rahmen ihrer sachlichen Zuständigkeit, die ihr in erster Instanz oder als Berufungsinstanz unterbreitet werden, "ausschließliche Gerichtsbarkeit" hat, so daß kein Gericht der Unterzeichnerstaaten in diesen Angelegenheiten "zuständig" ist. Was dort für die Schiedskommission als Berufungsinstanz gesagt ist, muß auch auf

den Großen Senat des Bundespatentgerichts als erste Instanz zurückwirken. Es wäre mit Sinn und Zweck eines Instanzenzugs nicht vereinbar, wenn in einem Lizenzfestsetzungsverfahren nach Art. 7 AHKG Nr. 8 die Berufungsinstanz (die Schiedskommission) für das gesamte Verfahren und damit auch für die darin als Vorfrage zu entscheidende Frage des Bestehens eines Weiterbenutzungsrechts die ausschließliche Gerichtsbarkeit - unter Ausschluß der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte - haben sollte, die erste Instanz dagegen (der Große Senat) in der Entscheidung über diese Vorfrage durch die Entscheidung eines ordentlichen Gerichts sollte gebunden werden können.

Daraus folgt, daß die hier von der Klägerin erhobene Zwischenfeststellungsklage (Nr. 4 der Klaganträge) unzulässig ist. Der Zweck einer Zwischenfeststellungsklage (§ 280 ZPO) ist die Ausdehnung der Rechtskraftwirkung auf den Grund der Klage; sie ist ein Ersatz dafür, daß die Elemente der Entscheidung nicht in Rechtskraft übergehen. Aus diesem Zweck der Zwischenfeststellungsklage ergibt sich aber zugleich eine Einschränkung ihrer Zulässigkeit. Wie in ständiger Rechtsprechung anerkannt ist (RGZ 126, 234, 237; 144, 54, 59; 170, 328, 330; BGH GRUR 1955, 156), ist für eine Zwischenfeststellungsklage dann kein Raum, wenn schon durch die Entscheidung auf die Hauptklage die Rechtsbeziehungen, die sich aus dem streitigen Rechtsverhältnis ergeben, mit Rechtskraftwirkung erschöpfend klargestellt werden und deshalb die besondere Feststellung des Rechtsverhältnisses für den Feststellungskläger keinen Zweck mehr haben kann. So liegen die Dinge auch im vorliegenden Fall. Die mit der Zwischenfeststellungsklage der Klägerin zur Entscheidung gestellte

Frage, ob dem Beklagten gegenüber den Klagepatenten 948 186 und 972 424 ein Weiterbenutzungsrecht im Sinne des Art. 7 AHKG Nr. 8 zusteht oder nicht, ist im Rahmen des vorliegenden Verletzungsprozesses eine Vorfrage, über die bei der Entscheidung über die Klaganträge zu Nr. 1 und Nr. 2 ohnehin zu entscheiden ist. Darüber hinaus könnte die Entscheidung der Frage nach Lage der Sache nur für das bereits anhängige Lizenzfestsetzungsverfahren vor dem Großen Senat des Bundespatentgerichts von Bedeutung werden. Gerade dort aber hat, wie ausgeführt, der Große Senat selbst und auf eine etwaige Berufung die Schiedskommission ausschließlich auch über diese Frage zu entscheiden, ohne an die Entscheidung des ordentlichen Gerichts hierüber gebunden zu sein. Die Rechtskraftwirkung der hier erhobenen Zwischenfeststellungsklage hinsichtlich des streitigen Weiterbenutzungsrechts des Beklagten würde daher nicht über das hinausgehen, was aus dem Bestehen oder Nichtbestehen des Weiterbenutzungsrechts für die Entscheidung des vorliegenden Patentverletzungsprozesses folgt. Die Zwischenfeststellungsklage muß deshalb als unzulässig abgewiesen werden.

