

Verkündet
am 14. April 1964
Oechler, Just.-Angest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma Bergbau AG. Lo [REDACTED] in B [REDACTED], vertreten
durch ihren Vorstand, bestehend aus

- a) Bergassessor a.D. Günther V [REDACTED], B [REDACTED],
- b) Clemens v [REDACTED] Br [REDACTED], B [REDACTED],
- c) Dr. jur. Wolfgang D [REDACTED], B [REDACTED]-Ge [REDACTED],
Lot [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Senatspräsidenten a.D. Dr. Heinrich G [REDACTED] in
P [REDACTED] a.d. B [REDACTED], Ha [REDACTED] r [REDACTED] [REDACTED],

- 2. a) Frau Käto G [REDACTED], Fa [REDACTED] (T [REDACTED]),
- b) Dr. rer.pol. Paul Josef G [REDACTED], S [REDACTED],
- c) Heinz G [REDACTED], F [REDACTED] a.M.,
- d) Frau Angela Sch [REDACTED], geb. G [REDACTED], Fa [REDACTED],
- e) Frau Käto Le [REDACTED], geb. G [REDACTED], O [REDACTED],

- zu a) - e) in ungeteilter Erbgemeinschaft als Rechts-
nachfolger des verstorbenen Dipl.Ing. Dr. Paul G [REDACTED]
aus P [REDACTED]/E [REDACTED] -

3. den Rechtsanwalt und Notar Dr. [REDACTED],
[REDACTED], [REDACTED], in seiner Eigenschaft
als Testamentsvollstrecker über den Nachlaß des am 16.
Februar 1960 verstorbenen Rechtsanwalts und Notars Paul
H [REDACTED] aus B [REDACTED],

- 4. a) Frau Barbara He [REDACTED], geb. Li [REDACTED], jetzt N [REDACTED]
b. K [REDACTED], Haus a [REDACTED] W [REDACTED],
- b) Fräulein Petra Maria Li [REDACTED], We [REDACTED], Ha [REDACTED]-Sa [REDACTED]-
Straße [REDACTED],

- zu a) und b) in ungeteilter Erbgemeinschaft als Rechts-
nachfolger des verstorbenen Dr.Ing. e.h. Leopold Li [REDACTED]
aus Be [REDACTED] -

5. a) Frau Annemarie B[redacted] geb. R[redacted] in M[redacted]/
Wes[redacted], Er[redacted]weg [redacted],
b) Dagmar R[redacted], minderjährig,
c) Holga R[redacted], minderjährig,

- zu b) und c) gesetzlich vertreten durch ihre
Mutter Frau Ilse Wa[redacted] geb. R[redacted], [redacted] Ev[redacted]
Road, Fi[redacted] L[redacted] -

- zu a) - c) in ungeteilter Erbengemeinschaft als
Rechtsnachfolger des verstorbenen Betriebsführers
H.D. Heinrich R[redacted] aus Wan[redacted]-E[redacted] -

- zu 1. - 5. als Rechtsnachfolger der "U[redacted] Gesell-
schaft für bergbauliche Unternehmungen mbH." Be[redacted] -

Klägerin und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

hat der Ia-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 23. Januar 1964 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Nastolski und der Bundes-
richter Dr. Bock, Dr. Spengler, Claßen und Schneider

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das am 30. März
1962 verkündete Urteil des 4. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Hamm/Westf. wird auf Kosten
der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen,
daß die Urteilsformel folgende neue Fassung
erhält:

Auf die Berufung der Beklagten und die Anschluß-
berufung der Kläger wird - unter Zurückweisung
der beiden Rechtsmittel im übrigen - das am
9. April 1929 verkündete Urteil der 3. Zivil-
kammer des Landgerichts Bochum abgeändert und
neu gefaßt.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger zu 1,
2, 4 und 5 8.000,-- DM nebst 6 % Zinsen seit
dem 1. Januar 1933 zu zahlen.

- ? b -

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

**Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich
der Kosten der früheren Revisionen werden
gegenseitig aufgehoben.**

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile

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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Parteien streiten miteinander darum, ob die Beklagte in den Jahren 1926 bis 1937 in ihren Zechen "Lo[REDACTED]" und "Pr[REDACTED]" das am 31. Oktober 1919 angemeldete und am 31. Oktober 1937 erloschene DRP 337 150 betreffend "Ausrüstung eines im Verhieb stehenden Flözteils mit Vorrichtungen zur Bekämpfung von Grubenexplosionen" verletzt hat. Dies wird von dem angefochtenen Urteil des Oberlandesgerichts vom 30. März 1962 bejaht, das dabei von folgendem Sachverhalt ausgeht:

Die Kläger bilden eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die sich des Gesellschaftsnamens "U[REDACTED]" bedient. Diese Bezeichnung leitet sich von der Firma einer ehemaligen GmbH her, der "U[REDACTED] Gesellschaft für bergbauliche Unternehmungen mit beschränkter Haftung" mit dem Sitz in Be[REDACTED]. Durch Gesellschafterbeschuß vom 20. Mai 1940 wurde die Umwandlung der GmbH in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts beschlossen. Gesellschafter der so begründeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts sind die jetzigen Kläger.

Zu den Gesellschaftern der seit 1940 bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts gehörte der inzwischen verstorbene frühere Betriebsführer Heinrich R[REDACTED] aus Wan[REDACTED]-E[REDACTED]. Ihm war mit Wirkung vom 1. November 1919 durch das Reichspatentamt das Patent Nr. 337 150 erteilt worden. Er hat es später auf die U[REDACTED]-GmbH. (die Rechtsvorgängerin der jetzigen Kläger) übertragen; die Umschreibung geschah am 8. Juni 1929.

Wegen Verletzung dieses Patents leitete die U- -GmbH. bereits im Jahre 1927 den vorliegenden Rechtsstreit gegen die Beklagte beim Landgericht Bochum ein. Der Rechtsstreit gelangte nach dem ersten Urteil des Landgerichts im Wege der Sprungrevision zum ersten Male an das Reichsgericht; er wurde durch Urteil des Reichsgerichts vom 3. März 1928 - I 242/27 - (abgedruckt in RGZ 120/265) an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Berufung und Anschlußberufung beider Parteien gegen das zweite Urteil des Landgerichts Bochum vom 9. April 1929 wurde der Rechtsstreit bei dem Oberlandesgericht Hamm anhängig, das in den folgenden Jahren mehrere Urteile erließ, die sämtlich unter Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht vom Reichsgericht aufgehoben wurden. Es handelt sich, der Zeitfolge nach geordnet, um folgende Urteile:

- a) OLG-Urteil I vom 18. Juli 1936 (3 U 192/29);
- b) RG-Urteil I vom 19. November 1937 (I 196/36);
- c) OLG-Urteil II vom 19. Mai 1938 (3 U 3/38);
- d) RG-Urteil II vom 24. März 1939 (I 116/38);
- e) OLG-Urteil III vom 16. Februar 1940 (3 U 123/39);
- f) RG-Urteil III vom 16. September 1941 (I 32/40).

