

16

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

BGB § 463

Zur Frage, ob eine Eigenschaft der Kaufsache zugesichert ist, wenn diese von dem ausländischen Hersteller als "patentiert" bezeichnet wird.

BGB § 439; PatG § 30 Abs. 1

Der Käufer kennt einen Mangel im Recht auch dann, wenn er beim Abschluß des Kaufvertrages mit einem ausländischen Hersteller weiß, daß er durch den Vertrieb der eingeführten Ware gegen ein in Deutschland angemeldetes und bekanntgemachtes, aber noch nicht erteiltes Patent verstößt, selbst wenn Käufer und Verkäufer geglaubt haben, das Patent werde nicht erteilt oder vernichtet werden.

BGH, Urt. v. 16. Mai 1973 - VIII ZR 42/72 - OLG Stuttgart
LG Heilbronn

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 42/72

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

16. Mai 1973

Scheibl,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma Richard E [REDACTED], Inhaber Richard E [REDACTED],
Rolladenfabrik in M [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma C [REDACTED] & C o ., vertreten durch
die Gesellschafter Piero C [REDACTED] und Vittorio C [REDACTED]
in V [REDACTED]-M [REDACTED] (Italien), Via S [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Mai 1973 durch die Richter Dr. Gelhaar, Claßen, Braxmaier, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart, an Verkündungs Statt den Parteien am 19. und 20. Januar 1971 zugestellt, wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen. Jedoch wird die Kostenentscheidung des Berufungsurteils dahin geändert, daß die Kosten des ersten Rechtszuges gegeneinander aufgehoben werden.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt Rolladenstäbe aus Kunststoff her und vertreibt sie unter der Bezeichnung "Kosmoplastick". Das Herstellungsverfahren ist für die Klägerin mit Wirkung vom 3. Dezember 1963 durch das italienische Patent Nr. 41 295 geschützt.

Die Beklagte, die Rolläden ursprünglich aus Holz herstellte, ging später zur Kunststoffproduktion über und vertrieb außer kompletten Rolläden auch Rolladenstäbe aus Kunststoff an andere Rolladenhersteller.



Zunächst auf Grund eines Vertrages mit der italienischen Firma T [REDACTED] vom 5. August 1964 hatte die Beklagte für die Bundesrepublik den Alleinvertrieb der von der Klägerin hergestellten, für sie in Italien geschützten Kunststoffstäbe übernommen. Schon bald war es jedoch zu Meinungsverschiedenheiten gekommen, so daß nach der letzten Lieferung vom 25. April 1965 die Firma T [REDACTED] ihre Ansprüche gegen die Beklagte im Verfahren LG Heilbronn 1 KfH O 178/67 einklagte; das dort ergangene Urteil vom 4. Februar 1970 wurde auf Grund eines in der Berufungsinstanz geschlossenen Vergleiches schließlich rechtskräftig.

Durch Vertrag vom 1. Dezember 1965, also schon bald nach Abbruch der Geschäftsbeziehungen zu T [REDACTED], hatte die Beklagte unmittelbar gegenüber der Klägerin den Alleinvertrieb der für die Klägerin in Italien geschützten Rolladenstäbe übernommen. In der Folgezeit ließ die Beklagte allerdings auch Profile, die nach ihrem eigenen deutschen Gebrauchsmuster 1 944 066 konstruiert waren, bei der Klägerin herstellen und vertrieb diese in zunehmendem Maße. Der Vertrag vom 1. Dezember 1965 sah eine Laufzeit bis Ende 1970 vor, jedoch endeten infolge von Meinungsverschiedenheiten schon im Jahre 1968 die Geschäftsbeziehungen der Parteien.

Mit der Klage hat die Klägerin Zahlungsansprüche aus den Geschäftsbeziehungen gegenüber der Beklagten geltend gemacht. Die Beklagte hat Mangelhaftigkeit der letzten Lieferungen behauptet und ferner geltend gemacht, die von der Klägerin gelieferten Stäbe verletzten die in der Bundesrepublik bestehenden Schutzrechte der Firmen

10

D- P- und R- KG; für die sich hieraus ergebenden Schäden habe die Klägerin nach dem Vertrag vom 1. Dezember 1965 einzustehen.