3. Das Berufungsgericht ist in Übereinstimmung mit den Parteien davon ausgegangen, daß die Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED] ein Weiterbenutzungsrecht nach Art. 7 Abs. 1 AHKG Nr. 8 an den Lehren der Klagepatente durch deren Benutzung in der Zeit bis zum 30. September 1949 erworben und bis zum Abschluß des Gesellschaftsaufhebungsvertrages vom 26. Februar 1951 behalten hat. Es nimmt, wie sich aus dem Zusammenhang des Urteils ergibt, ferner an, daß das Weiterbenutzungsrecht auch nach Abschluß dieses Vertrages bei der nunmehr von der Witwe Schw[REDACTED] allein weitergeführten Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED] verblieben

ist. Die vom Beklagten vertretene Meinung, aus Nr. 4 Satz 4 des Vertrages (kein Konkurrenzverbot für die Eheleute K[REDACTED]) folge, daß auch er zur weiteren Herstellung der Kaltwelle unter der Marke "T[REDACTED]" berechtigt gewesen sei, bezeichnet das Berufungsgericht unter Hinweis auf die vorangehenden Sätze 2 und 3 als unhaltbar. Der Beklagte hat diese Meinung auch in der Revisionsinstanz nicht fallen gelassen und darüber hinaus die Meinung vertreten, daß ihm das Weiterbenutzungsrecht auch schon deshalb zustehe, weil er selber die Lehren der Klagepatente zunächst im Rahmen der Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED] benutzt und sodann nach seinem Ausscheiden aus dieser Firma ohne wesentliche zeitliche Unterbrechung in seiner eigenen Firma weiterbenutzt habe. Mit diesen Meinungen vermag der Beklagte schon deshalb nicht durchzudringen, weil es hier nur um das vom Gesetz gegebene, dem Patentinhaber gegenüber wirkende Weiterbenutzungsrecht des Art. 7 AHKG Nr. 8, nicht um etwaige wettbewerbliche Vereinbarungen zwischen den ehemaligen Gesellschaftern der Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED] geht, und weil das Weiterbenutzungsrecht des Art. 7, wenn es durch Benutzung in einem Betrieb entstanden ist, ebenso wie das sog. private Vorbenutzungsrecht des § 7 Abs. 1 PatG und das Weiterbenutzungsrecht des § 43 Abs. 4 PatG an diesem Betrieb haftet und bei einer Änderung der rechtlichen Zugehörigkeit des Betriebs jedenfalls nicht vervielfältigt, und zwar weder verdoppelt noch gespalten werden kann (ebenso RGZ 112, 242, 245 zu dem insoweit vergleichbaren Zwischenbenutzungsrecht nach § 7 des Patentverlängerungsgesetzes vom 27. April 1920). Da hier das Weiterbenutzungsrecht nach der rechtsirrtumsfreien Annahme des Berufungsgerichts im Zuge der Auflösung der Gesellschaft durch den Vertrag vom 26. Februar 1951 bei der die Firma

Schw[REDACTED] & H[REDACTED] und deren Betrieb fortführenden Witwe Schw[REDACTED] verblieben ist, kann es also nicht zugleich in irgendeiner Weise auch bei dem Beklagten verblieben sein.

4. Mit Recht hat es das Berufungsgericht daher für das Ergebnis des Rechtsstreits als allein entscheidend angesehen, ob der Beklagte das bei der Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED] verbliebene Weiterbenutzungsrecht später, nämlich im Konkurs ihrer nunmehrigen Alleininhaberin durch deren Konkursverwalter, übertragen erhalten hat. Dabei erörtert das Berufungsgericht zunächst die Rechtsfrage, ob ein nach Art. 7 Abs. 1 AHKG Nr. 8 begründetes Weiterbenutzungsrecht überhaupt übertragbar ist. Ob die Übertragbarkeit des Weiterbenutzungsrechts, wie das Berufungsgericht meint, schon aus den Schlußworten des Art. 7 Abs. 1 Buchstabe a) folgt ("die über diese Rechte vor dem 1. Oktober 1949 weder verfügt haben noch dieser Rechte verlustig gegangen sind"), mag dahinstehen. Es genügt hier, in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht festzustellen, daß kein Grund ersichtlich ist, warum ein Weiterbenutzungsrecht nach Art. 7 AHKG Nr. 8, wenn es durch Benutzung in einem Betrieb entstanden ist, nicht ebenso wie ein privates Vorbenutzungsrecht nach § 7 Abs. 1 PatG oder ein Weiterbenutzungsrecht nach § 43 Abs. 4 PatG jedenfalls "zusammen mit dem Betrieb" sollte vererbt oder veräußert werden können. Daß das AHKG Nr. 8 keine ausdrückliche Bestimmung hierüber enthält, spricht nicht gegen, sondern für diese Auffassung. Diese Auffassung ist denn auch nicht nur schon seit jeher im deutschen Schrifttum vertreten worden (vgl. u.a. Pfanner GRUR 1954, 529 ff, 532 links und 553 rechts), sie ist vielmehr auch die Auffassung der Schiedskommission für Güter, Rechte und Interessen in Deutschland. Entgegen