Seit Mai 1958 wird der Rechtsstreit durch die jetzigen Kläger oder ihre Rechtsvorgänger weiter betrieben. Dabei hat die Beklagte ihren ursprünglichen Berufungsantrag, das Landgerichtsurteil vom 9. April 1929 aufzuheben und die Klage abzuweisen, wiederholt, und ferner beantragt, die Anschlußberufung der Kläger zurückzuweisen. Die Kläger ihrerseits haben Zurückweisung der Berufung und zum anderen im Wege der Anschlußberufung beantragt, die Beklagte zur Zahlung eines im

Verhältnis 10 : 1 umgestellten Betrages von 36 296,70 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 1. Januar 1933 zu verurteilen.

Das Oberlandesgericht hat den Klägern durch Urteil vom 30. März 1962 unter Abweisung der weitergehenden Klage einen Betrag von 8 000,-- DM nebst 6 % Zinsen seit dem 1. Januar 1933 zugesprochen.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Revision eingelegt, mit der sie ihren Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiterverfolgt, während die Kläger um Zurückweisung der Revision bitten.

Hilfsweise haben die Kläger mit Rücksicht auf die Übertragung des Gesellschafter-Anteils des 1960 verstorbenen Klägers H. auf andere Kläger beantragt:

die Revision mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß die Beklagte im Rahmen des Berufungsurteils zur Leistung an die Kläger zu 1), 2), 4) und 5) verurteilt wird.

Entscheidungsgründe:

A. Vollmacht.

In der Berufungsinstanz hatte die Beklagte durch einen wenige Tage vor der letzten mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsatz den Mangel der Prozeßvollmacht gerügt. Diese Rüge hat das Berufungsgericht unter Hinweis auf § 529 ZPO als verspätet zurückgewiesen.

Diese prozessuale Maßnahme wird von der Revision unter Berufung auf den Grundsatz des § 88 Abs. 1 ZPO, wonach der Mangel der Vollmacht in jeder Lage des Rechtsstreits gerügt werden kann, beanstandet. Es erübrigt sich jedoch, auf die Rechtsfrage einzugehen, ob die Rüge der fehlenden Vollmacht unter die in den §§ 279, 529 ZPO für "Angriffs- und Verteidigungsmittel" getroffenen Regelungen fällt. Denn der Prozeßbevollmächtigte, welcher sich in der Revisionsinstanz für die Kläger bestellt hat, hat Vollmachten sämtlicher im Urteils-Rubrum genannten Kläger vorgelegt. Überdies haben die Kläger in diesen Vollmachten die bisherigen Prozeßhandlungen insgesamt genehmigt. Durch diese Erklärungen sowie durch das Auftreten eines allseits bevollmächtigten Rechtsanwalts in der Revisionsinstanz wäre selbst das Auftreten eines ohne Vollmacht handelnden Rechtsanwalts in der Berufungsinstanz geheilt worden, vgl. RGZ 64, 217; RG in Gruchot 44, 1183. Infolgedessen ist es nicht mehr von Bedeutung, ob das Berufungsgericht bei Zurückweisung der Prozeßrüge aus § 88 Abs. 1 ZPO gemäß § 529 ZPO einen Rechtsfehler begangen hat oder nicht.

B. Aufnahme des Verfahrens.

In einem gewissen Zusammenhang hiermit steht die weitere Verfahrensrüge der Revision, der Rechtsstreit sei nach dem am 27. Juni 1955 eingetretenen Tode des ehemaligen Prozeßbevollmächtigten der Kläger, des Rechtsanwalts Kl., sowie nach dem im Jahre 1960 eingetretenen Tode des damaligen Klägers zu 3), des Rechtsanwalts H. nicht wirksam wieder aufgenommen worden.

Was zunächst den Tod des Rechtsanwalts Kl. [REDACTED] anbetrifft, so hat dieser allerdings gemäß § 244 ZPO, auch ohne daß dem Prozeßgericht davon formell Mitteilung gemacht zu werden brauchte, zur Unterbrechung des Verfahrens geführt. Diese Unterbrechung war nach der Vorschrift des Gesetzes beendet, sobald der bestellte neue Anwalt dem Gericht seine Bestellung angezeigt und das Gericht diese Anzeige dem Gegner von Amts wegen zugestellt hatte.

Vorliegend läßt sich allerdings aus den Prozeßakten nur die Bestellung des neuen Anwalts und nicht die Zustellung des maßgeblichen Schriftsatzes vom 7. Mai 1958 an die Gegenseite feststellen. Indessen hat dieser Verstoß gegen § 250 ZPO nicht zur Folge, daß es vor dem Erlass des Berufungsurteils nicht zu einer wirksamen Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens gekommen wäre. Vielmehr ist gemäß § 295 ZPO eine Heilung des Verfahrensverstoßes dadurch eingetreten, daß die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 2. März 1962 rügelos zur Hauptsache verhandelt hat (vgl. BGHZ 23, 172, 175).

Gleichwohl meint die Revision, die vom letzten Prozeßbevollmächtigten der Kläger in zweiter Instanz erklärte "Aufnahme des Verfahrens" habe rechtsunwirksam bleiben müssen, sofern damals die Vollmachten der Kläger gefehlt hätten. Dieser Auffassung kann nicht beigegeben werden; denn § 244 ZPO verlangt nicht das Vorhandensein einer gültigen Prozeßvollmacht und räumt dem Gericht nicht einmal die Befugnis ein, vom Neubestellten Anwalt die Vorlage einer Vollmacht zu verlangen. Vielmehr stellt § 244 ZPO ausschließlich auf zwei Formalakte ab, nämlich

ob

"der bestellte neue Anwalt seine Bestellung dem Gericht angezeigt und das Gericht die Anzeige dem Gegner von Amts wegen zugestellt hat".

