

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

" Lacktränkeinrichtung II "

PatG § 7 Abs. 1

Die aus § 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 PatG fließende Befugnis erlischt nicht ohne weiteres, wenn der Vorbenutzer nach der Patentanmeldung (bzw. nach dem Prioritätsdatum) seinen Erfindungsbesitz nicht mehr ausübt oder die Benutzung des Erfindungsgedankens einstellt.

PatG § 47 Abs. 2, § 7 Abs. 1

Zur Frage des Verschuldens des Benutzers eines fremden Patents, welcher Benutzungshandlungen, aus denen ein Vorbenutzungsrecht nach § 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 PatG herleitbar ist, zwar behauptet, aber nicht nachzuweisen vermocht hat.

ZPO § 286 E

Zur Ablehnung des Antrags auf Vernehmung von Zeugen.

BGH, Urt. v. 7. Januar 1965 - Ia ZR 151/63 -

OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ia ZR 151/63

URTEIL

Verkündet am

7. Januar 1965

Ochslor,

Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Patentverletzungssache

des Kaufmanns Edwin K [REDACTED] in Ra [REDACTED] (H [REDACTED]),
Haus Nr. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma H ü [REDACTED] Elektromaschinen GmbH in
B [REDACTED] (W [REDACTED]), gesetzlich vertreten durch ihren Ge-
schäftsführer, den Kaufmann Ernst Hü [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

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

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 6. April 1962 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

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](#)

Tatbestand:

Die Klägerin hat die ausschließliche Lizenz an dem Patent Nr. [REDACTED], welches dem Erfinder Ernst Hü[REDACTED], ihrem Geschäftsführer, auf seine Anmeldung vom 17. Januar 1953 durch Beschluß vom 23. Februar 1956 erteilt worden ist. Die Anmeldung ist am 10. November 1955 bekanntgemacht worden.

Das Patent betrifft eine Lacktränkeinrichtung für elektrische Wicklungen. Die Patentbeschreibung setzt als bekannt voraus, daß derartige Einrichtungen einen Vorratsbehälter aufweisen, aus welchem der Lack mittels einer Pumpe entnommen und durch eine Druckleitung über die zu tränkenden Wicklungen verteilt wird. Der zuviel geförderte Lack fließt in eine Auffangschale und aus dieser in den Vorratsbehälter zurück. Lacke der in Betracht kommenden Art enthalten, wovon die Patentschrift ebenfalls ausgeht, Anteile von Lösungsmitteln, die zur Verflüchtigung in die umgebende Luft neigen. Um die unerwünschte Verdunstung und die dadurch drohende Eindickung des Lacks und um ferner Geruchsbelästigungen und Verschmutzungen der Arbeitskleidung des Bedienungspersonals zu vermeiden, sorgte man bereits bei den vorbekannten Tränkeinrichtungen dafür, daß der Lack beim Umfluß möglichst wenig mit der Außenluft in Berührung kam. Dies geschah durch die Verwendung von Ein- und Austrittsventilen sowie Stopfbuchsen am Behälter. Der Erfinder des Patents Nr. [REDACTED] sah die Nachteile dieser Einrichtungen darin, daß sie im Aufbau verwickelt und deshalb teuer seien und daß die Ventile schon nach kurzer Ruhepause verklebten und dadurch unbrauchbar würden. Zur Beseitigung dieser Nachteile hat er vorgeschlagen, auf Ein- und Austritts-

ventile sowie Stopfbuchsen am Vorratsbehälter zu verzichten und an deren Stelle in die von der Auffangschale zum Vorratsbehälter führende Rückflußleitung einen Flüssigkeitsverschluß (Siphon) einzubauen, wie er aus der Verwendung bei Waschanlagen bekannt ist. Die Erfindung besteht demnach in der Übertragung einer bekannten Vorrichtung auf ein neues Anwendungsgebiet. Die Anlage läßt sich nach dem Patent zusätzlich noch dadurch vereinfachen, daß der Boden der Auffangschale für das herunterfließende Tränkmittel zugleich als oberer Abschluß des Behälters dient. Die beiden Patentansprüche lauten:

- "1. Lacktränkeinrichtung für elektrische Wicklungen, bestehend aus einem Vorratsbehälter für das Tränkmittel, das dem Behälter mittels einer Pumpe entnommen und durch die Pumpendruckleitung über die zu tränkenden Wicklungen verteilt wird, wobei der zuviel geförderte Lack aus einer Auffangschale in den Vorratsbehälter zurückfließt, dadurch gekennzeichnet, daß in die Rückflußleitung zum Vorratsbehälter ein Flüssigkeitsverschluß eingebaut ist.
2. Lacktränkeinrichtung nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß der Boden der Auffangschale den oberen Abschluß des Vorratsbehälters bildet."

Die Klägerin kündigte auf Veranlassung des Erfinders bereits in der zweiten Hälfte des Jahres 1952 Lacktränkeinrichtungen, die nach der Lehre dieses Patents gebaut waren, unter der Bezeichnung "Tr[REDACTED]" auf dem Markt an. Auf die Anlagen wurde u.a. auch durch eine von dem Erfinder herbeigeführte

Veröffentlichung in der Zeitschrift "Elektrotechnik" Nr. 49 vom 7. Dezember 1952 hingewiesen. Von diesen Werbemaßnahmen erfuhr der Beklagte, der Maschinen und Vorrichtungen für die Elektroindustrie vertreibt. Er bewarb sich daraufhin mit Schreiben vom 4. März 1953 bei der Klägerin um die Erlaubnis zum Verkauf der Lacktränkeinrichtungen. Die Klägerin bot ihm nur den Bezirk der damaligen Postleitzahlen [REDACTED] und [REDACTED] (Nord- und Südbaden) und die gleiche Provision wie ihren übrigen Vertretern an. Der Beklagte ging hierauf ein, bat allerdings um die Vertretung auch für die Schweiz und erkundigte sich ferner, ob die Vertretung für Bayern schon vergeben sei.