Das Landgericht hat der Klägerin zuerkannt: 7 932,28 DM nebst Zinsen und 149,10 DM Belastungsspesen sowie weitere 34 791,33 DM nebst Zinsen. Auf die Berufung beider Parteien hat das Oberlandesgericht unter Abweisung der Klage im übrigen der Klägerin weitere 10 765,43 DM nebst Zinsen zugesprochen. Die erst in der Berufungsinstanz erhobene Widerklage, die auf Zahlung von 139 854,59 DM sowie auf Feststellung der Freistellungsverpflichtung der Klägerin gegenüber der Beklagten hinsichtlich etwaiger Ansprüche der Firmen D- P- und R- KG gerichtet ist, hat das Berufungsgericht in vollem Umfang abgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage und die Verurteilung der Klägerin gemäß den Anträgen der Widerklage.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

A. Zur Widerklage

Die Revision ist der Auffassung, die Klägerin habe für die der Beklagten entstandenen "Patentschwierigkei-

ten" einzustehen. Darunter versteht sie zweierlei: Zum einen das Fehlen eines eigenen wirksamen patentrechtlichen Schutzes der Klägerin in der Bundesrepublik für die von ihr gelieferten Stäbe sowie zum andern die Unbenutzbarkeit dieser Stäbe für die Verarbeitung und den Weitervertrieb in der Bundesrepublik infolge entgegenstehender gewerblicher Schutzrechte Dritter, nämlich der Firmen D- P- sowie R- KG. Beide Einwände sind in der rechtlichen Beurteilung zu trennen, denn der erstgenannte Revisionsangriff betrifft die Frage des Kaufgegenstandes und hierzu etwa gemachter Zusicherungen (§ 463 BGB), der letztgenannte Revisionsangriff dagegen die kaufrechtliche Gewährleistung, nämlich die Frage, ob die Klägerin einer etwaigen Verpflichtung, den Kaufgegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen (§ 434 BGB), genügt hat.

1. Die Revision behauptet, die Klägerin habe der Beklagten zugesichert, die von ihr hergestellten Kunststoffstäbe seien "patentiert". Diese im Vertrag der Parteien vom 1. Dezember 1965 verwendete Formulierung will die Revision dahin verstanden wissen, die Klägerin habe dort zugesichert, die von ihr hergestellten Stäbe genössen in der Bundesrepublik patentrechtlichen Schutz, und zwar auch bei etwaigem Vorhandensein von Schutzrechten dritter Personen wegen dann vorhandener Vorrangigkeit der Rechte der Klägerin.

Es kann dahinstehen, ob diese erstmals in der Revisionsbegründungsschrift substantiiert vertretene und deshalb im Berufungsurteil nicht beschiedene Auslegung

14

des Vertrages vom 1. Dezember 1965 neues Parteivorbringen enthält und deshalb gemäß § 561 ZPO unberücksichtigt zu bleiben hat. In den Vorinstanzen war der Urkunde vom 1. Dezember 1965 rechtliche Bedeutung jedenfalls nur insoweit beigemessen worden, als die Frage zur Klärung stand, ob die Klägerin für den ungestörten Vertrieb der von ihr hergestellten und eingeführten Stäbe in der Bundesrepublik, mithin für das Nichtbestehen von Rechten Dritter einzustehen habe. Die von der Revision jetzt erstmals vertretene Vertragsauslegung, die entscheidend auf den Gebrauch des Wortes "patentiert" abgestellt ist, widerspricht jedenfalls allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, wie sie für Verträge der hier in Rede stehenden Art gelten: Bezeichnet ein ausländischer Verkäufer gegenüber seinem deutschen Abnehmer seine Ware ganz allgemein und ohne erläuternden Zusatz als "patentiert", so kann letzterer hieraus nicht mehr entnehmen, als daß der Verkäufer das Bestehen eines Patentes für seine Ware oder deren Herstellung in seinem eigenen (ausländischen) Heimatstaat behauptet und daß er das Bestehen eines solchen - für den Vertrieb der Ware in der Bundesrepublik rechtlich ganz unerheblichen - Schutzrechtes gerade deswegen hervorkehrt, um seine Ware als technisch hervorragend und als der Verleihung eines gewerblichen Schutzrechtes an sich fähig in ganz allgemeiner Form seinem Abnehmer anzupreisen (vgl. RGZ 163, 1,7). Daß der Beklagten, wie die Revision in der Sache vorbringt, das Territorialitätsprinzip, welches die Patentrechtsordnungen sämtlicher Kulturstaaten beherrscht, unbekannt gewesen wäre, so daß die Beklagte die Verwendung des Wortes "patentiert" im Vertrag vom 1. Dezember 1965 als Hinweis auf das Bestehen eines patentrechtlichen