den Zweifeln, die die 3. Kammer der Schiedskommission in der von der Revision vorgelegten Vorlageverfügung an das Plenum vom 12. März 1962 in der Lizenzfestsetzungssache der Klägerin gegen die Firma Carl V. [REDACTED] geäußert hatte, hat das Plenum der Schiedskommission in dem gleichfalls von der Revision vorgelegten Urteil vom 27. Juni 1963 in der Lizenzfestsetzungssache der Klägerin gegen die Firma M. [REDACTED] - Elektro-Apparatebau ausgeführt: sie halte es zwar nicht für nötig, alle Aspekte der Frage zu prüfen, ob gutgläubige Zwischenbenutzer ihre Rechte gemäß Art. 7 AHKG Nr. 8 übertragen könnten, so daß der Erwerber als Benutzer im Sinne des Art. 7 gelte und als solcher das Recht habe, sich auf die Bestimmungen des Artikels zu berufen, - sie sei aber der Meinung, daß der Erwerber wenigstens dann ein solches Recht habe, wenn er auch den gesamten Betrieb erworben habe, in dem der Gegenstand hergestellt worden sei, auf den sich die durch das Patent geschützte Erfindung beziehe. Wenn die Revision meint, die Regelung des § 7 Abs. 1 PatG lasse sich hier schon deshalb nicht zum Vergleich heranziehen, weil es sich bei den Regelungen des AHKG Nr. 8 um den Schutz der Interessen eines ausländischen Patentinhabers handle, der - anders als im Falle des § 7 Abs. 1 PatG - zudem noch der ältere Erfinder sei, so läßt sie mithin außer acht, daß es die Auffassung gerade auch der zur Entscheidung über die ausländischen Interessen in Deutschland eingesetzten Schiedskommission ist, gegen die sie ankämpft.

5. In eingehenden Erörterungen, die noch durch die in Bezug genommenen Ausführungen des Landgerichts zu ergänzen sind, gelangt das Berufungsgericht schließlich zu der aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe zu entnehmenden Feststellung, daß der Konkursverwalter

Kr. [REDACTED] das im Betrieb der Firma Schw. [REDACTED] & H. [REDACTED] entstandene Weiterbenutzungsrecht an den Klagepatenten zusammen mit dem auf die Kaltwellpräparate bezüglichen Teil des Betriebs auf den Beklagten übertragen hat. Die Angriffe der Revision gegen diese Feststellung können keinen Erfolg haben.

a) Das Berufungsgericht weist zunächst darauf hin, daß bei der Übertragung des Restbestandes eines zusammengebrochenen Betriebs durch einen Konkursverwalter andere Verhältnisse vorlägen und andere Maßstäbe anzulegen seien als bei der Übertragung eines lebenden Betriebs. Es erinnert ferner daran, daß zur Zeit der Übertragung des "Restbestandes der Kaltwelle" auf den Beklagten im Juli 1951 weder der Konkursverwalter noch der Beklagte Kenntnis von der Existenz eines Weiterbenutzungsrechts haben konnten, weil die für den Eintritt des Patentschutzes in Deutschland maßgebliche Bekanntmachung der deutschen Anmeldungen der beiden Klagepatente erst später, nämlich am 20. März und 19. Juni 1952, erfolgte. Schließlich schickt das Berufungsgericht der eigentlichen Beweiswürdigung noch einige andere allgemeine Bemerkungen über Umstände voraus, von denen bei der Beweiswürdigung ausgegangen werden müsse: Für die Richtigkeit der Darstellung des Beklagten spreche eine gewisse Wahrscheinlichkeit; er habe an der Kaltwelle unstreitig ein Interesse gehabt; daß er nur die Marke, die Etiketten und die restlichen Materialien, nicht aber das Rezept habe erwerben wollen, sei nicht sehr wahrscheinlich, falls er nicht den Konkursverwalter Kr. [REDACTED] um den Wert des ihm bekannten Rezeptes habe prellen wollen; dafür seien jedoch keine Anhaltspunkte vorhanden, weil Kr. [REDACTED] und seine Angestellte Kop. [REDACTED] von der Existenz der Kaltwelle Kenntnis