Die Klägerin bestätigte mit Schreiben vom 11. März 1953 die Annahme ihres Angebots und teilte dem Beklagten mit, daß sie in allen anderen Bezirken und im Ausland bereits vertreten sei; zugleich übersandte sie ihm Prospekte ihrer "Tr[REDACTED]"-Anlage, welche den Vermerk "DBP a" trugen. Bei diesem Vertragsabschluß hatte die Klägerin überschen, daß sie durch ein Schreiben ihres Vertreters F[REDACTED] in E[REDACTED] vom 31. Januar 1953 davor gewarnt worden war, an den sich etwa meldenden Beklagten eine ihrer Anlagen zu liefern, da er in solchen Fällen nachzubauen pflege. Auf derartige Absichten des Beklagten wurde die Klägerin kurze Zeit nach Beginn des Vertreterverhältnisses nochmals hingewiesen. Sie nahm daher anfangs April 1953 eine bei ihr inzwischen eingegangene Mitteilung, daß der Beklagte die Grenzen seines Vertretergebietes überschritten habe, zum Anlaß, das Vertragsverhältnis mit ihm mit sofortiger Wirkung zu lösen. Der Beklagte ging anschließend dazu über, Lacktränkeinrichtungen für elektrische Wicklungen selbst herzustellen und sie

unter der Bezeichnung "R[REDACTED]"-Tränkanlagen in den Verkehr zu bringen.

Die Klägerin ist der Auffassung, daß der Beklagte das Patent Nr. [REDACTED] verletze, weil seine Tränkeinrichtungen die in den Ansprüchen 1 und 2 beschriebenen Merkmale aufwiesen. Sie hat den Beklagten durch Schreiben der von ihr hinzugezogenen Rechtsanwälte vom 8. September 1953, 29. März 1956 und 14. April 1956 ergebnislos verwahrt und alsdann Klage auf Unterlassung und Rechnungslegung erhoben sowie die Feststellung begehrt, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihr den seit 17. November 1955 entstandenen und künftig entstehenden Schaden zu ersetzen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat einen Eingriff in das Schutzrecht der Klägerin bestritten und darüber hinaus geltend gemacht, daß das Klagepatent nicht schutzfähig sei, weil sein Gegenstand in öffentlichen Druckschriften vorbeschrieben gewesen und außerdem von verschiedenen, im einzelnen benannten Firmen sowie von ihm selbst offenkundig vorbenutzt worden sei. Er habe nämlich vor dem Anmeldetag des Klagepatents nach dessen Prinzip nicht nur, wie insoweit unstreitig sei, Wasch- bzw. Reinigungsanlagen, sondern auch Lacktränkeinrichtungen für elektrische Wicklungen in seiner Werkstatt gewerbsmäßig hergestellt bzw. durch die Firma Ep[REDACTED] in Si[REDACTED] (Ho[REDACTED]) herstellen lassen und vertrieben. Aufgrund dieses Sachverhalts hat der Beklagte ein persönliches Vorbenutzungsrecht für sich in Anspruch genommen.

Der Beklagte hat ferner das Patent Nr. [REDACTED] unter Hinweis auf die angeblichen Vorveröffentlichungen und offenkundigen Vorbenutzungen mit der Nichtigkeitsklage angegriffen.

In dem vorliegenden Verletzungsprozeß hat das Landgericht durch Urteil vom 19. Dezember 1957 der Klage stattgegeben. Es ist zu dem Ergebnis gelangt, daß der Beklagte bei seinen Lacktränkeinrichtungen den Erfindungsgedanken des Klagepatents verwende und daß er eigene Benutzungshandlungen, aus welchen ein Vorbenutzungsrecht herleitbar sei, nicht genügend nachgewiesen habe. So habe insbesondere der Zeuge Ep [REDACTED] nicht eindeutig bekunden können, daß es sich bei den Anlagen, die er vor Anmeldung des Klagepatents im Auftrage des Beklagten gebaut habe, um Lacktränkeinrichtungen oder um Waschanlagen gehandelt habe.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat den Verletzungsprozeß im Hinblick auf das Nichtigkeitsverfahren zunächst ausgesetzt. In jenem Verfahren hat der 1. Nichtigkeitssenat des Deutschen Patentamts durch Entscheidung vom 2. Dezember 1958 das Patent für nichtig erklärt; er hat aufgrund der uneidlichen Aussagen der Zeugen Fe [REDACTED] und Le [REDACTED] für erwiesen gehalten, daß der Nichtigkeitskläger (und Verletzungsbeklagte) den Gegenstand des Patents im Jahre 1952 offenkundig vorbenutzt habe. Diesen Nachweis hat jedoch der frühere Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seinem Berufungsurteil vom 6. Oktober 1961 nach Vernehmung zahlreicher Zeugen und aufgrund einer eingehenden Beweiswürdigung nicht als geführt angesehen. Der Bundesgerichtshof hat im übrigen die Voraussetzungen

für die Patentfähigkeit der in Rede stehenden Erfindung bejaht und infolgedessen unter Abänderung der Entscheidung des Deutschen Patentamts die Nichtigkeitsklage abgewiesen. In dem Urteil des Bundesgerichtshofs wird u.a. ausgeführt, daß an der Wahrheitsliebe der nunmehr unter Eid vernommenen Zeugen Fe [REDACTED] und Ep [REDACTED] nicht zu zweifeln sei, daß aber gegen ihre objektive Zuverlässigkeit die inzwischen verflossene lange Zeit spreche und daß daher ihren Bekundungen, der Beklagte habe Lacktränkeinrichtungen mit den Merkmalen des Patents Nr. [REDACTED] [REDACTED] vor dessen Anmeldung und vor Beginn der Werbemaßnahmen der Klägerin offenkundig selbst hergestellt bzw. herstellen lassen, kein Beweiswert beigemessen werden könne.