Schutzes auch in der Bundesrepublik verstanden hätte, ist nicht dargetan. Hiergegen spricht eindeutig, daß die Beklagte sich überhaupt nicht darum kümmerte, was denn eigentlich der Gegenstand des patentrechtlichen Schutzes war: ob etwa die Vorrichtung Rolladenstab in der besonderen konstruktiven Gestaltung, oder das Verfahren zu deren Herstellung, oder gar die Verwendung eines besonderen zur Herstellung benutzten Stoffes. Wer als Kaufmann Waren kauft, die vom Verkäufer als "patentiert" bezeichnet werden, und wer solche Anpreisung als Zusicherung einer Eigenschaft im Sinne des § 463 BGB verstanden wissen will, um gegebenenfalls gegen seinen Verkäufer Gewährleistungsansprüche her-zuleiten, legt schon im Interesse einer richtigen Kenntnis der ihm eingeräumten Monopolstellung und auch im Interesse einer wirksamen Abwehr etwaiger Verletzungs-handlungen von dritter Seite äußersten Wert darauf, die Art, den Umfang, die Dauer usw. des ihm für das Kaufob-jekt angeblichen "zugesicherten" patentrechtlichen Schutzes genauestens zu erkunden. Daß aber die Beklag-te in dieser Richtung sich irgendwie bemüht hätte, ist nicht behauptet; nach dem gesamten Akteninhalt ging es ihr darum, die Kunststoffstäbe möglichst preiswert und frei von Sachmängeln zu erhalten. Hiervon abgesehen, könnte ein etwaiges Mißverstehen des im Vertrag vom 1. Dezember 1965 gebrauchten Wortes "patentiert", wie es die Revision jetzt für die Beklagte behauptet, nicht zur Folge haben, daß eine solche lebensunwirkliche Aus-legung nunmehr auch für die Klägerin verbindlich wäre, daß mithin das verwendete Wort "patentiert" als echte Zusicherung verstanden werden müßte und nicht als bloße Anpreisung der eigenen Ware unter Hinweis auf das im Hei-

matland bestehende Schutzrecht. Nur diese letztgenannte Auslegung ist möglich, denn nur sie wird den Grundsätzen gerecht, wie sie unter Kaufleuten bei Importgeschäften der hier in Rede stehenden Art gelten.

2. Auch der Angriff der Revision, die Klägerin habe die der Beklagten gelieferten Kunststoffstäbe nicht frei von Rechten Dritter verschafft (§ 434 BGB), kann keinen Erfolg haben. Zwar kann das Patent eines Dritten, das der Benutzung des gekauften Gegenstandes entgegensteht, ein "Recht" im Sinne des § 434 BGB sein, für dessen Nichtbestehen bzw. umgehende Beseitigung der Verkäufer grundsätzlich einzustehen hat (vgl. Palandt/ Putzo, BGB 32. Aufl. § 434 Anm. 2 b sowie RGZ 163, 1, 8, wo der besonders liegende Fall der Generallizenzierung eines Geheimverfahrens behandelt wird, dessen Benutzung ein Patent entgegensteht). Gleiches wie für das erteilte Patent gilt insoweit für die bekanntgemachte Patentanmeldung, da ihr der Schutz des § 30 Abs. 1 PatG zukommt. Die Vorläufigkeit des dort gewährten Schutzes und der rückwirkende Fortfall des Schutzes bei Nichterteilung des Patentbesitzes hindern nicht, daß der Schutz aus einer bekanntgemachten Anmeldung ebenso wie der Schutz, den das erteilte Patent gewährt, von jedermann zu beachten ist; demgemäß steht zumal im Verletzungsprozeß die bekanntgemachte Anmeldung dem erteilten Patent ranglich völlig gleich (vgl. Benkard, PatG 5. Aufl. § 30 Rdn 12 und die dort mitgeteilte umfangreiche Rechtsprechung und Literatur).

a) Rechte aus § 434 BGB stehen der Beklagten jedoch nicht zu, weil sie bei Abschluß des Vertrages vom

1. Dezember 1965 wußte, daß eine bekanntgemachte, somit nach § 30 Abs. 1 PatG geschützte Anmeldung der Firma D- P bestand. Soweit dies für die Beklagte von Nachteil war, hatte die Klägerin den Mangel im Recht, d.h. die von der Firma D- P ausgehende Gefahr, bei einem Weiterverkauf der Stäbe gegen die Beklagte als Verletzerin des Schutzrechtes vorzugehen, nicht zu vertreten (§ 439 Abs. 1 BGB).