gehabt und gewußt hätten, daß der Beklagte auch nach der Trennung von Frau Schw[REDACTED] an der Kaltwelle weiter gearbeitet hatte, und weil der Beklagte während des Konkurses wegen der Kaltwelle an den Konkursverwalter herantreten sei. Für die Zuverlässigkeit der Darstellung des Beklagten spreche ferner, daß seine, von der Klägerin zunächst in Bausch und Bogen als unrichtig bestrittenen Angaben über den Erwerb von Gegenständen aus der Konkursmasse sich zum Teil urkundlich hätten belegen lassen. Es komme schließlich hinzu, daß es sich um einen 10 Jahre zurückliegenden Sachverhalt handle und das Bestehen des Weiterbenutzungsrechts bis Ende des Jahres 1957 unstreitig gewesen sei, so daß auch aus diesen Gründen an die Beweisführung nicht zu strenge Anforderungen gestellt werden könnten.

b) Die eigentliche Beweiswürdigung und Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen findet sich in dem Urteil des Landgerichts, auf das das Berufungsgericht insoweit ausdrücklich Bezug nimmt.

Das Landgericht war auf Grund des Inhalts der Konkursakten und der Aussagen des Konkursverwalters Kr[REDACTED] sowie seiner Angestellten Kop[REDACTED] im wesentlichen zu folgenden Ergebnissen gelangt: Der Beklagte habe aus der Konkursmasse dasjenige erhalten, was von dem Geschäft noch zu verwerten war, nämlich insbesondere den Namen "T[REDACTED]". Weiteres habe er aus der Masse nicht erwerben können und auch nicht zu erwerben brauchen. Denn die Kaltwellenrezepte sowie der Kunden- und Lieferantensammeln seien ihm aus seiner Tätigkeit als Gesellschafter der Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED] ohnehin bekannt gewesen. Man würde den damaligen tatsächlichen Verhältnissen nicht

gerecht werden, wenn man fordern wollte, daß der Beklagte diese Dinge noch ausdrücklich hätte erwerben sollen. Dem Konkursverwalter sei bekannt gewesen, daß die Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED] sich mit der Herstellung von Kaltwellpräparaten befaßt habe, und was insoweit zu verwerten gewesen sei, habe er an den Beklagten veräußert. Daß noch weitere Interessenten vorhanden gewesen wären, sei dem Konkursverwalter nicht erinnerlich. Der Konkursverwalter sei somit zumindest stillschweigend damit einverstanden gewesen, daß der Beklagte die Kaltwellenproduktion nach den Rezepten der Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED] weiterführte und die Geschäftsbeziehungen dieser Firma zu Kunden und Lieferanten für sich ausnutzte.

c) In seinen eigenen, zusätzlichen Bemerkungen hat sich das Berufungsgericht dann im wesentlichen nur noch mit den Angriffen der Klägerin auf die Beweiswürdigung des Landgerichts befaßt. Es hat insoweit ausgeführt: Daß der Beklagte für die aus der Konkursmasse erworbenen Gegenstände nur den niedrigen Preis von 400,-- DM bezahlt habe, sei ohne entscheidende Bedeutung, weil im Jahre 1951 die Patentanmeldungen der Klägerin noch nicht bekannt gewesen seien und ersichtlich keiner der Beteiligten den Kaltwellenrezepten einen großen Wert beigemessen habe. Wenn der Konkursverwalter als Zeuge gesagt habe, daß der Beklagte, "soweit der Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED] Rechte zustanden", diese bekommen habe, so schließe das die Kaltwellenrezepte ein. Der Zuverlässigkeit der Zeugenaussage des Konkursverwalters stehe der Inhalt einiger seiner Schreiben während des Prozesses nicht entgegen, da nicht er, sondern seine Angestellte Kop[REDACTED] diese Schreiben verfaßt habe. Aber auch deren Aussage stütze die Darstellung des Beklagten in entscheidenden

Punkten; sie habe ausdrücklich bestätigt, daß der Beklagte während des Konkursverfahrens "wegen dieser Kaltwellsachen" an den Konkursverwalter herangetreten sei, und sie habe deshalb den - vom Konkursverwalter bestätigten - Eindruck gehabt, daß der Beklagte alles übernommen habe, was mit den Flaschen, den Demions und den Etiketten zusammenhing. Auch das Schreiben des Konkursverwalters an das Konkursgericht vom 24. September 1951 ergebe nichts Gegenteiliges. Es sei dort zwar nur von dem nicht eingetragenen Zeichen "T" und nicht auch von den Rezepten die Rede gewesen; wie aber bei der Übertragung eines eingetragenen Zeichens, da dieses nur mit dem Geschäftsbetrieb oder dem Teil des Geschäftsbetriebs, zu dem es gehöre, übertragen werden könne, eine tatsächliche Vermutung für die Mitübertragung des zum Geschäftsbetrieb gehörigen Rezeptes spreche, so könne auch hier nichts anderes gelten, weil eine Zurückbehaltung der Kaltwellenrezepte nur dann einen wirtschaftlich vernünftigen Sinn gehabt haben würde, wenn der Konkursverwalter die Rezepte später auf einen anderen hätte übertragen wollen, andere Interessenten für die Kaltwelle aber nicht vorhanden gewesen seien.