In dem anschließend fortgeführten Verletzungsprozeß hat das Oberlandesgericht das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 6. Oktober 1961 zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. Beide Parteien haben in der letzten mündlichen Verhandlung ihr Einverständnis dazu gegeben, daß die in dem Nichtigkeitsverfahren errichteten Niederschriften über die Vernehmung der Zeugen bei der Entscheidung des Oberlandesgerichts verwertet werden. Der Beklagte hat in diesem Zusammenhang jedoch ausdrücklich erklärt, daß er auf die vorher beantragte Vernehmung der Zeugen Fe [REDACTED] und Ep [REDACTED] nicht verzichte. Die Klägerin hat einige Tage nach der Verhandlung absprachegemäß dem Oberlandesgericht und dem Beklagten Abschriften der Vernehmungsprotokolle zugeleitet. Das Oberlandesgericht hat alsdann ohne weitere Verhandlung und Beweiserhebung durch Urteil vom 6. April 1962 die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten, mit welcher er seinen ursprünglichen Antrag auf Klageabweisung weiterverfolgt. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

- I. Das Berufungsgericht stimmt mit dem Landgericht darin überein, daß die aus den §§ 47 Abs. 1 und 2, 6 PatG, 259 Abs. 1 BGB, 256 ZPO hergeleiteten Ansprüche der Klägerin auf Unterlassung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten gerechtfertigt sind. Es geht davon aus, daß der Beklagte bei den von ihm hergestellten und vertriebenen "R[REDACTED]"-Tränkanlagen von dem Gegenstand des Klagepatents, dessen Schutzfähigkeit durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 6. Oktober 1961 verbindlich festgestellt worden sei, in vollem Umfange Gebrauch mache. Entgegen der Annahme des Beklagten, so fährt das angefochtene Urteil fort, sei es unerheblich, daß er bei seiner Konstruktion eine elektromotorisch angetriebene Zahnradpumpe benutze, die während der Förderung das Tränkmittel im Behälter gleichzeitig durchrühre; denn für die Lehre des Klagepatents komme es nicht darauf an, welche Art von Pumpen verwendet werde. Gegen diese Auffassung des Berufungsgerichts erhebt die Revision keine Bedenken. Die Entscheidung läßt insoweit einen Rechtsfehler, der von Amts wegen zu beachten wäre, auch nicht erkennen.
- II. Die Revision wendet sich jedoch mit begründeten Sach- und Verfahrensrügen dagegen, daß das Berufungsgericht den vom Beklagten beanspruchten Unrechtsausschließungsgrund aus

§ 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 PatG nicht anerkannt hat, weil er Benutzungshandlungen, die ein Vorbenutzungsrecht gewährten, nicht nachgewiesen habe und weil er sich jedenfalls auch auf ein etwa erworbenes Vorbenutzungsrecht infolge Aufgabe der Benutzung nicht berufen könne.

1. a) Zu dem letztgenannten Gesichtspunkt, der sich zunächst zur Nachprüfung anbietet, führt das Berufungsgericht im einzelnen aus: Die Zubilligung eines Vorbenutzungsrechts beruhe auf dem Gedanken, daß derjenige, der unter Aufwendung von Mühe und Kosten bereits im Besitz der fertigen Erfindung gewesen sei und der ferner durch Benutzungshandlungen oder Veranstaltungen dazu den ernstlichen Willen zur Verwertung gezeigt habe, durch die spätere Schutzrechtsanmeldung eines Dritten nicht unbillig benachteiligt werden solle. Dieser Billigkeitsgedanke müsse aber dann ausscheiden, wenn der Vorbenutzer seine Handlungen von sich aus eingestellt habe und wenn daher keine schon vorher geschaffenen Werte durch die Geltendmachung eines Verbietsrechts unbillig zerstört würden. Dies sei hier nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten der Fall. Der Beklagte habe durch den Abschluß des Handelsvertretervertrages mit der Klägerin im März 1953, also schon nach Anmeldung des Klagepatents, sein etwa vorher erworbenes Vorbenutzungsrecht freiwillig aufgegeben. Dies sei nach der eigenen Darstellung des Beklagten (vgl. hierzu die Schriftsätze vom 27. Mai 1957, S. 5 f und vom 22. November 1957, S. 5 f; ferner die persönliche Eingabe vom 9. März 1957) deshalb geschehen, weil es sich für ihn bei dem Vertrieb seiner Anlagen nur um "eine nebensächliche Angelegenheit" gehandelt habe, weil er ferner nicht in der Lage gewesen sei, in seiner kleinen

Werkstatt ohne besonderes technisches oder kaufmännisches Personal die Tränkeinrichtungen in größerem Umfange und damit preiswert herzustellen, und weil er sich daher durch einen Vertrieb der Anlagen der Klägerin einen besseren Gewinn versprochen habe. Unter diesen Umständen sei es kein Gebot der Billigkeit, dem Beklagten die weitere Ausübung seines etwaigen früheren Vorbenutzungsrechts zu gestatten und dadurch den Wert des Klagepatents zu durchlöchern.

- b) Das Berufungsgericht verstößt, wie die Revision zutreffend bemerkt, durch seine Annahme, der Beklagte könne sich auf sein etwa erworbenes Vorbenutzungsrecht nicht berufen, gegen den § 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 PatG.

Es ist bereits zweifelhaft, ob dem Abschluß des Handelsvertretervertrages allein der Wille des Beklagten entnommen werden kann, sein Vorbenutzungsrecht endgültig aufzugeben. Die Frage, ob der entsprechenden Feststellung des Berufungsgerichts aus Rechtsgründen entgegengetreten werden kann, braucht aber nicht abschließend beantwortet zu werden, weil die Revisionsrüge jedenfalls unter dem nachstehend erörterten Gesichtspunkt durchgreift.