Unstreitig hatte die Firma D- P bereits mit Schreiben vom 5. Mai 1965 - also fast 7 Monate vor Abschluß des Vertrages der Parteien vom 1. Dezember 1965 - darauf hingewiesen, daß die von der Beklagten in der Bundesrepublik vertriebenen Rolladenstäbe die Rechte aus ihrer eigenen in Deutschland bekanntgemachten Patentanmeldung verletzen. Dieses Schutzrecht von D- P war am 18. Oktober 1956 unter Inanspruchnahme einer Unionspriorität vom 3. Februar 1956 angemeldet und schon am 14. März 1963 - mithin mehrere Jahre vor dem Vertragsabschluß der Parteien vom 1. Dezember 1965 und selbst noch vor dem Vertrag, den die Beklagte zuvor mit Tamarco am 5. August 1964 abgeschlossen hatte - in der deutschen Auslegeschrift 1 145 342 bekanntgemacht worden. Es genoß von diesem Zeitpunkt an den vorläufigen Schutz nach § 30 Abs. 1 Satz 2 PatG.

Daß bei solcher Sachlage Dyna-Plastik gegen die Beklagte vorgehen konnte und auch vorgehen werde und daß D- P bei sachlicher Berechtigung ihrer Verwarnung dabei auch Erfolg haben mußte, bedarf keiner weiteren Darlegung. Der Revisionseinwand, die Parteien hätten damit gerechnet, daß die Anmeldung von D- P

11

nicht zur Erteilung eines Patentbeschlusses führen und daß der vorläufige Schutz nach § 30 Abs. 1 Satz 2 PatG rückwirkend wieder fortfallen werde, hatte, wie übrigens das im Rechtsstreit D- -P- ./ . Beklagte ergangene Urteil erweist, schon für die Frage der Haftung der Beklagten gegenüber der Firma D- -P- angesichts der sehr strengen Anforderungen, welche die Rechtsprechung an die Sorgfaltspflicht des Schutzrechtsbenutzers nach Erhalt einer Verwarnung stellt, keinen Erfolg. Der Einwand kann aber hier, wo es um die Rechtsbeziehungen des Schutzrechtsbenutzers (Beklagte) gegenüber seinem Lieferanten (Klägerin) geht, als rechtlich unerheblich auf sich beruhen. Von Bedeutung sind nämlich allein die Rechtsbeziehungen der Parteien zueinander, und insoweit ist entscheidend, daß eine Gewährleistungspflicht der Klägerin nach § 434 BGB durch den Vertrag vom 1. Dezember 1965 nicht begründet wurde, weil die Beklagte im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses den hinsichtlich des Kaufgegenstandes jetzt beanstandeten Mangel im Recht (nämlich die bekanntgemachte Patentanmeldung der Firma D- -P-) kannte.

b) Nun glaubt allerdings die Beklagte, ungeachtet ihrer eigenen Haftung gegenüber D- -P- - oder besser: gerade wegen dieser ihrer Haftung gegenüber D- -P- - Ausgleichsansprüche gegen die Klägerin nach § 840 BGB zu haben, da auch die Klägerin die für die Firma D- -P- geschützte Patentanmeldung verletzt habe. Dieser Einwand ist unbegründet.

Entsprechend dem das Patentrecht beherrschenden Territoritätsprinzip ist der Schutz, den das erteilte

Patent und die bekanntgemachte Patentanmeldung gewährt, grundsätzlich auf solche Verletzungen begrenzt, die im Inland begangen werden. Diese Voraussetzung ist in der Regel allerdings auch dann erfüllt, wenn im Ausland hergestellte, durch ein deutsches Patent (bzw. durch eine bekanntgemachte deutsche Patentanmeldung) geschützte Gegenstände in das Inland geliefert werden (vgl. hierzu die bei Benkard aaO § 6 Rdn 10 und 11 zusammengestellte umfangreiche Judikatur und Literatur). Das Berufungsgericht (BU S. 37) hat auch richtig erkannt, daß die Entfaltung der geschäftlichen Tätigkeit vorwiegend im Ausland eine von der Klägerin durch Import begangene Verletzung des D--P--Schutzrechtes nicht ausschließt. Das gleiche gilt, soweit die Revisionserwiderung unter Hinweis auf den hier zwischen den Parteien vereinbarten ausländischen Erfüllungsort eine von der Klägerin begangene Verletzung des D--P--Schutzrechtes in Abrede stellen möchte.