Sind diese beiden Formalbedingungen erfüllt, so muß das Verfahren gemäß § 244 ZPO seinen Fortgang nehmen, und zwar unabhängig davon, ob sich auf Grund einer späteren Rüge des Gegners - vgl. § 88 Abs. 1 ZPO - etwa herausstellen sollte, daß der Neubestellte Anwalt nicht im Besitz einer Prozeßvollmacht gewesen war. Auch im Schrifttum wird daher nur der Standpunkt vertreten, daß die Vollmacht des sich Bestellenden neuen Anwalts erst im nachfolgenden Verfahren nach § 88 ZPO nachprüfbar sei (vgl. Stein-Jonas § 244 Anm. III; Baumbach-Lauterbach § 244 Anm. 2).

Ein näheres Eingehen auf diese Rüge erübrigt sich auch deshalb, weil die Bestellung des neuen OLG-Anwalts in dem von der Revision angenommenen Falle, daß er keine gültige Prozeßvollmacht besessen hätte, jedenfalls durch die in der Revisionsinstanz ausgesprochenen Genehmigungen gedeckt wäre.

Was weiterhin den Tod des ehemaligen Klägers Hackert anbetrifft, so konnte dieser nicht zu einer Unterbrechung des Verfahrens führen, weil § 239 ZPO in Rechtsstreitigkeiten, in denen eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten stattfand, nicht zur Anwendung gelangt; vielmehr kann dann allenfalls auf einen Antrag des Bevollmächtigten oder des Gegners hin gemäß § 246 ZPO die Aussetzung des Verfahrens angeordnet werden.

Die Revision rügt hier jedoch Nichtanwendung des § 239 ZPO mit der Begründung, daß nach dieser Vorschrift eine Unterbrechung des Verfahrens jedenfalls dann hätte eintreten müssen, wenn der Prozeßbevollmächtigte der Kläger im Zeitpunkt des Todes von Rechtsanwalt H. noch keine Vollmacht von diesem Kläger besessen hätte. Diese Auslegung der §§ 239, 246 ZPO kann nicht gebilligt werden. Denn § 246 ZPO stellt - ebensowenig wie der vorher erörterte § 244 ZPO - nicht darauf ab, ob die als Prozeßbevollmächtigte bestellte Person im Besitz einer Vollmacht ist, sondern er begnügt sich damit, daß "eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten stattfand". Es geht nicht an, die Anwendung dieser Vorschrift von der Prüfung, ob eine gültige Prozeßvollmacht gegeben ist oder nicht, abhängig zu machen. Denn im Interesse der allgemeinen Rechtssicherheit muß gefordert werden, daß im Falle des Todes einer Partei sofortige Klarheit darüber besteht, welche der beiden sich gegenseitig ausschließenden Verfahrensregelungen des § 239 und des § 246 ZPO zur Anwendung gelangt. Untragbar wäre es, wenn immer erst durch eine Art Beweisverfahren, das zudem gemäß § 88 Abs. 2 ZPO jeweils erst auf Rüge der Gegenseite eingeleitet werden dürfte, ermittelt werden könnte, ob im konkreten Falle Prozeßunterbrechung kraft Gesetzes eingetreten ist, oder ob stattdessen nur eine Aussetzung kraft Antrags in Betracht kommt. In Übereinstimmung hiermit hat das Reichsgericht ausgesprochen, daß der Mangel einer wirksamen Vollmacht der Anwendung des § 246 ZPO zumindest solange nicht entgegensteht, als nicht die Unwirksamkeit der Vollmacht bereits vorher feststand (RG in JW 1917, 295; ebenso Stein-Jonas § 246 Anm. II, 1 in Verbindung mit § 176 Anm. III, 2; zustimmend offenbar auch BGHZ 23, 207, 209).

Entsprechendes gilt für die prozessualen Folgen des Todes des früheren Klägers zu 2), Paul G., der am 25. August 1954 verstorben und durch seine nunmehr im Rubrum zu 2a) - e) aufgeführten Familienangehörigen beerbt worden ist.

Endlich bittet die Revision um Nachprüfung, ob nicht im Falle des verstorbenen Klägers H. der im Schriftsatz der Beklagten vom 24. Februar 1962 enthaltene Hinweis, es liege keine dem § 239 ZPO genügende Aufnahme des Verfahrens durch die Rechtsnachfolger vor, im Wege der Auslegung als ein Aussetzungsantrag gemäß § 246 ZPO hätte behandelt werden müssen. Dieser Versuch, zu einer Umdeutung des Prozeßvortrags der Beklagten zu gelangen, muß jedoch schon daran scheitern, daß die Kläger in ihrem Schriftsatz vom 1. März 1962 auf den einschlägigen Hinweis im Schriftsatz der Beklagten vom 24. Februar 1962 eingegangen waren und dazu bemerkt hatten, daß weder ein Fall des § 239 ZPO vorliege, noch ein Antrag aus § 246 ZPO auf Aussetzung des Verfahrens gestellt worden sei. Nachdem die Kläger in dieser eindeutigen Weise offenbart hatten, wie das bisherige Vorbringen der Beklagten von ihnen aufgefaßt wurde, wäre es Sache der Beklagten gewesen, es spätestens in der mündlichen Verhandlung vom 2. März 1962 klarzustellen, wenn sie dennoch ihren Rechtsausführungen eine weitergehende Bedeutung beizulegen wünschten. Nachdem sie dieses versäumt haben, bestand für das Berufungsgericht keine Veranlassung, von sich aus Erwägungen darüber anzustellen, ob etwa die bloßen Rechtsausführungen zu § 239 ZPO zugleich in einen Prozeßantrag gemäß § 246 ZPO umgedeutet werden könnten.

C. Sachbefugnis.

Bei der Prüfung der Sachbefugnis der Kläger geht das Berufungsgericht, ohne daß dieses von der Revision beanstandet würde, davon aus, daß die ehemalige "U[REDACTED]"-GmbH als Rechtsvorgängerin der heutigen Kläger unstreitig sachlich-rechtlich befugt gewesen sei, die eingeklagten Ansprüche aus dem Klagepatent gerichtlich geltend zu machen. Dagegen hat das Berufungsgericht den Einwand der Beklagten, die als neue Kläger namhaft gemachten Personen stellten nicht die wahren, oder zumindest nicht die einzigen Rechtsnachfolger der U[REDACTED]-GmbH, demnach § 529 ZPO als verspätet zurückgewiesen.

Durch diese Formulierung wird, wie der Revision eingeräumt werden muß, zunächst der Anschein erweckt, als ob das Berufungsgericht übersehen habe, daß der Mangel der Sachbefugnis jederzeit von Amts wegen, d.h. auch ohne Rüge der Beklagten, und in jeder Lage des Rechtsstreits, selbst noch in der Revisionsinstanz, zu berücksichtigen ist (vgl. Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, § 45 III 3 b, S. 198). Die Sachbefugnis gehört nämlich zu den unverzichtbaren Prozeßvoraussetzungen.

Jedoch ergibt sich bei genauerer Prüfung des Berufungsurteils, daß nicht der Einwand als solcher ungeprüft geblieben ist, sondern daß das Berufungsgericht nur eine einzige hierauf bezügliche Tatsachenbehauptung des Schriftsatzes vom 24. Februar 1962 wegen Verspätung nicht zugelassen hat.

Im einzelnen hatte sich das Berufungsgericht nämlich bei der Prüfung des Einwandes, die nunmehr als Kläger im Rubrum des Berufungsurteils aufgeführten Personen seien nicht die wahren und einzigen Rechtsnachfolger der "U[REDACTED]"-GmbH, mit folgenden Unterfragen zu befassen:

1. Im Schriftsatz der Beklagten vom 22. April 1959 war vorgetragen worden, daß nicht sämtliche Gesellschafter der umgewandelten "U[REDACTED]" am Rechtsstreit beteiligt seien, weil die Erwerber der ausgegebenen Anteilsscheine nicht als Kläger mit aufgeführt worden seien. Demgegenüber hatten die Kläger eine Ausgabe von Anteilsscheinen im Schriftsatz vom 6. Mai 1959 überhaupt bestritten. Danach ist die Beklagte auf diesen früheren Vortrag nicht mehr zurückgekommen.

Hinsichtlich dieses Punktes hat das Berufungsgericht also den Sachvortrag der Kläger ohne Rechtsfehler als unbestritten und daher zugestanden (§ 139 Abs. 3 ZPO) behandelt. Eine Zurückweisung des Vorbringens der Beklagten als verspätet kam insoweit nicht in Betracht, weil diese ihre frühere Behauptung, die Zahl der Gesellschafter habe sich durch Ausgabe von Anteilsscheinen vermehrt, in ihrem Schriftsatz vom 24./28. Februar 1962, der allein vom Berufungsgericht als verspätet behandelt worden ist, nicht wiederholt, geschweige denn Beweis dafür angetreten hatte.

2. Weiterhin hatte es die Beklagte, und zwar dieses Mal in dem erwähnten Schriftsatz vom 24./28. Februar 1962, als ungeklärt bezeichnet, ob nicht die Erbengemeinschaft nach dem verstorbenen Bankdirektor von St. zu den an der klagenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts Beteiligten zähle. Die Kläger haben darauf im Schriftsatz vom 1. März 1962 entgegnet, daß Bankdirektor von St. und andere Personen nur Darlehnsgeber und nicht Mitgesellschafter seien.

Es kann kein Rechtsfehler darin erblickt werden, daß das Berufungsgericht diese einzelne neue tatsächliche Behauptung der für diesen Vortrag beweispflichtigen Beklagten als verspätet behandelt hat. Die Revision ist denn auch auf diesen einzigen Punkt, in dem wirklich neues Vorbringen des Schriftsatzes vom 24./28. Februar 1962 nicht mehr zugelassen worden ist, nicht wieder zurückgekommen.

3. Die Revision vermißt weiterhin eine gesellschaftsrechtliche Darlegung darüber, ob die neu aufgeführten Erben verstorbener Gesellschafter überhaupt als Mitgesellschafter in die Gesellschaft aufgenommen worden seien.

Indessen brauchte das Berufungsgericht nicht zu untersuchen, ob etwa die Gesellschaft gemäß § 727 BGB durch Tod von Gesellschaftern aufgelöst worden ist, oder ob sich aus dem - nicht vorgelegten - Gesellschaftsvertrage ein anderes ergeben hätte. Denn selbst im Falle der Auflösung der Gesellschaft durch Todesfälle hätte sich materiell nichts an der Mitinhaberschaft der Erben an der Klagforderung des vorliegenden Rechtsstreits geändert.

Auch prozessual hätte die Auflösung keinen Einfluß auf den schwebenden Rechtsstreit gehabt; denn gemäß § 730 Abs. 2 ZPO müßte die Gesellschaft im Falle ihrer Auflösung für alle schwebenden Geschäfte, also auch für die Beendigung des anhängigen Rechtsstreits, als fortbestehend behandelt werden.

Foglich bedurfte es nicht der von der Revision - erstmals - verlangten Vorlegung eines Gesellschaftsvertrages, weil die angezweifelte Aktivlegitimation der Erben unabhängig ist von der Frage des Fortbestandes der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

4. Eine gesonderte Betrachtung erfordert die Rechtslage bezüglich des verstorbenen ehemaligen Klägers H[REDACTED]. Die Revision hat mit Recht beanstandet, daß H[REDACTED] ungeachtet seines Todes weiterhin im Rubrum des Berufungsurteils als Kläger aufgeführt worden ist. Im Regelfalle wären anstelle dieses Verstorbenen dessen Erben kraft Gesetzes in die Parteistellung eingerückt; im vorliegenden Falle ist mit Rücksicht auf die angeordnete Testamentsvollstreckung der Testamentsvollstrecker Partei kraft Amtes geworden.

Diese Einführung des Testamentsvollstreckers als richtige Partei stellt, wie z.B. aus § 243 ZPO zu entnehmen ist, keine Klagänderung dar und kann deshalb auch in der Revisionsinstanz noch nachgeholt werden. Infolgedessen ist der einschlägigen Revisionsrüge dadurch der Boden entzogen, daß in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] als Testamentsvollstrecker über den Nachlaß

des verstorbenen Klägers H. [REDACTED] an dessen Stelle als Mitkläger aufgetreten ist. Auch seine Vollmacht hat - wie oben zu A nachzutragen ist - vorgelegen.

Damit hat sich die Rüge der fehlenden Sachbefugnis erledigt. Auf der anderen Seite ist aber der in der Berufungsinstanz verlesene Klagantrag und die ihm entsprechende Urteilsformel des Berufungsurteils teilweise unrichtig geworden. Denn die Kläger hatten das Gericht bereits mit Schriftsatz vom 3. Dezember 1960 darüber unterrichtet, daß der frühere Gesellschaftsanteil des verstorbenen Klägers H. [REDACTED] von anderen Klägern übernommen worden sei, und zwar, wie im Schriftsatz vom 1. März 1962 ergänzt wurde, von den Klägerinnen He. [REDACTED] und B. [REDACTED]. Zu einem Parteiwechsel hätte diese unbestritten gebliebene Rechtsnachfolge unter Lebenden gemäß § 265 Abs. 2 ZPO nur führen können, wenn die Zustimmung des Gegners erteilt worden wäre, was nicht der Fall ist.