d) Die Rügen der Revision sind zu einem Teil bloße Angriffe gegen die Beweiswürdigung der Tatsacheninstanzen oder beruhen - wie der Angriff gegen die unter c) zuletzt genannte Erwägung des Berufungsgerichts - auf einem Mißverständnis des vom Tatrichter Gemeinten. Im übrigen und im wesentlichen aber gehen die Rügen der Revision dahin, daß der Tatrichter zu geringe Anforderungen an den Beweis des entscheidungserheblichen Sachverhalts gestellt habe und daß aus dem vom Tatrichter festgestellten Sachverhalt nicht folge, daß der Konkursverwalter dem Beklagten einen Geschäftsbetrieb samt dem darin entstandenen

Weiterbenutzungsrecht übertragen habe. Auch diese Rügen sind jedoch nicht berechtigt.

Das Berufungsgericht hat nicht, wie die Revision meint, die Beweislast verkannt, oder zu geringe Anforderungen an den Beweis gestellt und einen Beweis des ersten Anscheins genügen lassen. Es hat lediglich, und zwar mit Recht, bei seinen Anforderungen an das, was zu beweisen und festzustellen war, die besonderen Umstände des Falles in Rechnung gestellt, die insbesondere darin liegen, daß der Betrieb, um dessen Übertragung es geht, zusammengebrochen und in Konkurs geraten war, und daß das Weiterbenutzungsrecht, das mit diesem Betrieb übertragen worden sein soll, den Beteiligten als ein Recht gar nicht bekannt war.

Wenn - wie es hier der Fall war - der Konkursverwalter den Betrieb des Gemeinschuldners nicht fortführt und ihn daher auch nicht demnächst als einen "lebenden" Betrieb veräußern kann, so muß er doch jedenfalls alles das, was von dem Betrieb in die Konkursmasse gefallen ist, in Verwaltung nehmen und verwerten (§ 117 KO). Veräußert er alles das alsbald geschlossen an eine Person, die damit ihrerseits den zusammengebrochenen Betrieb fortführen will, so muß das als die Übertragung eines Betriebs genügen, mit der zusammen ein in dem Betrieb entstandenes Weiterbenutzungsrecht übertragen werden kann. Mit Recht hat es das Berufungsgericht - wie auch schon das Landgericht - daher darauf abgestellt, daß der Beklagte alles, was als "Restbestand der Kaltwelle" in der Konkursmasse vorhanden war, - die Marke "T■■■■", das Kaltwellenrezept sowie restliche vorhandene Materialien, wie Etiketten, Flaschen und Chemikalien -, vom Konkursverwalter hat erwerben wollen und daß andererseits der Konkursverwalter

alles, was mit der Herstellung und dem Vertrieb der Kaltwellenpräparate zusammenhing, nur dem Beklagten und keinem anderen hat zukommen lassen wollen, so daß also der "Betrieb" und damit auch das in ihm entstandene Weiterbenutzungsrecht in einer Hand blieb. Daß der Konkursverwalter keine "Urkunde" über die Veräußerungen an den Beklagten gefertigt und daß er diese Veräußerungen dem Konkursgericht gegenüber nur als eine Art "Verzicht" auf Rechte an der Bezeichnung "T[REDACTED]" hingestellt hat, brauchte der aus der Würdigung aller Umstände gewonnenen Überzeugung der Tatsacheninstanzen, daß der Konkursverwalter den gesamten Restbestand des Kaltwellenbetriebs auf den Beklagten übertragen habe, nicht entgegenzustehen.

Da ferner das Weiterbenutzungsrecht den Beteiligten als ein Recht nicht bekannt war, konnte das Berufungsgericht auch nicht feststellen, daß der Konkursverwalter dem Beklagten ein solches "Recht" hätte übertragen wollen. Es mußte es vielmehr - ebenso wie das Landgericht - genügen lassen, daß der Konkursverwalter mit dem Beklagten darüber einig geworden war, daß der Beklagte - und nur der Beklagte - mit dem aus der Konkursmass erworbenen "Restbestand der Kaltwelle" die das Weiterbenutzungsrecht begründenden Benutzungshandlungen der Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED] tatsächlich fortsetzen sollte und durfte. Daß der Beklagte sich vor der Eröffnung des Konkurses in Nr. 4 des Vertrages vom 26. Februar 1951 der Witwe Schw[REDACTED] gegenüber ausdrücklich verpflichtet hatte, von dem Zeichen "T[REDACTED]" und den Rezepten, insbesondere dem Kaltwellenrezept - die sämtlich bei der Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED] verbleiben sollten -, keinerlei Gebrauch irgendwelcher Art zu machen, war entgegen der Meinung der Revision kein Grund, besonders strenge Anforderung

an den Beweis zu stellen, daß der Beklagte trotz dieses "Verzichts" dann doch das Weiterbenutzungsrecht aus der Konkursmasse erworben hat. Die Benutzung der Lehren der Klagepatente und der diese Lehren konkretisierenden "Rezepte" stand bis zur Bekanntmachung der Patentanmeldungen in Deutschland hier patentrechtlich an sich jedermann frei. Die Vereinbarung in Nr. 4 des Vertrags vom 26. Februar 1951 konnte deshalb nur eine wettbewerbliche Vereinbarung zwischen der Witwe Schw[REDACTED] und dem Beklagten gewesen sein, die von selbst entfiel, wenn der Betrieb der Witwe Schw[REDACTED] weder von ihr noch vom Konkursverwalter fortgeführt, sondern sein Restbestand auf den Beklagten selbst übertragen wurde. Auf das vom Gesetz gegebene, dem Patentinhaber gegenüber wirksame Weiterbenutzungsrecht aber hatte der Beklagte in dem Vertrag vom 26. Februar 1951 - abgesehen davon, daß er das Recht gar nicht kannte - auch schon deshalb nicht "verzichten" können, weil das Recht nicht ihm, sondern dem jeweiligen Betriebsinhaber, also bisher der Gesellschaft und nunmehr der Witwe Schw[REDACTED], zustand. Wesentlich ist allein, daß der Beklagte sich durch seine Vereinbarungen mit dem Konkursverwalter das Recht sicherte, daß die Mittel, mit denen im bisherigen Betrieb der Gesellschaft und dann der Witwe Schw[REDACTED] die Lehren der Klagepatente benutzt worden waren, nunmehr künftig ihm und nur ihm zur Verfügung standen, um damit die in dem Betrieb begonnene Benutzung der Klagepatente fortzusetzen. Ob er meinte, daß er die Benutzung der Lehren der Klagepatente auch ohne diese Mittel hätte fortsetzen dürfen, und ob er das in der Zwischenzeit zwischen seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft und dem Erwerb der Mittel aus der Konkursmasse tatsächlich auch getan hat, ist unerheblich. Ebenso ist es unerheblich, wieviel von dem Bestand des zusammengebrochenen Betriebs er gegen Be-

zahlung aus der Konkursmasse "gekauft" hat; was er aus seiner Tätigkeit als Gesellschafter der Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED] bereits wußte und kannte - wie die Rezepte, den Kundenstamm und den Lieferantenstamm -, das brauchte er nicht noch einmal gegen Bezahlung zu "kaufen"; insoweit genügte es, wenn ihm gestattet wurde, daß er und nur er dieses Wissen und diese Kenntnisse nunmehr bei der Fortsetzung des Betriebs in seiner eigenen Firma verwertete.

Bei Berücksichtigung dieser besonderen Umstände des vorliegenden Falles tragen die einzelnen tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts und des Berufungsgerichts entgegen der Meinung der Revision das Ergebnis, daß der Konkursverwalter Kr[REDACTED] zusammen mit dem auf die Kaltwellenpräparate bezüglichen gesamten Restbestand des Betriebes der Firma Schw[REDACTED] & H[REDACTED] zugleich das im Betrieb dieser Firma entstandene Weiterbenutzungsrecht an den Klagepatenten auf den Beklagten übertragen hat.

6. Die Revision der Klägerin war nach alledem zurückzuweisen, und zwar, wie aus den Ausführungen oben bei 2. folgt, mit der Maßgabe, daß ihre Zwischenfeststellungsklage als unzulässig abgewiesen wird.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Nastelski Spreng Löscher Claßen Schneider