Rechtsprechung und Schrifttum sind zwar einhellig der Ansicht, daß die Anwartschaft auf das Vorbenutzungsrecht untergeht und demnach ein solches nicht entsteht, wenn die Benutzungshandlungen vor der Anmeldung des Patents eines Dritten (bzw. vor dem Prioritätsdatum) aus freien Stücken endgültig aufgegeben worden sind. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs ist jedoch, soweit ersichtlich, bisher noch nicht die Frage eindeutig entschieden worden, wie sich die Auf-

gabe der Benutzungshandlungen nach der Patentanmeldung (bzw. nach dem Prioritätsdatum) auf das Vorbenutzungsrecht auswirkt. Nach Auffassung des erkennenden Senats erlischt die aus § 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 PatG fließende Befugnis nicht ohne weiteres, wenn der Vorbenutzer nach dem genannten Zeitpunkt seinen Erfindungsbesitz nicht mehr ausübt oder die Benutzung des Erfindungsgedankens einstellt. Diese Auffassung, die auch von Busse, Kommentar zum Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 3. Aufl., § 7 PatG Anm. 1, und ferner von Blum/Pedrazzini, Das schweizerische Patentrecht, Bd. II, S. 544 f zu der dem § 7 Abs. 1 Satz 1 bis 3 PatG entsprechenden Regelung des Art. 35 Abs. 1 und 2 des schweizerischen Bundesgesetzes betreffend die Erfindungspatente vom 25. Juli 1954, vertreten wird, ergibt sich aus der Gestaltung, welche das Vorbenutzungsrecht im Gesetz gefunden hat. Das Entstehen des Vorbenutzungsrechts wird nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 1 PatG ausdrücklich nur davon abhängig gemacht, daß der Vorbenutzer die Erfindung zur Zeit der Anmeldung in Benutzung genommen oder die dazu erforderlichen Veranstaltungen getroffen hat. Seinem Wesen nach stellt das Vorbenutzungsrecht, das keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen Vorbenutzer und Patentinhaber schafft (vgl. hierzu Tetzner, Kommentar zum Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 2. Aufl., § 7 PatG Anm. 4), nicht eine Belastung des Rechts am Patent dar, sondern es bedeutet, daß ein Patentschutz von vornherein insoweit nicht entstehen kann, als der rechtlich geschützte Besitzstand eines Vorbenutzers reicht (RGZ 153, 321, 324 f). Die hiernach von Anfang an eintretende gesetzliche Einschränkung des Patentschutzes (RGZ 78, 363, 366) entfällt, wie aus § 7 Abs. 1 Satz 2 und 3 PatG hervorgeht,

dann, wenn der Vorbenutzer den Betrieb, an welchen das Vorbenutzungsrecht gebunden ist, endgültig einstellt (vgl. hierzu Reimer, Kommentar zum Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 2. Aufl., § 7 PatG Anm. 17), oder wenn der Betrieb unter Ausschluß des mit ihm verbundenen Vorbenutzungsrechts vererbt oder veräußert wird. Ebenso wie reine Billigkeitserwägungen das Vorbenutzungsrecht im Einzelfall nicht entstehen lassen, können derartige Erwägungen das entstandene Vorbenutzungsrecht auch nicht zerstören. Die gegenteilige Annahme von Reimer, aaO § 7 PatG Anm. 17, welcher Bußmann/Pietzcker/Kleine, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Aufl., II. Teil, § 10 VI S. 234 uneingeschränkt beitreten und zu welcher offenbar auch Tetzner, aaO § 7 PatG Anm. 31 für den Fall neigt, daß die Benutzung nach der Patentanmeldung für unbestimmte Dauer aufgegeben worden ist, findet im Gesetz keine Stütze. Sie rechtfertigt sich jedenfalls nicht aus dem von Reimer und auch vom Berufungsgericht hervorgehobenen Umstand, daß sich der Gesetzgeber bei der Regelung des § 7 Abs. 1 PatG von dem Gedanken hat leiten lassen, einen billigen Ausgleich zwischen den Interessen des Patentinhabers und denen des Vorbenutzers zu schaffen (vgl. hierzu auch die bei Reimer, aaO § 7 PatG Anm. 1 angeführte Rechtsprechung). Billigkeitserwägungen sind, wie das Reichsgericht (in GRUR 1942, 34, 37) und der erkennende Senat (in GRUR 1964, 673, 675 - Kasten für Fußabtrittsroste) bereits ausgesprochen haben, kein selbständiges Tatbestandsmerkmal des § 7 Abs. 1 Satz 1 PatG, sondern nur ein Maßstab für die Bewertung der Benutzung oder der Veranstaltungen.

Es sind allerdings Fälle denkbar, in welchen die nachträgliche Geltendmachung des Vorbenutzungsrechts unbillig sein könnte. Ein Beispiel für einen derartigen Fall findet sich bei Reimer, aaO § 7 PatG Anm. 17 Abs. 2. Hiernach hatte der Vorbenutzer seine Benutzungshandlungen nach der fremden Patentanmeldung endgültig eingestellt, weil er sich hiervon aus kaufmännischen oder technischen Gründen keinen Nutzen versprach. Er hat sich zu einer Wiederaufnahme der Benutzungshandlungen erst nach mehreren Jahren entschlossen, nachdem inzwischen das Patent erteilt worden war und der Patentinhaber mit der Herstellung und dem Vertrieb des geschützten Gegenstandes großen Erfolg hatte. Solchen Fällen kann, wie auch Busse, aaO § 7 PatG Anm. 1 anzunehmen scheint, unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung (§ 242 BGB) Rechnung getragen werden. Den Anforderungen, welche die Rechtsprechung an den Verwirkungseinwand stellt (vgl. hierzu Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 24. Aufl. § 242 Anm. 9 mit weiteren Hinweisen), ist im vorliegenden Fall aber bereits deswegen nicht genügt, weil der Beklagte unstreitig seinen angeblichen Erfindungsbesitz nur verhältnismäßig kurze Zeit, nämlich kaum mehr als einen Monat, nicht ausgeübt hat.

Die mündliche Revisionserwiderung hat schließlich in diesem Zusammenhang noch die Ansicht geäußert, daß das Vorbenutzungsrecht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen jedenfalls dann erlösche, wenn der Vorbenutzer hierauf verzichte. Dieser Ansicht ist beizupflichten. Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ist jedoch der Wille des Beklagten, auf sein etwaiges Vorbenutzungsrecht zu verzichten, nicht erkennbar hervorgetreten. Ein rechtswirksamer Verzicht kann jedenfalls ohne weitere Anhaltspunkte nicht allein darin gesehen

werden, daß der Beklagte den erwähnten Handelsvertretervertrag mit der Klägerin abgeschlossen hat.

2. Da sonach das Vorbenutzungsrecht des Beklagten aufgrund der im wesentlichen rechtlichen Überlegungen, wie sie unter 1 a wiedergegeben worden sind, nicht ausgeschlossen werden kann, kommt es auch auf die tatsächlichen Erwägungen an, mit welchen das Berufungsgericht ebenfalls, und zwar in erster Linie, die Versagung des Vorbenutzungsrechts begründet hat. Hierzu wird in dem angefochtenen Urteil ausgeführt:

Die Voraussetzungen eines Vorbenutzungsrechts könnten nicht als erwiesen angesehen werden. An den vom Beklagten zu führenden Nachweis der Benutzungshandlungen seien strenge Anforderungen zu stellen, weil er zuverlässige urkundliche Unterlagen nicht beigebracht habe, weil er während des Rechtsstreits in der Schilderung der einzelnen Vorgänge geschwankt habe und weil schließlich seine Behauptungen angesichts des vorausgegangenen Verhaltens nicht gerade als glaubhaft erschienen. So habe der Beklagte zunächst nur behauptet, er habe Tränkanlagen mit den erfindungswesentlichen Merkmalen bereits Mitte 1952 durch die Firma Ep[REDACTED] herstellen lassen. Hierzu gehe aus einer gleichzeitig überreichten persönlichen Darstellung des Beklagten hervor, daß es sich um zwei Anlagen gehandelt habe, wovon eine noch vor Anmeldung des Klagepatents an die Firma Sch[REDACTED] verkauft worden sei (vgl. Klageerwiderung vom 22. März 1957 nebst Anlagen). Später habe der Beklagte darüber hinaus behauptet, er habe schon vorher, nämlich Ende 1951/Anfang 1952 in seiner Werkstatt eine größere Anzahl derartiger Tränkeinrichtungen hergestellt, seiner Kundschaft vorgeführt,

angeboten und verkauft; u.a. habe auch der Zeuge Fe [REDACTED] die Anlagen im Februar 1952 in seinen Geschäftsräumen gesehen (so erstmals im Schriftsatz vom 22. November 1957 und insbesondere im Armenrechtsgesuch vom 4. März 1958). Ferner habe der Beklagte mehrere Erklärungen vorgelegt, in welchen die Unterzeichner bestätigt hätten, daß er ihnen eine Tränkanlage gegen Ende des Jahres 1952 angeboten habe. Gegen die Behauptungen des Beklagten spreche vor allem aber der mit der Klägerin im März 1953 abgeschlossene Vertretervertrag. Wenn der Beklagte im Jahre 1952 wirklich die von ihm behaupteten Vorbenutzungshandlungen vorgenommen hätte, dann wäre es nur schwer verständlich, daß er sich kurze Zeit danach anstandslos und ohne jeden Hinweis auf diese Vorgänge für ein eng umgrenztes Vertriebsgebiet gebunden habe. Schließlich sei noch zu berücksichtigen, daß der Beklagte im fraglichen Zeitraum auch eine Schnell-Waschanlage angeboten habe, die nach seinen eigenen Angaben in den Grundzügen mit der strittigen Tränkeinrichtung übereingestimmt habe, so daß die Möglichkeit besonders naheliege, daß sich die Zeugen nach so langer Zeit irren könnten.

Bei Anlegung des sonach gebotenen strengen Maßstabes vermöge sich der Senat von der Richtigkeit der Behauptungen des Beklagten nicht zu überzeugen. Zu diesen Behauptungen habe bereits durch das Landgericht und im Nichtigkeitsverfahren sowohl durch das Patentamt als auch durch den Bundesgerichtshof eine umfangreiche Beweisaufnahme stattgefunden. Der Bundesgerichtshof komme in seiner Würdigung der Beweisaufnahme zu dem Ergebnis, die Möglichkeit sei nicht widerlegt, daß der Beklagte die ersten Anlagen der streitigen Art als Wasch- oder Reini-

gungsanlagen hergestellt habe oder durch die Firma Ep[REDACTED] habe herstellen lassen und daß er sie als Lack-tränkeinrichtungen erst angeboten und vertrieben habe, nachdem er auf die Erfindung der Klägerin aufmerksam geworden sei. Sei das aber richtig, dann entfalle ebenso wie eine offenkundige Vorbenutzung im Sinne des § 2 PatG auch eine Vorbenutzungshandlung im Sinne des § 7 PatG. Es bleibe daher nur noch zu prüfen, ob abweichende tatsächliche Feststellungen möglich und geboten seien. Dies sei zu verneinen.

Nach Überprüfung der Niederschriften über die bisherigen Zeugenaussagen, mit deren Verwertung die Parteien sich einverstanden erklärt hätten, habe der Senat keinen Anlaß, von der gründlichen Beweiswürdigung des Bundesgerichtshofs, auf die verwiesen werde, abzuweichen. Der Beklagte vermöge demgegenüber auch keinerlei neue Gesichtspunkte vorzutragen, sondern beschränke sich auf Erwägungen für eine abweichende Beweiswürdigung, die zur Ausräumung der verbleibenden Zweifel nicht ausreichten. Neue Behauptungen mit Beweisantritten zur Ausräumung dieser Zweifel habe der Beklagte nicht aufgestellt, sondern lediglich die erneute Vernehmung der Zeugen Fe[REDACTED] und Ep[REDACTED] beantragt. Der Zeuge Ep[REDACTED] sei schon im ersten Rechtszug vernommen worden. In der Berufungsinstanz sei zunächst im Rahmen einer weiteren Beweisaufnahme u.a. auch die Vernehmung des Zeugen Fe[REDACTED] beschlossen worden. Anschließend sei dann aber der Rechtsstreit auf übereinstimmenden Antrag der Parteien gerade mit Rücksicht auf die im Nichtigkeitsverfahren zu den gleichen Vorgängen durchzuführende Beweisaufnahme ausgesetzt worden. In jenem Verfahren seien dann auch beide Zeugen, und zwar unter Eid, vernommen worden.

Bei dieser Sachlage hätte der Beklagte, wie die Klägerin in der letzten mündlichen Verhandlung zutreffend ausgeführt habe, näher substantiieren müssen, was mit einer erneuten Vernehmung bezweckt werden solle; denn angesichts der rechtlichen und wirtschaftlichen Kurzlebigkeit von Erfindungen sei es nicht vertretbar, eine Entscheidung in einem Rechtsstreit ohne Not zu verzögern. Eine solche Substantiierung sei nicht erfolgt. Daß die Zeugen von ihren bisherigen eidlichen Aussagen abweichen würden, behaupte der Beklagte selbst nicht. Eine erneute Vernehmung könne auch nicht dazu dienen, die subjektive Glaubwürdigkeit der Zeugen durch einen persönlichen Eindruck zu erhärten; denn diese Glaubwürdigkeit werde in der Beweiswürdigung des Bundesgerichtshofs nicht in Zweifel gezogen und könne unterstellt werden. Mangels näherer Substantiierung könne also nur angenommen werden, daß die Zeugen ihre bisherigen Angaben noch einmal wiederholen würden. Wenn man dies unterstelle, dann bestche zu einer abweichenden Würdigung des Beweisergebnisses nicht mehr Anlaß als bisher.

3. Die Revision erblickt mit Recht einen Verstoß gegen § 286 Abs. 1 ZPO darin, daß das Berufungsgericht dem Antrag des Beklagten, die Zeugen Fe[REDACTED] und Ep[REDACTED] zu vernehmen, nicht stattgegeben hat.
- a) Hinsichtlich dieser beiden Zeugen, deren Aussagen das Berufungsgericht zwar für subjektiv glaubhaft hält, aber als objektiv falsch ansieht, ergibt sich folgendes Bild:

Der Zeuge Fe[REDACTED] hat bei seiner Vernehmung durch den 1. Nichtigkeitssenat des Deutschen Patentamts bekundet, der Beklagte habe ihm anläßlich eines Besuches in den

ersten Monaten des Jahres 1952 - und damit vor Beginn der Werbemaßnahmen der Klägerin - in seiner Werkstatt eine der von ihm selbst gebauten Lacktränkeinrichtungen, die mit einem Siphon ausgestattet gewesen sei, gezeigt (vgl. hierzu die Anlage zum Protokoll des Patentamts vom 2. Dezember 1958, Fotokopie Bl. 279 ff GA). In der Berufungsverhandlung vor dem Bundesgerichtshof hat der Zeuge seine Aussage, auf die er nunmehr beeidigt worden ist, noch dahin ergänzt, daß sein Besuch bei dem Beklagten aus den von ihm im einzelnen genannten Gründen vor dem 27. Mai 1952 stattgefunden haben müsse (vgl. Sitzungsniederschrift des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 29. September 1961, Abschrift Bl. 294, 295 ff GA).

Der Zeuge Ep[REDACTED] hat bei seiner Vernehmung im ersten Rechtszug des vorliegenden Rechtsstreits vor dem ersuchten Amtsgericht in Si[REDACTED] (Ho[REDACTED]) zunächst ausgesagt, der Beklagte habe ihm im Jahre 1952 den Auftrag erteilt, Tränkeinrichtungen mit einem Siphon zu bauen, und er habe das erste Gerät dieser Art etwa im August, September oder Oktober jenes Jahres ausgeliefert. Auf Vorhalt hat der Zeuge jedoch anschließend erklärt, er könne nicht mehr sagen, ob die Anlage seinerzeit als Wasch- oder als Tränkanlage bezeichnet worden sei (vgl. hierzu die amtsgerichtliche Vernehmungsniederschrift vom 2. August 1957, Bl. 88 GA). Demgegenüber hat sich der Zeuge in der Berufungsverhandlung des Nichtigkeitsverfahrens vor dem Bundesgerichtshof unter Eid dahingehend ausgelassen, der Beklagte habe ihm von vornherein gesagt, es handle sich um eine Lacktränkanlage; soweit in dem Protokoll des Amtsgerichts etwas anderes niedergelegt sei, stimme dies nicht; er habe sich bei der früheren Vernehmung auf den Vorhalt vielleicht mißverständlich ausgedrückt; er wisse genau, daß der Beklagte bei der Erteilung des Auftrags gesagt

habe, daß es sich um eine Lacktränkanlage handele; der Beklagte habe ihm auch erklärt, was unter der Anlage zu verstehen sei, nämlich die Isolierung der Wicklungen (vgl. hierzu die Sitzungsniederschrift des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 20. September 1961, Abschrift Bl. 294, 297 ff GA).

- b) Die Ablehnung des Beweisantrages des Beklagten kann mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht gerechtfertigt werden. Sie läßt sich auch unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten, die sich zur Prüfung anbieten, nicht halten. Im übrigen ist es nicht auszuschließen, daß das angefochtene Urteil auf dem gerügten Verfahrensverstoß beruht, daß also das Berufungsgericht ohne ihn in der Sache anders erkannt hätte (vgl. § 549 Abs. I Satz 1 ZPO; ferner RGZ 57, 330, 331).

Es fehlt zunächst jeder Anhalt dafür, daß der Beklagte seinen Antrag, wie das Berufungsgericht anzunehmen scheint, etwa in der Absicht gestellt hat, den Prozeß zu verschleppen. Für die Zurückweisung des Beweismittels nach den §§ 283, 279 Abs. 1 ZPO (wegen der Geltung dieser Vorschriften für die Berufungsinstanz vgl. Baumbach/Lauterbach, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 28. Aufl., § 529 Anm. 3 D) war sonach keine Handhabe gegeben.

Dem Antrag auf Vernehmung der beiden Zeugen stand auch nicht entgegen, daß der Beklagte - wie in dem angefochtenen Urteil hervorgehoben wird - in Übereinstimmung mit der Klägerin die Aussetzung des Verletzungsprozesses gerade im Hinblick auf die im Nichtigkeitsverfahren durchzuführende Beweisaufnahme beantragt hat. Hieraus kann nicht geschlossen werden, daß der Beklagte auf die Vernehmung der beiden Zeugen in dem vorliegenden Rechtsstreit

nach § 399 ZPO habe endgültig verzichten wollen.

Das Berufungsgericht geht ferner zu Unrecht davon aus, daß der Beklagte seinen Beweisantrag nicht hinreichend substantiiert habe. Der Antrag war genügend bestimmt. Er schloß bei sachgemäßer Auslegung der Ausführungen des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 22. Februar 1962 ein, daß der Beklagte Zeugenbeweis im Sinne des § 373 ZPO für möglicherweise entscheidungserhebliche Behauptungen, nämlich über die Benutzungshandlungen des Beklagten vor Anmeldung des Klagepatents erbiten wolle, welche den Gegenstand der früheren Vernehmung der beiden Zeugen im Nichtigkeitsverfahren gebildet haben (vgl. hierzu RGZ 46, 410, 414).

Der Zeuge Ep [REDACTED] ist zwar bereits im ersten Rechtszug des vorliegenden Rechtsstreits vernommen worden. Er hat jedoch, wie dargelegt, seine damalige Aussage bei seiner Vernehmung durch den Bundesgerichtshof im Nichtigkeitsverfahren in einem wesentlichen Punkt ergänzt bzw. klargestellt, auf welchen es dem Beklagten ersichtlich in erster Linie ankam. Der Beweisantrag des Beklagten fällt daher, auch soweit er sich auf den Zeugen Ep [REDACTED] bezieht, nicht unter § 398 Abs. 1 ZPO, welcher die wiederholte Vernehmung eines Zeugen in derselben Sache und über dieselben Beweisfragen in das nicht nachprüfbare Ermessen des Prozeßgerichts stellt (vgl. hierzu OGHZ 1, 226 und Baumbach/Lauterbach aaO § 398 Anm. 2 A und B).

Der Antrag, die Zeugen Fe [REDACTED] und Ep [REDACTED] zu vernehmen, zeigte, daß der Beklagte - wie das Berufungsgericht auch nicht verkannt hat - mit der urkundlichen Verwertung der Aussagen, welche die beiden Zeugen im Nichtigkeitsverfahren erstattet haben, nicht einverstanden gewesen ist.

Das Berufungsgericht hätte daher die Vernehmung der beiden Zeugen nur unter den Voraussetzungen ablehnen dürfen, unter welchen die Erhebung eines angebotenen Zeugenbeweises überhaupt abgelehnt werden kann (vgl. hierzu BGHZ 7, 116, 121/22). Derartige Voraussetzungen hat das Berufungsgericht jedoch nicht dargetan; sie sind auch sonst nicht ersichtlich.

Wie aus den Ausführungen des Berufungsgerichts hervorgeht, hat es die Vernehmung der Zeugen Fe [REDACTED] und Ep [REDACTED] zunächst abgelehnt, weil es bei Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und der Niederschriften über die Vernehmung der übrigen im Nichtigkeitsverfahren gehörten Zeugen, deren Verwertung die Parteien zugestimmt haben, bereits davon überzeugt sei, daß der Beklagte die Richtigkeit seiner Behauptungen nicht mit hinreichender Sicherheit beweisen könne. Damit hat das Berufungsgericht unzulässigerweise einen nicht erhobenen Beweis, mit welchem nach Meinung des Beklagten gerade eine etwa schon vorhandene Auffassung des Berufungsgerichts erschüttert werden sollte, im voraus gewürdigt (vgl. hierzu BGH NJW 1951, 481, 482 und DRiZ 1959, 252 für den gleichliegenden Fall, daß das Gegenteil der unter Beweis gestellten Behauptung als erwiesen angesehen wird). Es ist zwar richtig, daß der Tatrichter eine Beweisaufnahme ausnahmsweise dann ablehnen kann, wenn aufgrund des bisherigen Verhandlungs- und Beweisergebnisses jede Möglichkeit ausgeschlossen ist, daß die beantragte neue Beweisaufnahme Sachdienliches ergeben kann, wenn also von vornherein der völlige Unwert des Beweismittels ersichtlich ist. Das ist z.B. dann der Fall, wenn eine größere Anzahl der vernommenen Zeugen übereinstimmend das Gegenteil der unter Beweis gestellten Behauptungen bestätigt hat (vgl. hierzu BGH NJW 1956, 1480

mit weiteren Hinweisen). So liegen die Dinge hier aber nicht. Das Berufungsgericht hat keineswegs festgestellt, daß der Beklagte die von ihm behaupteten Benutzungshandlungen, aus denen er ein Vorbenutzungsrecht nach § 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 PatG herleitet, nicht vorgenommen hat, sondern es hat lediglich ausgesprochen, daß der Beklagte beweisfällig geblieben ist.

Das Berufungsgericht führt zur Begründung der Ablehnung des Beweisantrags ferner aus, es könne angenommen werden, daß die Zeugen Fe [REDACTED] und Ep [REDACTED] subjektiv glaubwürdig seien und daß sie - ebenso wie bei ihrer Vernehmung im Nichtigkeitsverfahren - die Beweistatsachen bekunden würden. Wie der Hinweis auf die Beweismwürdigung des Bundesgerichtshofs in dem Urteil vom 6. Oktober 1961 erkennen läßt, hat es das Berufungsgericht jedoch für unwahrscheinlich gehalten, daß sich die Zeugen angesichts der zurückliegenden Zeit an die fraglichen Vorgänge noch im einzelnen erinnern könnten. Da das Berufungsgericht sonach nur die Zeugenaussagen, nicht aber die Beweistatsachen als wahr unterstellt hat, durfte es den Beweisantrag des Beklagten nicht ablehnen (vgl. hierzu BGH LM § 286 ZPO/A Nr. 20; ferner Baumbach/Lauterbach aaO, § 286 ZPO Anm. 3 A c). Die Bedenken, welche das Berufungsgericht gegen die objektive Richtigkeit der früheren Aussagen hegt, hätten es veranlassen müssen, die Zeugen zu vernehmen, um sich einen unmittelbaren Eindruck von ihrem Erinnerungsvermögen zu verschaffen. Das angefochtene Urteil kann sonach keinen Bestand haben.

4. Bei der erneuten Verhandlung wird zu beachten sein, daß der im Nichtigkeitsverfahren vom Bundesgerichtshof gemäß § 2 Satz 2 PatG als maßgeblich behandelte Zeitpunkt der

Werbeaktion der Klägerin und der Veröffentlichung in der Zeitschrift "Elektrotechnik" Nr. 49 vom 7. Dezember 1952 im Hinblick auf § 7 Abs. 1 Satz 4 PatG nicht ohne weiteres auch für die Frage des Vorbenutzungsrechts des Beklagten entscheidungserheblich zu sein braucht. Während offenkundige Benutzungshandlungen, die innerhalb von sechs Monaten vor der Patentanmeldung vorgenommen worden sind und auf der Erfindung des Anmelders oder seines Rechtsvorgängers beruhen, nach § 2 Satz 2 PatG schlechthin nicht neuheitsschädlich sind, können solche (auch nicht offenkundige) Benutzungshandlungen unter Umständen sehr wohl ein Vorbenutzungsrecht nach § 7 Abs. 1 PatG entstehen lassen, sofern sich ein den Anforderungen des § 7 Abs. 1 Satz 4 PatG genügender Vorbehalt des Anmelders oder seines Rechtsvorgängers nicht feststellen läßt. Auch mit diesem Gesichtspunkt wird sich das Berufungsgericht daher je nach dem Ausfall der von ihm vorzunehmenden Beweisaufnahme befassen müssen.

- III. Die Revision vertritt, wie ihren Ausführungen mittelbar zu entnehmen ist, die Ansicht, daß die Klage, soweit sie den Anspruch der Klägerin auf Feststellung der Schadensersatzpflicht und den damit zusammenhängenden Anspruch auf Rechnungslegung betrifft, bereits jetzt entscheidungs-, d.h. abweisungsreif sei, da jedenfalls ein Verschulden des Beklagten im Sinne der §§ 47 Abs. 2 PatG, 276 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB, wie es der Schadensersatzanspruch im Gegensatz zu dem Unterlassungsanspruch zusätzlich voraussetze, nicht vorliege. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden.

Die Benutzung eines fremden Patents ist von vornherein widerrechtlich und verpflichtet bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit - d.h. wenn der Benutzer das Patent und seinen

Schutzumfang kannte oder wenn seine Unkenntnis auf Fahrlässigkeit beruhte - als unerlaubte Handlung zum Schadensersatz (vgl. hierzu RG GRUR 1942, 207, 208). Diese Rechtsfolge würde im vorliegenden Fall nur dann nicht eintreten, wenn der Beklagte Benutzungshandlungen vorgenommen hat, die ein Vorbenutzungsrecht im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 PatG begründen und damit die Widerrechtlichkeit der späteren Handlungen ausschließen.

Sollte das Berufungsgericht nach Berücksichtigung der aufgezeigten Gesichtspunkte wiederum zu dem Ergebnis gelangen, daß zur Begründung eines Vorbenutzungsrechts ausreichende Benutzungshandlungen des Beklagten nicht nachgewiesen sind, dann ist davon auszugehen, daß der Beklagte das Patent von der Bekanntmachung der Anmeldung an widerrechtlich benutzt hat. Der Beklagte wird dann aber, soweit es hierauf rechtlich ankommt, auch bei der Beurteilung seines Verschuldens so zu behandeln sein, als ob er keine Vorbenutzungshandlungen vorgenommen hat. In diesem Falle wird zu beachten sein, daß dem Beklagten bereits aufgrund seines Vertreterverhältnisses bekannt war, daß der Lizenzgeber der Klägerin die Tränkeinrichtung zum Patent angemeldet hatte. Darüber hinaus hat ihn die Klägerin, wie ebenfalls unstreitig ist, nochmals ausdrücklich verwarnt. Im übrigen würde es den Beklagten schwerlich entschuldigen können, wenn er über den Inhalt der Patentanmeldung im unklaren gewesen sein sollte. Er hätte sich hierüber, wie das angefochtene Urteil zutreffend hervorhebt, unschwer unterrichten können. Auch der Umstand, daß der 1. Nichtigkeitsssenat des Deutschen Patentamts in seiner Entscheidung vom 2. Dezember 1958 die Benutzungshandlungen des Beklagten im Rahmen der Neuheitsprüfung als erwiesen angesehen und demnach zu seinen Gunsten ent-

schieden hat, wird ihn kaum zu entlasten vermögen. Da dem Beklagten zuverlässige Beweismittel, nämlich Urkunden wie Zeichnungen, Werbeschriften, Angebots- und Auftragsschreiben, Rechnungen und dgl. aus dem in Betracht zu ziehenden Zeitraum nicht zur Verfügung standen, mußte er damit rechnen, daß das Beweisergebnis auch anders gewertet werden könnte, wie es dann auch in dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 6. Oktober 1961 geschehen ist.

IV. Nach alledem war das angefochtene Urteil aufzuheben und der Rechtsstreit in vollem Umfange zur andorweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (vgl. §§ 564 Abs. 1, 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision vorzubehalten, weil sie von dem noch ungewissen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Dr. Nastelski Löscher Spengler

Claßen Schneider