Jedoch hatte die Veräußerung des Gesellschaftsanteils Ha. [REDACTED] zur Folge, daß der Testamentsvollstrecker - unbeschadet seiner gemäß § 265 Abs. 1 ZPO bestehenden bleibenden Stellung als Prozeßpartei - zu einer Umstellung seines Klagantrages verpflichtet ist (vgl. RGZ 155, 51 und H.M.). Dieser Veränderung der Rechtslage trägt nicht der Hauptantrag der Kläger, wohl aber ihr Hilfsantrag Rechnung, mit dem sie nur noch Verurteilung der Beklagten zur Leistung an die Kläger zu 1), 2), 4) und 5) - also unter Ausschluß des Testamentsvollstreckers als jetzigen Klägers zu 3) - begehren. Gegen die Zulassung dieses Hilfsantrages in der Revisionsinstanz bestehen keine Bedenken. Denn es handelt sich um eine einschränkende Modifizierung des Klagantrages, welche gemäß § 268 Nr. 2

ZPO nicht als Änderung der Klage anzusehen ist. Eine derartige Modifizierung des Klagebegehrens ist nach feststehender Rechtsprechung auch noch in der Revisionsinstanz statthaft (vgl. BGHZ 26, 31; 37, NJW 1952, 934; LM § 146 KO (Nr. 5); Wieczorek § 265 D Ia 2). Auf gewisse Einschränkungen dieser Umstellungsmöglichkeit, welche sich aus der Natur des Revisionsverfahrens ergeben (vgl. BGH NJW 1961, 1467 = LM § 561 ZPO (Nr. 27) braucht hier nicht eingegangen zu werden, weil sie auf den vorliegenden Fall nicht zutreffen.

5. Endlich haben die Kläger mitgeteilt, daß auch der frühere Kläger zu 2), Dr. Paul G., verstorben ist. Sie haben unter Überreichung eines Erbscheins die nunmehr im Rubrum unter 2a) bis e) aufgeführten Familienmitglieder als Erben des früheren Klägers zu 2) in den Rechtsstreit eingeführt und von diesen neuen Klägern Vollmachten überreicht. In der Vollmachtsurkunde ist zugleich die Erklärung enthalten, daß die Erben alle bisherigen Prozeßhandlungen genehmigen. Daraufhin haben die Beklagten durch Schriftsatz vom 6. März 1964 erklärt, daß die Echtheit der im Hinblick auf den früheren Kläger zu 2) und seine Rechtsnachfolger überreichten Urkunden nicht bestritten werde und daß der in der letzten mündlichen Verhandlung ausgesprochene Verzicht der Beklagten auf erneute mündliche Verhandlung ungeachtet der neu überreichten Urkunden Gültigkeit behalte.

Bei dieser Sachlage ist auch von Amts wegen keine Veranlassung zu Zweifeln am ordnungsgemäßen Eintritt der neuen Kläger zu 2 a - e gegeben.

Demnach sind die Beanstandungen, welche die Revision im Zusammenhang mit dem Tode des ehemaligen Klägers H. erhoben hat, durch die Einführung des Testamentsvollstreckers als neuer Partei und durch die Verlesung des Hilfsantrages behoben.

D. Der Entschädigungsanspruch der Kläger.

Hinsichtlich der Klagegrundlage hält das Berufungsgericht zwei verschiedene Gruppen von Benutzungsfällen auseinander. In erster Linie behandelt es diejenigen, bei denen der geltend gemachte Eingriff in das Klagepatent auf der für die Beklagte verbindlichen Anweisung der Bergpolizei-Verordnungen vom 25. Dezember 1925 und vom 1. Mai 1935 beruht habe und bei denen infolgedessen der Entschädigungsanspruch nicht auf Vorschriften des Patentrechts, sondern ausschließlich auf § 75 Einl. ALR (Aufopferungsanspruch) gestützt werden könne. Daneben habe es jedoch auch Patentverletzungen gegeben, welche nicht durch die jeweils geltende Bergpolizei-VO geboten gewesen seien und für die daher Ersatz nur unter den Voraussetzungen des zum jeweiligen Verletzungszeitpunkt geltenden Patentrechts (§ 35 PatG a.F. oder § 47 PatG n.F.) beansprucht werden könne.

Dieser grundsätzliche Ausgangspunkt des Berufungsurteils, welcher von der Revision nicht besonders angegriffen worden ist, hat insofern wesentliche Bedeutung für das praktische Ergebnis, als das Berufungsgericht die reinen Schadensersatzansprüche aus Patentverletzung als verjährt behandelt und daher abgewiesen hat, während es die Aufopferungsansprüche als unverjährt behandelt.

Der Ausgangspunkt des Berufungsurteils unterliegt mit Rücksicht auf § 565 Abs. 2 ZPO keiner eigenen Nachprüfung durch das Revisionsgericht mehr, weil bereits das OLG-Urteil III vom 16. Februar 1940 vom Reichsgericht im Urteil vom 16. September 1941 unter Zugrundelegung der rechtlichen Beurteilung aufgehoben worden war, das

Oberlandesgericht habe Rechtsgrundsätze irrtümlich angewendet, welche das voraufgehende Reichsgerichts-Urteil II im Hinblick auf die Ermittlung einer angemessenen Entschädigung nach § 75 Einl. ALR einerseits und nach Patentrecht andererseits aufgestellt hatte. Demgemäß beruhte die Aufhebung des OLG-Urteils III nicht bloß darauf, daß darin der Rechtsbegriff "angemessene Entschädigung" verkannt war, sondern sie beruhte gleichermaßen auch auf der Anwendbarkeit desjenigen Rechtssatzes (d.h. des § 75 Einl. ALR), von dem der falsch angewendete Rechtsbegriff nur ein Teil ist. Nach anerkannter Rechtsprechung (vgl. BGHZ 6, 76, 79/80) ist daher die Anwendbarkeit des § 75 Einl. ALR sowohl für das Berufungsgericht als auch für den nunmehrigen Revisionsrechtszug bindend festgestellt worden.

Dieses vorausgeschickt, lassen sich die tatsächlichen Feststellungen, welche das Berufungsgericht über Art und Umfang der Benutzung des Klagepatents seitens der Beklagten getroffen hat, sowie seine Rechtsausführungen zur Ermittlung einer angemessenen Entschädigung abgekürzt wie folgt wiedergeben.

Als Gegenstand des Klagepatents bezeichnet das Berufungsgericht den Einkapselungsgedanken, d.h. "die Sicherung des Kohlenabbaus gegen die Gefahren von Explosionen dadurch, daß planmäßig jeder Betriebspunkt für sich und gegen jeden anderen durch Anordnung von Explosionsbekämpfungsvorrichtungen an seinen Zugängen eingekapselt wird". Aus diesem Schutzbereich des Klagepatents sind in Anlehnung an die gemäß § 565 ZPO bindende Rechtsauffassung des Reichsgerichts-Urteils III die sogen. "Le [REDACTED]"- und "Lu [REDACTED]"-Fälle ausgenommen worden.

Für seine Feststellung, in welchem Ausmaß das Klagpatent während des maßgebenden Verletzungszeitraums von 1926 bis 1937 in den beiden Zechen "Pr[REDACTED]" und "Lo[REDACTED]" der Beklagten benutzt worden ist, stützt sich das Berufungsgericht auf die Gutachten gerichtlicher Sachverständiger, welche die Abbauverhältnisse und die Lage der Sperren an bestimmten Stichtagen festgestellt hatten. Diese Stichtagsfeststellungen aus den Jahren 1928/29 und 1933 sind mit früherer Billigung der Parteien als für den gesamten Verletzungszeitraum maßgeblich zugrundegelegt worden. Den Inhalt der alten Sachverständigen-Gutachten hat das Berufungsgericht aus den früheren OLG-Urteilen entnommen.

Im Ergebnis stellt das Berufungsurteil fest, daß während des Verletzungszeitraums die gesamte Förderung beider Zechen unter Benutzung des Klagepatents gewonnen worden sei. Von der Gesamtförderung während des Verletzungszeitraums hat das Berufungsgericht jedoch zunächst bei der Zeche "Pr[REDACTED]" einen Förderungsanteil von einem Drittel abgezogen, weil dieser nach seiner Schätzung auf diejenigen Betriebspunkte entfällt, bei denen das Klagepatent nicht in Befolgung der Bergpolizei-VO benutzt worden sei. Weitere 20 % sind abgezogen, weil ein Förderungsanteil in dieser Höhe auf die "Le[REDACTED]"- und "Lu[REDACTED]"-Fälle entfalle, die keine Patentverletzung darstellen; und zwar betrifft dieser Abzug bei der Zeche "Lothringen" nur die "Le[REDACTED]"- und "Lu[REDACTED]"-Fälle, während bei der Zeche "Pr[REDACTED]" noch weitere wegen Verjährung auszusondernde Fälle bergpolizeilich nicht gebotener Patentverletzungen einbezogen worden sind.

Im Ergebnis hat das Berufungsgericht folgende Förderzahlen für die Bemessung nur des Aufopferungsanspruchs zugrunde gelegt:

Zeche "Lo [REDACTED]": 12 227 308 Tonnen;
Zeche "Pr [REDACTED]": 4 741 672 Tonnen.

Sodann hat das Berufungsgericht in Anlehnung an die früheren Revisionsurteile die wirtschaftlichen Vorteile geschätzt, welche sich für die Beklagte aus der Benutzung der Patentlehre einerseits für die Grubensicherheit und andererseits durch Wegfall der Abbauberieselung ergaben. 75 % von den so errechneten Ersparniswerten, d.h. für die Zeche "Lo [REDACTED]" 0,468 RPfg je Tonne und für die Zeche "Pr [REDACTED]" 0,443 RPfg je Tonne geförderter Kohle, hat das Berufungsgericht als die Lizenzgebühr angesetzt, welche von der Beklagten kraft Aufopferungsanspruchs geschuldet werde. Die aufgerundete Entschädigungssumme von insgesamt 80.000,-- RM hat es sodann gemäß § 16 des Umstellungsgesetzes im Verhältnis 10 : 1 auf DM umgestollt. Außer der zugesprochenen Teilsumme von 8.000,-- DM hat das Berufungsgericht den Klägern auch 6 % Verzugszinsen unter Zugrundelegung eines mittleren Stichtages (anstatt einer Berechnung nach Zinsstaffel) zugebilligt. Zinsfuß und Berechnungsweise der Verzugszinsen waren bereits in der Berufungsinanz von der Beklagten nicht beanstandet worden.

In ihrer Gesamtheit lassen die Rechtsausführungen des Berufungsgerichts keinen Rechtsverstoß erkennen und sind auch - mit Ausnahme der nachstehend zu erörternden Rügen - von der Revision nicht angegriffen worden.

E. Revisionsrügen.

Im Hinblick auf die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen über Art und Umfang der entschädigungspflichtigen Benutzungshandlungen, wie sie oben unter D wiedergegeben sind, hat die Revision drei prozessuale Beanstandungen erhoben.

1. In erster Linie erblickt die Revision einen Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 286, 402, 403 ZPO darin, daß dem Antrag auf Zuziehung eines neuen Sachverständigen nicht stattgegeben worden sei, weil das Berufungsgericht geglaubt habe, die nötigen Feststellungen ausreichend anhand der Ergebnisse der früheren Gutachten treffen zu können. Diese Rüge bezieht sich allerdings nicht auf die grundsätzliche Feststellung, welche Benutzungsfälle überhaupt als nachgewiesen angesehen worden sind, sondern auf die im Anschluß daran vorgenommene Abgrenzung, welche Benutzungsfälle im Hinblick auf die Verjährungseinrede auszuschneiden seien, weil sie eine über die Weisung der Bergpolizei-VO hinausgehende Patentbenutzung aus freien Stücken dargestellt hätten. Außerdem versteht die Revision den früheren Beweisantritt der Beklagten offenbar dahin, daß der neue Sachverständige auch die "Le[REDACTED]"- und "Lu[REDACTED]"-Fälle von sich aus hätte abgrenzen sollen.

Allerdings hatte die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 24./28. Februar 1962 die Beauftragung eines neuen Sachverständigen angeregt. Sie hatte dabei aber keine Einzelpunkte der früher erstatteten Gutachten bemängelt, sondern sogar eingeräumt, daß diese in tatsächlicher Hinsicht als Rohmaterial für einen neu anzusetzenden bergmännischen Sachverständigen dienen könnten.

Bei dieser Sachlage stellt es keine Überschreitung der Grenzen des durch § 412 ZPO eingeräumten pflichtmäßigen Ermessens dar, daß das Berufungsgericht von der Zuziehung eines weiteren Sachverständigen abgesehen hat. Substantiierte Angriffe gegen Einzelfeststellungen der früheren Gutachter lagen und liegen nicht vor, und es ist nicht erfindlich, inwiefern ein heute nur noch mittelbar zu unterrichtender Gutachter eine überzeugendere Aufteilung der Benutzungsfälle zu den vereinbarten Stichtagen in den Jahren 1928/29 und 1933 sollte durchführen können, als diejenigen Sachverständigen, welche sich damals an Ort und Stelle und unter Auswertung der Grubenbilder ein persönliches Bild verschafft haben. Die Revision hat nämlich nichts unternommen, um den tragenden Satz der Urteilsbegründung zu entkräften:

"Daß ein heute beauftragter Sachverständiger bessere tatsächliche Unterlagen, namentlich zu der Frage der jeweiligen Anordnungen der Sperren während des Verletzungszeitraumes erarbeiten könnte, ist nicht ersichtlich und wird auch von den Parteien nicht behauptet."
(BU S. 44)

Die Revision hat nicht einmal die in zweiter Instanz unterlassene Behauptung nachgebracht, daß dem etwaigen Sachverständigen noch die maßgeblichen Grubenbilder für die Jahre 1928/29 und 1933 zur Verfügung gestellt werden könnten.

2. In engem Zusammenhang mit der soeben behandelten steht die zweite Revisionsrüge: Das Berufungsgericht habe gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme verstoßen, indem es nicht die im Original erhalten

gebliebenen Gutachten unmittelbar ausgewertet, sondern sich darauf beschränkt habe, die Feststellungen der vorhandenen Urteile über den Inhalt der Gutachten zugrunde zu legen.

Das Berufungsgericht hat, wie aus S. 44 in Verbindung mit S. 11 der Urteilsniederschrift hervorgeht, zwei Gutachten früherer gerichtlicher Sachverständiger zur Grundlage seiner tatsächlichen Feststellungen gemacht, nämlich das Gutachten Hat [REDACTED]-Eb [REDACTED] mit dem Stichtag vom 13. November 1928 für die Zeche "Lo [REDACTED]" und dem Stichtag Mitte Januar 1929 für die Zeche "Pr [REDACTED]"; ferner das Gutachten Spackeler mit Stichtagen im Januar 1933 für beide Zechen. Bei den Akten befand und befindet sich hiervon nur noch das Gutachten von Professor Dr. Ing. Spa [REDACTED] vom 6. April 1933 nebst Anlagen (überdies mehrere Privatgutachten anderer Gutachter). Das Gutachten von Hat [REDACTED]-Eb [REDACTED] ist nicht mehr vorhanden. Das letztgenannte Gutachten konnte das Berufungsgericht somit entgegen der Annahme der Revision nicht unmittelbar auswerten, bei dem ersteren hat es ebenfalls von einer unmittelbaren Auswertung abgesehen, weil die Nachtragsgutachten dieses Sachverständigen nicht mehr vorhanden seien und auch sonst die Vollständigkeit, insbesondere der Unterlagen, nicht mehr gewährleistet sei.

Hiernach verdichtet sich die Prüfung der vorliegenden Revisionsrüge auf die Rechtsfrage, ob § 355 ZPO dadurch verletzt wird, daß ein Gericht bei der Tatsachenfeststellung auf frühere Urteile zurückgreift, die von demselben Gericht in demselben Rechtsstreit erlassen worden sind und in denen sich auch Inhaltsangaben über in früheren Stadien des Rechtsstreits eingeholte Sachverständigen-Gutachten befinden.

Diese Frage muß verneint werden.

Die fraglichen Sachverständigen-Gutachten sind in früheren Verfahrensabschnitten vom Prozeßgericht in Übereinstimmung mit § 411 ZPO als schriftliche Begutachtung angeordnet worden. Die damalige Beweisaufnahme ist also so, wie es § 355 ZPO vorschreibt, "vor dem Prozeßgericht" erfolgt. Bei seiner abermaligen Verhandlung und Entscheidung hat das Berufungsgericht überhaupt keine Beweisaufnahme mehr durchgeführt. Sondern es hat in Anwendung des § 286 ZPO "unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen" nach freier Überzeugung entschieden, welche tatsächlichen Behauptungen es für wahr oder für nicht wahr erachtet hat. Zu dem "gesamten Inhalt der Verhandlungen" gehörten auch die Tatbestände und Entscheidungsgründe aller früher in der gleichen Sache erlassenen Urteile. Daß das Berufungsgericht bei dieser ihm obliegenden Würdigung des allumfassenden Parteivortrages nicht auf die nur noch teilweise vorhandenen Gutachten der damals angehörten gerichtlichen Sachverständigen, sondern stattdessen auf die Wiedergabe des Inhalts dieser Gutachten in den erhalten gebliebenen OLG-Urteilen I - III zurückgegriffen hat, war eine sachgemäße Erwägung, die keinen Rechtsfehler erkennen läßt. Die Revision hat gegen die Methode der freien richterlichen Tatsachenwürdigung keine Verfahrensrüge aus § 286 ZPO erhoben. Ihre Rüge aus § 355 ZPO konnte mangels Durchführung irgendeiner Beweisaufnahme im Zuge des letzten Berufungsverfahrens nicht zum Erfolge führen.

3. Die nächste Revisionsrüge befaßt sich damit, daß das Berufungsgericht in Anlehnung an das OLG-Urteil III vom 16. Februar 1940 die Feststellung getroffen hat, auf der Zeche "Pr[REDACTED]" sei auch in der Zeit vom 1. Januar 1933 bis zum 31. Oktober 1937 die gesamte Kohlenförderung unter Anwendung der Patentlehre gewonnen worden. Diese Feststellung ist vom Berufungsgericht (BU S. 45/46) in bewußtem Gegensatz zum OLG-Urteil II vom 19. Mai 1938 getroffen worden, welches noch angenommen hatte, auf der Zeche "Pr[REDACTED]" sei während der fraglichen Zeit etwa ein Drittel der Förderung ohne Patentverletzung gewonnen worden. Hierzu meint die Revision, vom Berufungsgericht sei bei Übernahme der Feststellung des OLG-Urteils III nicht beachtet worden, daß die Beklagte bereits in einem Schriftsatz vom 24. Januar 1933 vorgetragen und unter Beweis gestellt habe, auf Zeche "Pr[REDACTED]" seien die einzelnen Abbaubetriebe der Abbauflügel laut Ausnahme-genehmigung des Bergbauamts vom 31. August 1929 nicht mehr durch Gesteinstaubsperrern abgeriegelt worden. Das Übergehen dieses Vorbringens der Beklagten stellt nach Ansicht der Revision einen Verstoß gegen § 286 ZPO dar.

Zum rechten Verständnis dieser Rüge muß beachtet werden, daß der von der Revision angezogene Schriftsatz vom 24. Januar 1933 (Bl. 150 des einzig erhaltenen Aktenbandes III) im ersten der verschiedenen Berufungsverfahren, also vor den OLG-Urteilen I vom 18. Juli 1936, II vom 19. Mai 1938 und III vom 16. Februar 1940, einge-reicht worden ist. Im nunmehr zur Erörterung stehenden vierten Berufungsverfahren ist die Beklagte auf dieses frühere Vorbringen nicht zurückgekommen.

Bei dieser Prozeßlage kann nicht gerügt werden, das Gericht des vierten Berufungsrechtszuges hätte mit Rücksicht auf § 286 ZPO einen im ersten Berufungsrechtszuge angetretenen Zeugenbeweis nicht übergehen dürfen. Im OLG-Urteil III war mit klarer Begründung die Möglichkeit einer laufenden Nichtbeachtung der Weisungen der Bergpolizei-VO ausgeschlossen worden. Es wäre also Sache der Beklagten gewesen, dem Berufungsgericht deutlich zu sagen, ob und mit welcher Begründung diese Stellungnahme des OLG-Urteils III bekämpft werden sollte. Stattdessen hat die Beklagte ihr altes Beweisangebot im vierten Berufungsrechtszug weder wiederholt, noch hat sie es beanstandet, daß dieser Beweisantritt im dritten Berufungsrechtszuge keine Beachtung gefunden hatte. Nicht einmal eine generelle Bezugnahme auf die in früheren Verfahrensabschnitten eingereichten Schriftsätze, bzw. auf die wenigen aus der damaligen Zeit erhalten gebliebenen Schriftsätze, ist von der Beklagten ausgesprochen worden. Infolgedessen kann das Verfahren des Berufungsgerichts in diesem Punkte nicht als fehlerhaft bezeichnet werden (vgl. etwa BGHZ 35, 103, 106).

4. Die letzte Revisionsrüge bezieht sich darauf, daß das Berufungsgericht den Einwand der Verwirkung nicht für durchgreifend erachtet hat.

Hierzu ist zunächst einleitend zu erwähnen, daß das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit RGZ 161, 387 auf den von ihm zugebilligten Aufopferungsanspruch die allgemeine Verjährungsfrist von 30 Jahren - § 195 BGB - angewendet hat. Ohne Rechtsirrtum verneint das Berufungsgericht ferner die Möglichkeit, daß diese lange Verjährungsfrist bereits abgelaufen sein könnte,

weil zumindest während der Prozeßjahre von 1938 bis 1941 eine Unterbrechung der Verjährung anzunehmen sei.

Jedoch erwägt das Berufungsgericht, ob nicht bezüglich des Aufopferungsanspruchs Verwirkung eingetreten sei. Diese Möglichkeit wird von ihm mit folgender Begründung verneint: Während der Kriegs- und Nachkriegsjahre habe die Beklagte nicht damit rechnen können, daß die Kläger die Weiterverfolgung ihrer Ansprüche aufgeben hätten. Insbesondere habe bis 1952 mit Rücksicht auf die alliierte Vermögenskontrolle, der die Beklagte selber unterworfen gewesen sei, kein Anlaß bestanden, aus dem Schweigen der Kläger seit dem Zusammenbruch auf eine Aufgabe ihrer Klagansprüche zu schließen. Erst recht habe Verwirkung nicht während der außergerichtlichen Vergleichsverhandlungen, von 1952 bis 1955, oder auch während des dreijährigen Schweigens der Kläger von 1955 bis 1958 eintreten können. Denn nachdem die Kläger im Jahre 1941 mit erheblichem Kostenaufwand in 15-jähriger Prozeßdauer ein für sie nicht ungünstiges Urteil des Reichsgerichts erzielt gehabt hätten, sei die Annahme, die Beklagte brauche sich auf eine Fortsetzung des Prozesses nicht mehr einzurichten, nicht naheliegend gewesen.

Wie aus Seite 34 des Berufungsurteils zu ersehen ist, hat das Berufungsgericht bei seiner rechtlichen Beurteilung der Verwirkungsfrage die Darstellung der Kläger über die Vorgänge seit dem Erlaß des Reichsgerichtsurteils von 1941 als unbestritten zugrundegelegt und die abweichenden Behauptungen der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 24. Februar 1961 wegen Verspätung nicht berücksichtigt. Hiergegen richtet sich die Verfahrensrüge der Revision aus §§ 138, 529 ZPO, mit der sie geltend macht, die Zurückweisung von Parteivorbringen als verspätet könne nie dazu führen, daß ein Bestreiten als nicht vorliegend behandelt und daher die Gegendarstellung der anderen Partei als unbestritten behandelt würde.

Diese Revisionsrüge wird dadurch hinfällig, daß der Bundesgerichtshof (vgl. BGHZ 12, 49, 51) in Abwendung von der Rechtsprechung des Reichsgerichts, auf die sich die Revision beruft (vgl. RG JW 1936, 3051), auch das Bestreiten zu den "Angriffs- und Verteidigungsmitteln" rechnet, deren Nichtzulassung in § 529 ZPO vorgesehen ist.

Irrig ist übrigens die von der Revision vertretene Auffassung, das Berufungsgericht habe den Verwirkungseinwand als solchen als verspätet zurückgewiesen. Denn aus der oben angegebenen Stelle der Berufungsbegründung (BU S. 34) ergibt sich mit aller Klarheit, daß das Berufungsgericht nur das Bestreiten von Tatsachen und nicht die Einwendung selbst als verspätet behandelt hat.

Irrig ist weiterhin die Ansicht der Revision, das Berufungsgericht hätte keine Beweise für den Eintritt der Verwirkung von der Beklagten, sondern einen Entlastungsbeweis von den Klägern fordern müssen. Auch für den Einwand der Verwirkung gilt die allgemeine Beweislastregel, daß derjenige, welcher sich auf nachträglichen Eintritt rechtsvernichtender Umstände beruft, darlegungs- und beweispflichtig dafür ist, daß die Geltendmachung des an sich gerechtfertigten Anspruchs in einer den Verwirkungstatbestand begründenden Weise hinausgezögert worden sei. Eine Erforschung unvorge-tragener Beweistatsachen von Amts wegen findet - entgegen der Ansicht der Revision - auch hier nicht statt.

Nach alledem war die Revision der Beklagten mit Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen, allerdings mit der Maßgabe, daß die Leistung der Beklagten nicht entsprechend dem Hauptantrag an alle Kläger, sondern entsprechend dem Hilfsantrag nur an die Kläger, zu 1), 2), 4) und 5) zu erfolgen hat.

Dr. Nastelski

Bock

Spengler

Claßen

Schneider