Zweifelhaft könnte jedoch schon sein, ob bei der Klägerin auch die subjektiven Voraussetzungen für eine Haftung aus einer von ihr begangenen Verletzung des D--P--Schutzrechtes gegeben sind, denn immerhin wurde nur die Beklagte und nicht die Klägerin von D--P-verwarnt. Dieser Frage der Verantwortlichkeit der Klägerin für eine etwa von ihr selbst begangene Verletzung des D--P--Schutzrechtes würde für den mit der Widerklage geltend gemachte Ausgleichsanspruch Bedeutung dann zukommen, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien zueinander als "nebeneinander verantwortliche" Verletzer des D--P--Schutzrechtes sich nach der Grundregel des § 840 BGB bestimmen würden.

16

Gerade dies aber ist, wie das angefochtene Urteil (S. 37 ff) überzeugend ausführt, hier nicht der Fall. Entscheidend ist, wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat, die besondere Art der hier getroffenen vertraglichen Regelung. Wiederum wird bedeutsam, daß die Kenntnis der Beklagten von der Schutzrechtsanmeldung der Firma D- P im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit der Klägerin nach dem Gesetz (§ 439 Abs. 1 BGB) zur Folge hatte, daß eine Verpflichtung der Klägerin nach § 434 BGB, der Beklagten die verkauften Kunststoffstäbe frei von Rechten Dritter zu verschaffen, nicht entstand. Hat aber die Beklagte trotz ihrer Kenntnis von der geschützten Patentanmeldung der Firma D- P Rückgriffsansprüche dieserhalb gegenüber der Klägerin im Vertrag vom 1. Dezember 1965 sich nicht ausdrücklich einräumen lassen, sondern statt dessen - möglicherweise in Erwartung einer späteren Versagung der Patenterteilung und des rückwirkenden Fortfalls des für die Anmeldung gewährten Schutzes - die mit dem Rechtsmangel der D- P Anmeldung "belasteten" Kunststoffstäbe als vertragsgemäße Leistung hingenommen, so hat sie damit nicht nur in eine Übernahme der von der Firma D- P ausgehenden Risiken eingewilligt, sondern auch in einen völligen und endgültigen Verbleib dieser Risiken bei ihr selber und nur bei ihr allein; von anderer Seite aus betrachtet: Sie hat eingewilligt in eine gänzliche und endgültige - freilich nur intern zwischen den Parteien wirksame - Freistellung der Klägerin von Risiken, welche für die eine oder die andere Partei möglicherweise dann bestanden, wenn die importierten und weiterverarbeiteten Kunststoffstäbe eine Verletzung des D- P-Schutzrechtes darstellen sollten. Die gegenteilige, von der

Revision vertretene Auffassung, die Hinnahme der mit einem Rechtsmangel behafteten Kaufgegenstände als einer vertragsgemäßen Leistung habe gleichwohl jedenfalls interne Ausgleichsansprüche gegen die Klägerin im Falle der Inanspruchnahme der Beklagten aus Patentverletzung unberührt gelassen, würde bedeuten, daß die Beklagte bei Abschluß ihres Vertrages mit der Klägerin dieser gegenüber arglistig hätte handeln dürfen, indem sie - entgegen der im Vertrag erklärten Hinnahme der mit dem Rechtsmangel behafteten Gegenstände als einer vertragsmäßigen Leistung - im Endergebnis schließlich doch die Folgen einer etwaigen eigenen Inanspruchnahme aus der Schutzrechtsanmeldung D- P- ganz oder teilweise wirtschaftlich auf die Klägerin hätte abwälzen dürfen. Dies kann schon um deswillen nicht Rechtens sein, weil die Klägerin nur daran interessiert war, die von ihr hergestellten Kunststoffstäbe günstig zu verkaufen, auf die Weiterverarbeitung und den Vertrieb der Kaufgegenstände aber keinen Einfluß hatte. Zutreffend führt das angefochtene Urteil (S. 38) aus, der Inhaber der Beklagten habe schon bei Vertragsabschluß voraussehen können, daß, falls überhaupt eine der Parteien von der Firma D- P- künftig in Anspruch genommen werde, dies die Beklagte und nicht die Klägerin sein werde. Dem ist zuzustimmen: Die Beklagte, die fertige Rolläden herstellte, stand dem umworbenen inländischen Kundenkreis näher und war somit für die Firma D- P- der gefährlichere Wettbewerber, verglichen mit der Klägerin, die nur ein Halbfabrikat (die Stäbe) lieferte.

c) Auch soweit mit der Widerklage die Feststellung verlangt wird, die Klägerin müsse der Beklagten

die möglicherweise in Zukunft zu erbringenden Leistungen wegen einer etwaigen Verletzung des Reifenhäuser-Patentes ersetzen, sind die gegen die ablehnende Entscheidung des Berufungsgerichts erhobenen Revisionsangriffe unbegründet. Das Berufungsgericht (BU S. 39) stellt hierzu fest, die genannte Firma habe für das Jahr 1969 Lizenzgebühren verlangt, nicht aber für die vorangehende Zeit. Wegen der Beendigung der Vertragsbeziehungen der Parteien schon im Jahre 1968 könne aber die Klägerin für etwa erst im Jahr 1969 oder gar in der Folgezeit begangene Patentverletzungen der Beklagten auf keinen Fall in Anspruch genommen werden.

Nun ist der Revision zuzugeben, daß das an die Beklagte gerichtete Verwarnungsschreiben der Firma R- KG vom 21. Juli 1969 auch ein Verlangen nach Auskunft über die Umsätze der durch das R- Patent angeblich geschützten Artikel für die vorangehenden Jahre enthält. Die Firma R- KG hat jedoch - aus welchen Gründen auch immer - in der verhältnismäßig langen, seit ihrem Verwarnungsschreiben verflossenen Zeit keine irgendwie gearteten Maßnahmen gegen die Beklagte wegen der angeblichen Patentverletzung in der Zeit vor 1969 ergriffen. Der Revision kann nicht darin gefolgt werden, daß die Beklagte noch für die Zukunft eine Inanspruchnahme seitens der Firma R- KG zu besorgen habe, wogegen sie sich schon jetzt im Wege der begehrten Feststellung schützen müsse. Ein solches Verlangen ist - jedenfalls bei der derzeitig gegebenen Lage - sachlich unberechtigt, weil die Firma R- KG in der Vergangenheit von einem Zugriff gegen die Beklagte abgesehen hat, obwohl erfahrungsgemäß unmittelbar nach begangener Patentverletzung

bessere Beweismittel als erst in späterer Zeit verfügbar sind, die den Nachweis der begangenen Patentverletzung und der Verantwortlichkeit des Verletzers gestatten.

B. Zur Klage

Mit den gegenüber der Klageforderung zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen befaßt sich das Berufungsgericht auf Seite 27 bis 34 seines Urteils. Die Feststellungen des Berufungsgerichts zu den einzelnen Posten berücksichtigen eingehend das Ergebnis der umfangreichen, in erster Instanz durchgeführten Beweisaufnahme. Von besonderer Bedeutung ist die auf Seite 40 des angefochtenen Urteils getroffene Feststellung, es sei erwiesen, daß die Beklagte Rolladenstäbe auch von anderer Seite bezogen habe, insbesondere in der letzten Zeit vor Beendigung der Vertragsbeziehungen mit der Klägerin. Diese Feststellung nimmt den Ausführungen Seite 11 der Revisionsbegründungsschrift, die Beklagte sei wegen laufender Schlechtlieferungen der Klägerin gezwungen gewesen, den Vertrag vorzeitig zu kündigen, und sie habe dadurch beträchtliche Schäden erlitten, ihr Gewicht. Auch im übrigen schlagen die zur Klage gebrachten Verfahrensrügen, mit denen die Revision ihre eigene Auffassung an die Stelle der vom Berufungsgericht vorgenommenen Wertung zu setzen sucht, nicht durch. Der Senat hat diese Verfahrensrügen geprüft und sieht von einer Bescheidung im einzelnen ab (Art.I Nr. 4 BGHEntlG vom 15. August 1969 idF des Gesetzes vom 7. August 1972).

C. Nach allem ist die Revision als unbegründet zurückzuweisen. Lediglich bezüglich der Kosten erster Instanz war das Berufungsurteil von Amts wegen abzuändern, denn das Berufungsgericht hat - entgegen dem Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen vom 16. Mai 1972 - GSZ 1/72 = BGHZ 59, 17 - bei Errechnung des Kostenstreitwertes für die erste Instanz die zur Aufrechnung gestellten Forderungen nicht außer Betracht gelassen, sondern dem Wert der Klageforderung hinzugerechnet.

Gemäß § 97 Abs. 1 ZPO hat die Beklagte die Kosten der Revision zu tragen.

Dr. Gelhaar

Claßen

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann