

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 13/69

URTEIL

Verkündet am

17. November 1970
Schwingen,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Gebrauchsmusterverletzungssache

des Kaufmanns Horst F. [REDACTED] in D [REDACTED], jetzt in R [REDACTED]
[REDACTED], S [REDACTED] weg 1,

- Prozeßbevollmächtigte:

Beklagten und Revisionsklägers,
Rechtsanwälte Prof. Dr. M [REDACTED]
und Dr. N [REDACTED] -

gegen

die Firma Jacob R. [REDACTED] Kommanditgesellschaft in B [REDACTED]
über D [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den Kaufmann Jacob
R. [REDACTED], ebenda,

- Prozeßbevollmächtigter:

Klägerin und Revisionsbeklagte,
Rechtsanwalt Dr. G [REDACTED] -

Streithelfer der Klägerin:

Ingenieur Alfred D. [REDACTED] in B [REDACTED] über D [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. K [REDACTED] -

betreffend Gebrauchsmuster 1 724 337

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. November 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Spreng und der Bundesrichter Claßen, Schneider, Ballhaus und Dr. Bruchhausen

für Recht erkannt:

Die Revisionen des Beklagten gegen das am 17. November 1966 verkündete Teilurteil und das am 5. Dezember 1968 verkündete Schlußurteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsrechtszuges einschließlich derjenigen der Streithilfe werden dem Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Kugelschreibern befaßt, und der auf ihrer Seite dem Rechtsstreit als Streithelfer beigetretene Erfinder waren Inhaber des unter Inanspruchnahme der Priorität einer Anmeldung in Österreich vom 23. Dezember 1955 in der Bundesrepublik Deutschland am 25. Februar 1956 angemeldeten, am 14. Juni 1956 eingetragenen

- 3 -

und nach Verlängerung der Schutzfrist am 25. Februar 1962 erloschenen Gebrauchsmusters 1 724 337, das einen Schreibstift, insbesondere Kugelschreiber betrifft.

Der für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits allein bedeutsame Schutzanspruch 1 des Gebrauchsmusters lautet in der Fassung, welche ihm das Bundespatentgericht durch rechtskräftigen Beschluß vom 11. Dezember 1962 in dem u.a. auf Antrag des jetzigen Beklagten durchgeführten Löschungsverfahren unter Abweisung des weitergehenden Begehrens auf Feststellung, daß das Schutzrecht nicht rechtsgültig gewesen sei, gegeben hat, wie folgt:

"Schreibgerät, insbesondere Kugelschreiber, mit einem die federbelastete Schreibmine in Ruhestellung und Arbeitsstellung sichernden Riegelkörper, welcher zwangsläufig einerseits in einer Umlaufringbahn, andererseits in einer durch die Flanken von zueinander winkelfersetzten Zähnen zweier gegengerichteter Zahnkränze gebildeten Steuerbahn geführt ist, wobei die eine Bahn in dem Schubstift der Schreibmine, die andere in den Mantelkörper angeordnet ist, und der eine der beiden die Steuerbahn begrenzenden Zahnkränze Zahnücken unterschiedlicher Tiefe als Rasten für den Riegelkörper in Ruhe- und Arbeitsstellung aufweist, dadurch gekennzeichnet, daß als Riegelkörper in bei Schreibstiften mit Fallgewichtsverriegelung bekannter Weise ein Wälzkörper, vorzugsweise eine Kugel, vorgesehen ist."

Nach den Feststellungen des Bundespatentgerichts geht der Schutzanspruch in seinem Oberbegriff von einem Stande der Technik aus, wie er sich aus dem Gebrauchsmuster 1 707 436 ergibt, das am 26. Mai 1955 von dem Feinmechaniker S. [REDACTED] angemeldet, am 31. August 1955



eingetragen und am 22. September 1955 bekanntgemacht worden ist. Bei dem vorveröffentlichten Schreibstift wird, wie das Bundespatentgericht darlegt, zur Zwangssteuerung ein Zapfenring als Riegelkörper verwendet, der in eine bestimmte Lage gebracht werden kann, ohne zusätzlich der Schwerkraft zu bedürfen. An die Stelle des Zapfenringes, der durch geringe Verbiegungen oder Verwindungen zu Betriebsstörungen führen kann, ist beim Gebrauchsmuster der Klägerin und des Streithelfers ein Wälzkörper, vorzugsweise eine Kugel, getreten, wodurch die Schaltmechanik wesentlich vereinfacht und hinsichtlich ihrer Betriebssicherheit verbessert wird.

Der Beklagte vertrieb seit September 1955 ebenfalls Druckkugelschreiber unter der Bezeichnung "VELA-Automatik", die in seinen Werkstätten aus den verschiedenen Einzelteilen zusammengebaut wurden. Von diesen Einzelteilen bezog der Beklagte die sog. Druckmechaniken in der Zeit vom September 1955 bis zum 20. Juni 1959 von dem bereits genannten Feinmechaniker S. [REDACTED] und in der Zeit vom Mai 1957 bis zum 16. Dezember 1958 zusätzlich von dem damaligen Kaufmann L. [REDACTED]. Ab Dezember 1958 stellte der Beklagte einen Teil und ab 20. Juni 1959 sämtliche der von ihm benötigten Druckmechaniken selbst her. Bei den von L. [REDACTED] gelieferten und den vom Beklagten selbst produzierten Druckmechaniken wurde als Riegelkörper - entsprechend dem Anspruch 1 des Gebrauchsmusters - eine zwischen Nuten des Schubstiftes der Schreibmine und des Mantelkörpers angeordnete Kugel verwendet. Die von S. [REDACTED] gelieferten Druckmechaniken wiesen als Riegelkörper teilweise eine Kugel und teilweise einen Zapfenring mit zwei in die Steuernuten hineinragenden Zapfen auf.

Zwischen den Parteien ist streitig, von welchem Zeitpunkt an S. [REDACTED] die Druckmechaniken mit Kugeln an den Beklagten geliefert hat.

Die Klägerin und ihr Streithelfer erblicken in den Handlungen des Beklagten, der hierwegen von der Klägerin am 10. Juli 1956 verwarnt worden ist, einen Eingriff in ihr Gebrauchsmuster während dessen Laufzeit. Die Klägerin nimmt dieserhalb den Beklagten wegen rechtswidriger und schuldhafter Verletzung des Schutzrechts in Anspruch.

Der Beklagte macht demgegenüber geltend, daß ihm ein sog. privates Vorbenutzungsrecht im Sinne des § 5 Abs. 4 GebrMG i.V.m. § 7 Abs. 1 PatG zur Seite stehe. Zur Begründung bringt er u.a. vor: Er habe bereits vor dem Prioritätstage des Klagegebrauchsmusters (23. Dezember 1955) Druckmechaniken mit Kugeln als Riegelkörpern von S. [REDACTED] bezogen, diese in Kugelschreibergehäuse eingebaut und alsdann die fertigen Kugelschreiber verkauft. S. [REDACTED] habe schon bei seinen in den Jahren 1954 und 1955 vorgenommenen Versuchen zur Herstellung einer in der Klippschraube von Druckkugelschreibern unterzubringenden Druckmechanik, bei der man die Arbeitsstellung der Schreibmine nicht mehr zu ertasten brauche, mit einer Kugel als Riegelkörper gearbeitet. Allerdings habe S. [REDACTED] Mechaniken mit eingestochener Ringnut und Kugeln als Riegelkörpern zunächst nicht serienmäßig hergestellt, weil die Index-Automaten seines Zulieferanten damals ausgelastet gewesen seien und er deshalb nur Rohlinge ohne eingestochene Nut habe erhalten können. Daraufhin habe S. [REDACTED] durch seine Ar-

beiter Zapfenringmechaniken in Serien herstellen lassen, daneben aber in eigener Arbeit außerhalb der Geschäftszeit auch Kugelmechaniken aus den Rohlingen mit eingepreßter Distanzbüchse angefertigt. Anlässlich des Abschlusses des mit ihm, dem Beklagten, am 25. Juli 1955 zustandekommenen Liefervertrages habe S. [REDACTED] Musterstücke beider Mechaniken vorgeführt und er, der Beklagte, habe sich anschließend von dem bei ihm beschäftigten Feinmechaniker J. [REDACTED] Vorführmuster beider Mechaniken anfertigen lassen. Auch mit dem ihm bekannten Ingenieur N. [REDACTED] habe er sich über die Vor- und Nachteile beider Mechaniken unterhalten und aufgrund dessen Beurteilung die Zapfenringmechaniken für funktionssicherer gehalten. S. [REDACTED] habe alsdann ab September 1955 die von ihm serienmäßig gefertigten Zapfenringmechaniken vertragsgemäß in Sendungen von je 500 Stück geliefert. Diesen Sendungen habe S. [REDACTED] von Anfang an die von ihm eigenhändig gefertigten Kugelmechaniken zur Ausprobierung in der Praxis beigelegt. Hiervon habe er, der Beklagte, Kenntnis erlangt, als bei dem Einbau in die Kugelschreibergehäuse die Mechaniken zerbrochen und dabei die Kugeln herausgerollt seien, und ferner durch Reklamationen der Kundschaft, wenn die Druckmechaniken nicht funktionierten, was vornehmlich bei den Kugelmechaniken der Fall gewesen sei.

Die Klägerin hat bereits im ersten Rechtszuge mit Zustimmung des Beklagten ihren Unterlassungsanspruch aus der Verletzung des Klagegebrauchsmusters wegen dessen zwischenzeitlichem Ablauf und den von ihr ursprünglich ferner verfolgten wettbewerbsrechtlichen Anspruch, dem Beklagten zu verbieten, seine Kugelschreiber in der Öffentlichkeit als patentiert zu bezeichnen, im Anschluß an die

Unterlassungsverpflichtung des Beklagten mit Strafversprechen in der Hauptsache für erledigt erklärt. Das Landgericht hat alsdann nach Beweisaufnahme entsprechend den letzten Anträgen der Klägerin und ihres Streithelfers durch Urteil vom 24. Februar 1965 für Recht erkannt:

Nach Erledigung der Klage im übrigen wird

1. festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den ihr dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen, daß er in der Zeit vom 10. Juli 1956 bis zum 25. Februar 1962 Schreibstifte, insbesondere Kugelschreiber, mit einem die federbelastete Schreibmine in Ruhestellung und Arbeitsstellung sichernden Riegelkörper hergestellt, in Verkehr gebracht, feilgehalten oder gebraucht hat, bei denen der Riegelkörper zwangsläufig einerseits in einer Umlaufringbahn, andererseits in einer durch die Flanken von zueinander winkelfersetzten Zähnen zweier gegengerichteter Zahnkränze gebildeten Steuerbahn geführt ist, wobei die eine Bahn in dem Schubstift der Schreibmine, die andere in dem Mantelkörper angeordnet ist, und der eine der beiden die Steuerbahn begrenzenden Zahnkränze Zahnücken unterschiedlicher Tiefe als Rasten für den Riegelkörper in Ruhestellung aufweist, die dadurch gekennzeichnet sind, daß als Riegelkörper in bei Schubstiften mit Fallgewichtsverriegelung bekannter Weise ein Walzkörper, vorzugsweise eine Kugel, vorgesehen ist;
2. der Beklagte verurteilt, der Klägerin unter Angabe der Abnehmer, der Anzahl der gelieferten Schreibstifte mit den zu Ziffer 1 angegebenen Merkmalen, der Lieferzeiten und der Lieferpreise Rechnung darüber zu legen, in welchem Umfang er die unter Ziffer 1 bezeichneten Handlungen in der Zeit vom 10. Juli 1956 bis zum 25. Februar 1962 vorgenommen hat;

3. festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen, daß er seinen "VELA-Automatic-Kugelschreiber" in öffentlichen Bekanntmachungen oder Mitteilungen, die für einen größeren Personenkreis bestimmt waren, als "patentiert" bezeichnet hat;
4. der Beklagte verurteilt, der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang er die zu Ziffer 3 bezeichneten Handlungen vorgenommen hat.

Das Landgericht hat dem Beklagten ferner die Kosten des Rechtsstreits einschließlich derjenigen der Streithilfe auferlegt.

Der Beklagte hat das Urteil des Landgerichts hinsichtlich der Ziffern 1 und 2 mit der Berufung angegriffen und insoweit seinen ursprünglichen Antrag auf Abweisung der Klage weiterverfolgt.

Das Oberlandesgericht, das ebenfalls eine Reihe von Zeugen vernommen hat, hat zunächst durch Teilurteil vom 17. November 1966 entschieden:

Die Berufung des Beklagten wird zurückgewiesen, soweit sie sich richtet,

1. gegen die Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den ihr dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen, daß er in der Zeit von Dezember 1958 bis zum 25. Februar 1962 die in Ziffer 1 des Tenors des angefochtenen Urteils näher beschriebenen Schreibstifte mit von ihm selbst erzeugten Kugelschreiber-Druckmechaniken hergestellt und die von ihm hergestellten Schreibstifte in Verkehr gebracht, feilgehalten oder gebraucht hat,

2. gegen die Verurteilung des Beklagten, der Klägerin unter Angabe der Abnehmer, der Anzahl der gelieferten Schreibstifte mit den angegebenen Merkmalen, der Lieferzeiten und der Lieferpreise Rechnung darüber zu legen, in welchem Umfang er die unter Ziffer 1 bezeichneten Handlungen in der Zeit von Dezember 1958 bis zum 25. Februar 1962 vorgenommen hat.

Das Oberlandesgericht hat ferner durch Schlußurteil vom 5. Dezember 1968 die Berufung des Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil auch insoweit zurückgewiesen, als über sie noch nicht durch sein Teilurteil erkannt worden war. In diesem Urteil hat das Oberlandesgericht auch die Kosten der Berufung einschließlich der Kosten des Streithelfers dem Beklagten überbürdet.

Gegen jede der beiden Entscheidungen des Oberlandesgerichts hat der Beklagte Revision eingelegt. Die Rechtsmittel sind zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung miteinander verbunden worden.

Der Beklagte hat u.a. vorgetragen: Sein von ihm zunächst als Einzelkaufmann unter der Firma VELA-Schreibgerätefabriken Horst F. [REDACTED] betriebenes Unternehmen sei mit Wirkung vom 1. Januar 1964 und damit vor Schluß der mündlichen Verhandlungen, auf welche die beiden angefochtenen Urteile ergangen seien, in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt worden, deren alleiniger persönlich haftender Gesellschafter er sei. Über das Vermögen der Kommanditgesellschaft sei nach Erlaß der beiden Urteile, nämlich am 20. Februar 1969, das Vergleichsverfahren eröffnet worden. Dieses Ver-

fahren habe zu einem Liquidationsvergleich im Sinne des § 7 Abs. 4 VerglO geführt und sei mit dessen Bestätigung (vgl. § 78 Abs. 1 VerglO) am 5. April 1969 aufgehoben worden (§ 91 Abs. 1 VerglO). Der Vergleich bestimme in Ziffer 8, daß der durch die Liquidation nicht gedeckte Teil der Forderungen der Gläubiger erlassen werde, daß dieser Erlass sich jedoch nicht auf den an fünfunddreißig vom Hundert der Forderungen fehlenden Betrag erstrecke.

Der Beklagte hat hierzu beglaubigte Ablichtungen aus dem Handelsregister der Amtsgerichte Diepholz und Bad Salzuffen sowie den Vergleichsvorschlag vom 28. Januar 1969 und den Beschluß des Amtsgerichts (Vergleichsgerichts) Bad Salzuffen vom 5. April 1969 vorgelegt, woraus sich die genannten Vorgänge ergeben.

Der Beklagte beantragt, unter Aufhebung der angefochtenen Urteile die noch anhängigen Klageansprüche abzuweisen. Hilfsweise beantragt er, die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Klägerin und der Streithelfer beantragen, die Revisionen zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

In Übereinstimmung mit dem Landgericht vertritt das Oberlandesgericht in den angefochtenen Entscheidungen die Auffassung, daß sich der Beklagte nicht auf ein Vorbenutzungsrecht im Sinne des § 5 Abs. 4 GebrMG i.V.m. § 7 Abs. 1 PatG berufen könne und daß er infolgedessen durch

gewerbsmäßige Herstellung, Inverkehrbringen, Feilhalten und Gebrauchen seiner Kugelschreiber den Gegenstand (Raumformgedanken) des seit dem 14. Juni 1956 (Tag der Eintragung; vgl. § 5 Abs. 1 GebrMG) wirksamen Klagegebrauchsmusters, dessen Rechtsbeständigkeit aufgrund des rechtskräftigen Beschlusses des Bundespatentgerichts vom 11. Dezember 1962 zwischen den Parteien nach § 11 Satz 3 GebrMG feststehe, in der Zeit vom 10. Juli 1956 (Tag des Eingangs des Verwarnungsschreibens) bis zum 25. Februar 1962 (Erlöschen des Gebrauchsmusters) rechtswidrig und schuldhaft verletzt habe. Das Oberlandesgericht hat demnach die Entscheidung des Landgerichts gebilligt, welches gemäß §§ 15 Abs. 2, 5 Abs. 1 GebrMG, 276 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB, 256 ZPO die Schadensersatzpflicht des Beklagten festgestellt und ihn verurteilt hat, über die Benutzungshandlungen im einzelnen Rechnung zu legen.

Die auf Verletzung sachlichrechtlicher und verfahrensrechtlicher Vorschriften gestützten Revisionen des Beklagten bringen die beiden Entscheidungen des Oberlandesgerichts hinsichtlich ihrer Ergebnisse nicht zu Fall, wenn auch ihren Begründungen in einer Reihe von Punkten nicht gefolgt werden kann (vgl. § 563 ZPO).

B.

I. Das Schlußurteil des Oberlandesgerichts, das zwecks Vereinfachung der Erörterungen zuerst gewürdigt werden soll, befaßt sich, wie es zu Beginn der Entscheidungsgründe heißt, mit dem dem Beklagten zur Last gelegten Inverkehrbringen, Feilhalten oder Gebrauchen nicht selbst hergestellter Schreibstifte mit federbe-

lasteter Schreibmine während der Zeit vom 10. Juli 1956 bis zum 20. Juni 1959, bei denen als Riegelkörper der Druckmechanik ein zwischen Nuten des Schreibstiftes und des Mantelkörpers zwangsläufig geführter Walzkörper, vorzugsweise eine Kugel, verwendet worden ist. Damit hat das Berufungsgericht die Fälle angesprochen, bei denen der Beklagte unstreitig die erfindungswesentlichen Druckmechaniken entsprechend dem kennzeichnenden Merkmal des Schutzanspruchs 1 nicht selber hergestellt, sondern sie von dem Feinmechaniker S. [REDACTED] und dem Kaufmann L. [REDACTED] bezogen und sie mit den verschiedenen anderen, sog. neutralen Teilen zu Kugelschreibern zusammengebaut hat, die eine Nachbildung des Klagegebrauchsmusters im Sinne des § 5 Abs. 1 GebrMG darstellen. Dabei kann hier auf sich beruhen, ob der Beklagte die sog. neutralen Teile ebenfalls von dritten Firmen bezogen oder sie wenigstens teilweise selbst hergestellt hat. Jedenfalls handelt es sich bei natürlicher Betrachtungsweise bei der die Vollen- dung der Kugelschreiber herbeiführenden Tätigkeit des Be- klagten, wie dieser, wenn auch in anderem Zusammenhang, nämlich zur Begründung seiner gegen das Teilurteil ge- richteten Revision zutreffend bemerkt hat, um ein Her- stellen des durch das Klagegebrauchsmuster geschützten Gebrauchsgegenstandes, d.h. eines durch sämtliche Merk- male des Schutzanspruchs 1 umschriebenen Schreibgeräts (Kugelschreibers). Dem steht nicht entgegen, daß der Be- griff des Herstellens, wie insoweit das Berufungsgericht richtig erkannt hat, auch die Herstellung der besonderen Druckmechaniken durch die Zulieferer des Beklagten (S. [REDACTED] und L. [REDACTED]) umfaßt, da diese Teile von vornherein dazu bestimmt gewesen sind, mit den übrigen Teilen zu dem ge- schützten Kugelschreiber zusammengefügt zu werden. Unter dem Begriff des Herstellens, wie er in § 6 PatG verwendet

wird und entsprechend auch für § 5 Abs. 1 GebrMG gilt, wenn dort auch von Nachbildung gesprochen wird, ist nämlich die gesamte Tätigkeit, durch welche der Gegenstand geschaffen wird, von ihrem Beginn an zu verstehen (vgl. hierzu Benkard, PatG und GebrMG, 5. Aufl., § 6 PatG Rdn. 26, 28 und die dort angeführten Rechtsprechungshinweise; ferner Urteil des erkennenden Senats vom 14. Juli 1970 - X ZR 4/65 - Dia-Rähmchen -, S. 23 f). Der unzutreffende Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, welches in der Tätigkeit des Beklagten in der hier in Rede stehenden Zeit vom 10. Juli 1956 bis zum 20. Juni 1959 kein Herstellen im Sinne des § 5 Abs. 1 GebrMG erblickt, ändert jedoch, wie im folgenden aufzuzeigen sein wird, nichts daran, daß sich seine durch das Schlußurteil getroffene Entscheidung selbst, soweit hierdurch der Beklagte beschwert wird, als richtig erweist.

II. Das Berufungsgericht setzt sich im Rahmen seiner Erörterungen zunächst mit der Frage auseinander, ob die Zulieferer des Beklagten als Inhaber eines Vorbenutzungsrechts zur Benutzung der durch das Klagegebrauchsmuster geschützten Erfindung mit der Folge befugt gewesen sind, daß sie die von Anfang an für den bestimmten Verwendungszweck vorgesehenen Kugeldruckmechaniken rechtmäßig hergestellt und an den Beklagten geliefert haben. In diesem Falle wäre der Beklagte seinerseits befugt gewesen, die dem Klagegebrauchsmuster entsprechenden Kugelschreiber unter Verwendung der rechtmäßig in den Verkehr gebrachten Kugeldruckmechaniken und der übrigen neutralen Teile herzustellen und sie in Verkehr zu bringen, feilzuhalten und/oder zu gebrauchen (vgl. Reimer, PatG und GebrMG,

3. Aufl., § 7 PatG Anm. 39 und 42). Das Berufungsgericht hat indessen ein Vorbenutzungsrecht der beiden Zulieferer des Beklagten nicht anerkannt.

III. 1. Nach den Darlegungen des angefochtenen Urteils hat Lindenberg ein Vorbenutzungsrecht zur Herstellung der streitigen Mechaniken nicht besessen, wie in dem gegen ihn vor dem Landgericht und Oberlandesgericht in Nürnberg anhängig gewesenen Rechtsstreit rechtskräftig festgestellt und schließlich auch vom Beklagten eingeräumt worden sei.

2. Gegen diesen Teil der Entscheidungsgründe hat die Revision nichts vorgebracht. Es ist insoweit ein Rechtsfehler auch nicht erkennbar.

IV. 1. Bei Prüfung der Frage, ob S. [REDACTED] ein Vorbenutzungsrecht zugestanden habe, läßt es das Berufungsgericht offen, ob dieser sich entsprechend der Behauptung des Beklagten bereits im Jahre 1954 oder 1955, auf alle Fälle aber vor dem Prioritätstage des Klagegebrauchsmusters (23. Dezember 1955, vgl. Benkard, aaO § 7 PatG, Rdn. 18) im sog. Erfindungsbesitz befunden, d.h. den durch die Raumform verkörperten Erfindungsgedanken derart erkannt gehabt habe, daß ihm die tatsächliche Ausführung der Erfindung, mithin die Nachbildung des durch die spätere Eintragung unter Schutz gestellten Musters möglich gewesen sei (vgl. hierzu BGH GRUR 1964, 673, 674 - Kasten für Fußabtrittsroste - mit weiteren Nachweisen -), wie es die Anwendung des § 5 Abs. 4 GebrMG i.V.m. § 7 Abs. 1 PatG zunächst voraussetze. Nach Auffassung des Berufungsgerichts muß S. [REDACTED] das beanspruchte Vorbenutzungsrecht jedenfalls

deswegen versagt bleiben, weil nicht festzustellen sei, daß er seinen Erfindungsbesitz in Erfüllung des weiteren Erfordernisses des § 5 Abs. 4 GebrMG i.V.m. § 7 Abs. 1 PatG durch Benutzung der Erfindung oder durch die dazu erforderlichen Veranstaltungen betätigt habe. Hierzu führt das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf Rechtsprechung und Schrifttum im wesentlichen aus: Durch ein privates Vorbenutzungsrecht sei nur ein durch Betätigung des "Besitzes" erlangter weitergehender Besitzstand geschützt, welcher über die erlangte Erkenntnis hinausgehe und zu einer wirtschaftlichen Betätigung geführt habe. Dieser Besitzstand, die Aufwendung von Kraft, Zeit und Kapital zur Ausübung der Erfindung im eigenen Interesse - auf bereits bestehenden Anlagen oder mit dem ernstlichen Willen zur alsbaldigen Benutzung der Erfindung -, solle nicht umsonst aufgewandt worden sein und entwertet werden. Wo dieser schutzwürdige Besitzstand, der zumindest in den erforderlichen Veranstaltungen zur alsbaldigen Benutzung unter Aufwendung von Kraft, Zeit und Kapital bestanden haben müsse, fehle, könne auch kein Vorbenutzungsrecht erworben worden sein. Ein solcher schutzwürdiger Besitzstand S [REDACTED] sei nicht anzuerkennen. S [REDACTED] habe - zu ergänzen ist: unstreitig - mit der Serienproduktion von Druckmechaniken erst im September 1955 und damit erst lange nach der am 26. Mai 1955 erfolgten Anmeldung seines eigenen Gebrauchsmusters 1 707 436, welches nur den Zapfenring als Riegelkörper offenbart habe, und nach dem Datum des Liefervertrages mit dem Beklagten, dem 25. Juli 1955, begonnen. Diese Serien-

produktion habe sich nur auf Druckmechaniken mit Zapfenring bezogen. Dies sei auch noch nach dem Prioritätstag des Klagegebrauchsmusters (23. Dezember 1955) der Fall gewesen. Denn noch am 23. Februar 1956 habe S. Distanzbüchsen und am 9. März 1956 Klippschrauben-Rohlinge in Stückzahlen von Hunderttausenden bestellt, die nur für die damalige Serienproduktion sinnvoll gewesen seien und nicht für kleine Versuchsserien der Kugelmechanik. Erst am 13. April 1956 habe er die weitere Lieferung von Zapfenringen bei der Firma Richard M. einstellen lassen. Dem entsprächen auch die Aussagen der vom Beklagten selbst benannten Zeugen R. und L., wonach zunächst die Zapfenringmechaniken in Serie hergestellt worden seien und S. die Serienteile der Zapfenringmechanik auch dazu verwandt habe, nach Geschäftschluß in eigener Handarbeit Versuchsstücke von Kugelmechaniken in kleiner Serie selbst herzustellen. Nach seinem eigenen Vortrag in der Berufungsinstanz wolle der Beklagte die Serienfabrikation von Kugelmechaniken erst Anfang 1956 begonnen haben (richtig wohl: Nach dem eigenen Vortrag des Beklagten in der Berufungsinstanz habe S. mit der Serienfabrikation von Kugelmechaniken erst Anfang 1956 begonnen; vgl. Tatbestand des angefochtenen Urteils S. 13). Es könne damit schon nach dem unstreitigen Sachverhalt S. ein Vorbenutzungsrecht aus Rechtsgründen nicht zugesprochen werden. Denn die Versuche mit den Kugelmechaniken ließen angesichts des Umstandes, daß gleichzeitig ein Liefervertrag mit dem Beklagten als Hauptabnehmer auf Herstellung und Lieferung der Zapfenringmechanik vorgelegen und auch nur diese Mechanik serienmäßig hergestellt und in Verkehr gebracht worden sei, nicht den - nach den Rechtsprechungsgrundsätzen erforderlichen - ernstlichen Willen erkennen, die Erfindung der Kugelmechanik alsbald zu benutzen. Die Versuche

sollten vielmehr die Möglichkeit einer etwaigen späteren, noch ungewissen Benutzung erst schaffen, nachdem Klarheit erzielt worden sei, ob die Erfindung auch gewerblich verwertet werden könne. Auch aus der Aussage des Zeugen L. [REDACTED] sei nur zu schließen, daß S. [REDACTED] den Willen gewerblicher Nutzung der Kugelmechanik bei seinen Versuchen noch nicht gehabt habe, sondern daß sie erst dazu dienen sollten, im Erfolgsfalle den auf die gewerbliche Nutzung gerichteten Willen zu bilden. Das gleiche sei aus der Bekundung des Zeugen S. [REDACTED] zu schließen, wonach dieser die Versuchsstücke und kleine Handserien der Kugelmechanik durch L. [REDACTED] den Sendungen der Zapfenringmechanik habe beimischen lassen, um ihre Brauchbarkeit für den Käufer und Benutzer zu ergründen. Selbst wenn die maßstabsgerechte Zeichnung für die Klippschraube mit eingefräster Ringnut vom 3. Mai 1955 stamme, nur für eine Kugelmechanik verwendbar sei und vor ihrer Zuleitung in abgeänderter Form an die Firma Gebr. S. [REDACTED] am 7. Mai 1956 bereits im September 1955 der Firma Otto R. [REDACTED] übergeben worden sei, habe dadurch S. [REDACTED] den Gegenstand des Klagegebrauchsmusters noch nicht in Benutzung genommen oder hierzu Veranstaltungen im Sinne des Gesetzes getroffen; denn Schrauben nach dieser Zeichnung habe er damals gerade nicht herstellen lassen, wobei es auf den Grund hierfür nicht ankomme, sondern nur auf die Tatsache der fehlenden Benutzung unter Aufwendung von Kraft, Zeit und Kapital.

2. Die vorstehend wiedergegebenen Darlegungen des angefochtenen Urteils rechtfertigen, wie der Revision zuzugeben ist, die Schlußfolgerung des Beru-

fungsgerichts nicht, daß S. ein Vorbenutzungsrecht bereits aus rechtlichen Gründen versagt werden müsse. Das Berufungsgericht hat den Begriff der Benutzung verkannt, der in § 5 Abs. 4 GebrMG i.V.m. § 7 Abs. 1 PatG derselbe ist wie in den §§ 47 Abs. 1, 49 Abs. 1 PatG sowie in den §§ 15 Abs. 1, 16 Abs. 1 GebrMG und die in den §§ 6 PatG und 5 Abs. 1 GebrMG bezeichneten Benutzungsarten umfaßt, zu denen der Schutzrechtsinhaber ausschließlich befugt ist und die er jedem anderen verbieten kann (vgl. BGH GRUR 1964, 491, 493 - Chloramphenicol -). Wenn S. tatsächlich vor dem Prioritätstag des Klagegebrauchsmusters (23. Dezember 1955) eine gewisse Anzahl von erfindungswesentlichen Druckmechaniken mit einer Kugel als Schaltelement angefertigt und sie an den Beklagten zum Einbau in Kugelschreiber mit den Merkmalen des Klageschutzrechts gegen Bezahlung geliefert hat, dann hat er im Sinne der Ausführungen im Abschn. I mit der Herstellung der Kugelschreiber, wie sie später durch das Klagegebrauchsmuster geschützt worden sind, begonnen und demgemäß die Erfindung benutzt. Im übrigen ändert, wie die Revision zutreffend bemerkt, an der Entstehung des Vorbenutzungsrechts der Umstand nichts, daß S. nach dem Vorbringen des Beklagten vor dem Prioritätstag des Klagegebrauchsmusters die Kugelmechaniken nur in kleinen Serien, nur in Handarbeit, nur nach Geschäftsschluß und neben einer mengenmäßig weitaus mehr ins Gewicht fallenden Serienfertigung von Zapfenringmechaniken hergestellt hat. Ein Vorbenutzungsrecht hängt nämlich entgegen der offensichtlichen Annahme des Berufungsgerichts nicht davon ab, daß der Aufwand an Kraft, Zeit und Kapital wirtschaftlich erheblich ist. Wie hoch sich dieser Aufwand bemißt, ist vielmehr gleichgültig (vgl. RG BLPmZ 1908, 188, 189 f). Er kann jedenfalls bei einem technisch ein-

fachen Erzeugnis, wie es ein Kugelschreiber ist, auch durch Herstellung mittels Handarbeit erbracht werden. Dem Benutzungstatbestand steht ferner nicht entgegen, daß S. [REDACTED] noch Erfahrungen mit den Kugeldruckmechaniken hat sammeln wollen, um sich endgültig über die zweckmäßigste Art ihrer konstruktiven Ausgestaltung klar zu werden (vgl. BGH GRUR 1960, 546, 549 - Bierhahn - mit weiteren Fundstellen). Entscheidend ist allein, daß S. [REDACTED] die mit dem kennzeichnenden Merkmal des Anspruchs 1 des Klagegebrauchsmusters übereinstimmenden Kugeldruckmechaniken hergestellt und sie dem Beklagten zwecks Einfügung in die erfindungsgemäßen, von diesem in den Verkehr gebrachten Kugelschreiber überlassen hat. Auf die Entstehung eines Vorbenutzungsrechts zugunsten S. [REDACTED] bliebe es schließlich auch ohne Einfluß, wenn der Beklagte - wie das Berufungsgericht bei seinen Erörterungen der Frage, ob dieser etwa ein eigenes Vorbenutzungsrecht erworben hat, feststellt - die Kugeldruckmechaniken nicht als solche erkannt hätte, da sie ihm anlässlich der Lieferung der von ihm seinerzeit ausschließlich bestellten Zapfenringmechaniken unterschoben worden seien (vgl. BGH GRUR 1969, 35, 36 - Europareise -).

Die Annahme des Berufungsgerichts, es könne bereits aus Rechtsgründen nicht festgestellt werden, daß S. [REDACTED] die Erfindung vor dem Prioritätstage des Klagegebrauchsmusters benutzt habe, ist sonach unzutreffend. Es kommt infolgedessen nicht mehr darauf an, ob in den Handlungen S. [REDACTED] zumindest Veranstaltungen zur alsbaldigen Aufnahme der Benutzung, wodurch ein Vorbenutzungsrecht im Sinne des § 5 Abs. 4 GebrMG

i.V.m. § 7 Abs. 1 PatG ebenfalls begründet werden könnte, zu erblicken sind, wie die Revision gegenüber den dies verneinenden Darlegungen des Berufungsgerichts vorsorglich geltend macht.

V. 1. Da sich die Auffassung des Berufungsgerichts, S. [REDACTED] müsse ein Vorbenutzungsrecht bereits aus rechtlichen Gründen versagt bleiben, nicht halten läßt, bedarf es der Prüfung, ob ein solches Recht S. [REDACTED] jedenfalls aus tatsächlichen Gründen nicht anerkannt werden kann, wie das Berufungsgericht in seinen weiteren, sei es hilfsweise, sei es zusätzlich angestellten Überlegungen annimmt. In diesem Zusammenhang legt das angefochtene Urteil dar:

Die vom Beklagten behaupteten Versuche S. [REDACTED] mit wenigstens kleinen Serien von Kugeldruckmechaniken - und, wie zu ergänzen ist, die Lieferung solcher Mechaniken an den Beklagten - ließen sich nicht eindeutig für die Zeit vor dem 23. Dezember 1955 (d.h. dem Prioritätstag des Klagegebrauchsmusters) datieren. Der Zeuge E. [REDACTED] habe hierzu bei seiner Vernehmung vor dem Berufungsgericht keine Angaben mehr machen können. Der Zeuge L. [REDACTED] gebe zwar hierfür die Zeit vor dem 13. (richtig wohl: 23.) Dezember 1955 an, nenne aber keine Anhaltspunkte, an denen er so genau dieses Datum bei seiner Vernehmung im Februar 1968 noch habe feststellen können und was ihm hierzu als Vergleich gedient habe. Fundiert sei allein die Aussage des Zeugen R. [REDACTED], der sich daran erinnere, daß ihm S. [REDACTED] die Klagegebrauchsmusterschrift vorgelegt habe. Dies könne aber erst nach deren Veröffentlichung, also nach dem 14. Juni 1956 geschehen sein. Der Zeuge R. [REDACTED] habe außerdem darauf hingewiesen, zur Durchführung

der Versuche mit Kugelmechaniken Drehmeißel zur Anfertigung der Nuten zum Einlegen der Kugeln in die Klippschrauben hergestellt zu haben. Auch dies könne erst im Laufe des Jahres 1956 gewesen sein. Denn der Zeuge habe bei seiner zweiten Vernehmung eingeräumt, nur sicher zu sein, daß diese Werkzeuge bei den größeren Serien der Kugelmechaniken benutzt und die ersten kleineren Serien noch aus den Reißmann-Rohlingen durch Aufbohren und Einfügen der Distanzbüchse gefertigt worden seien. Diesen Zeitpunkt habe er aber nicht mehr fixieren, er habe sogar bei seiner eingehenden zweiten Befragung nicht einmal sagen können, ob nicht S. [REDACTED] bereits bei ersten Versuchen mit der Kugelmechanik die von ihm, dem Zeugen, angefertigten Drehmeißel verwendet habe, daß also auch diese Versuche erst zu dem Zeitpunkt der Herstellung dieser Drehmeißel stattgefunden hätten. Die Aussagen der Mitarbeiter, Berater und Arbeiterinnen des Beklagten als Zeugen reichten demgegenüber nicht aus, die Inbenutzungnahme oder Veranstaltung im Sinne von § 5 Abs. 4 GebrMG durch S. [REDACTED] für einen früheren Zeitpunkt mit Sicherheit festzustellen. Die Bekundungen der - vom Landgericht vernommenen - Zeugen J. [REDACTED] und N. [REDACTED] bezeugten nur den reinen Erfindungsbesitz, d.h. die Kenntnisse der Zusammenhänge und Raumform der Kugelmechanik, nicht jedoch deren Benutzung oder Veranstaltungen hierzu wenigstens durch Versuche der Serienherstellung. Die Arbeiterinnen S. [REDACTED], W. [REDACTED] und A. [REDACTED] hätten zwar nach ihren Bekundungen (vor dem Landgericht) im Betrieb des Beklagten Kugeln festgestellt, die bei zerbrochenen Mechaniken aus dem Ge-

häuser herausgefallen seien. Sie meinten auch - und zwar nach ihrer Erinnerung mit Sicherheit -, es müsse vor dem 23. Dezember 1955 gewesen sein. Hierdurch könne jedoch der Beweis für die Verwendung der Kugeln als Riegelkörper nicht als vollständig geführt angesehen werden. Über die Zusammenhänge der Mechanik im einzelnen hätten die Arbeiterinnen keine Angaben machen können. Nur den rechts-erheblichen Zeitpunkt meinten sie noch nach Ablauf von über neun Jahren richtig festlegen zu können. Dabei sei sich aber die Zeugin S. [REDACTED] nicht sicher gewesen, wann genau sie in die Musterabteilung des Beklagten eingestellt worden sei. Die Zeugin W. [REDACTED] habe für den Beginn ihrer Arbeit den 15. September 1955 genannt. Sie sei aber zunächst mit der Montage von Zierringen und Kugelschreibermitteilstücken beschäftigt gewesen. Bis zu dem Zeitpunkt, von welchem an sie mit dem Einschrauben der Mechanik befaßt worden sei, seien einige Wochen vergangen. Genaue Anhaltspunkte, um wieviel Wochen es sich gehandelt habe, habe die Zeugin nicht angeben können. Sie wolle sich nur an die Tatsache erinnern, daß es noch vor Weihnachten 1955 gewesen sei. Da sie aber so viele herausgefallene Kügelchen festgestellt haben wolle, daß sie diese mit ihren Kolleginnen besonders gesammelt habe, S. [REDACTED] aber zunächst bei Beginn der Herstellung von Kugelmechaniken erst kleine Serien in eigener Handarbeit nach Geschäftsschluß angefertigt und mit der Serienfabrikation unstreitig erst 1956 begonnen habe, sei es ungeklärt, ob dieses Sammeln von Kügelchen, also nicht deren vereinzelte Feststellung, schon im Dezember 1956 (richtig: 1955) erfolgt sei. Das gleiche gelte für die Aussage der Zeugin A. [REDACTED], die sich an dem Sammeln der Kügelchen beteiligt habe.

2. Die Revision beanstandet vor allem, daß das Berufungsgericht unter Verstoß gegen den § 286 Abs. 1 ZPO eine ganze Reihe von Beweismitteln nicht verwertet haben und deswegen zu der unzutreffenden Feststellung gelangt sei, der Beklagte habe die Herstellung und Lieferung wenigstens kleiner Serien von Kugelmechaniken in der Zeit vor dem 23. Dezember 1955 nicht beweisen können. Die hierzu im einzelnen vorgebrachten Rügen dringen indessen nicht durch.

a) Es findet sich zunächst kein sicherer Anhalt dafür, daß das Berufungsgericht, wie die Revision meint, bei Würdigung der Aussage des von ihm am 3. März 1966 vernommenen Zeugen E [REDACTED], des früheren Geschäftsführers S [REDACTED], außer acht gelassen hätte, daß sich dieser zur Ergänzung seiner Bekundungen auf seine - ausweislich des Tatbestandes des angefochtenen Urteils (S. 9) vom Landgericht zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten - Angaben vor der Polizei am 17. Februar 1958 in dem gegen den Beklagten und S [REDACTED] wegen Verletzung des Klagegebrauchsmusters eingeleiteten Ermittlungsverfahren berufen habe. Auch den seinerzeitigen Angaben des Zeugen E [REDACTED] (vgl. Akten der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Berlin - 2 Wi Js 610/58 - Bl. 38 Rs, 39 -) ist zu der hier allein interessierenden Beweisfrage, ob S [REDACTED] in der Zeit vor dem 23. Dezember 1955 mindestens kleinere Serien von Kugelmechaniken hergestellt und an den Beklagten geliefert habe, nichts zu entnehmen. Die Vorgänge, welche der Zeuge bei seiner Einvernahme durch die Polizei geschildert hat, beziehen sich erkennbar lediglich auf Versuche S [REDACTED] in der Richtung, welche

der von ihm zur Auswahl in Betracht gezogenen Druckmechaniken, nämlich solche mit einer Kugel, einem Zapfenring oder einer Drahtschleife als Schaltelement, die geeignetere sei.

b) Die Revision wendet sich auch dagegen, daß das Berufungsgericht die Aussage des vom Kreisgericht Königswusterhausen am 13. Februar 1968 im Wege der Rechtshilfe vernommenen, von S. [REDACTED] früher als Vorarbeiter beschäftigten Zeugen L. [REDACTED], wonach die Kugelmechanik "schon vor dem 13. (richtig: 23.) Dezember 1955 in größeren Mengen hergestellt und der Firma F. [REDACTED] geliefert" worden sei, für entscheidungsunerheblich gehalten hat, weil der Zeuge keine Anhaltspunkte für die Richtigkeit seiner Datumsangabe bezeichnet habe. Nach Ansicht der Revision wäre die Argumentationsweise des Berufungsgerichts nur dann als statthaft anzusehen, wenn der ersuchte Richter den Zeugen auf die Benennung von Anhaltspunkten für die Richtigkeit seiner Datumsangabe hin angesprochen hätte.

Dieser Revisionsangriff bleibt ebenfalls erfolglos. Es mag hier auf sich beruhen, ob es das Kreisgericht tatsächlich unterlassen hat, eine entsprechende Frage an den Zeugen zu richten, obwohl es in dem Beweisbeschluß des Berufungsgerichts vom 14. Dezember 1967 entgegen der Annahme der Revision ausdrücklich darum gebeten worden war, den Zeugen für den Fall, daß er die Beweisfrage bejahe, zu befragen, wie er es erkläre, daß die Herstellung der Kugelmechaniken neben den Zapfenringmechaniken den übrigen Arbeitern in dem Betrieb S. [REDACTED] nicht vor dem Frühjahr 1956 aufgefallen sei. Dagegen, daß das ersuchte Gericht den Beweisbeschluß etwa nicht sorgfältig

ausgeführt hätte, spricht der Umstand, daß es den Zeugen entsprechend dem Beweisbeschluß z.B. offensichtlich befragt hat, ob die Kugeldruckmechanik S. [REDACTED] nach dem gleichen Prinzip wie das Muster der Klägerin gearbeitet habe. Der Zeuge hat sich nämlich insoweit ausweislich der Vernehmungsniederschrift dahingehend ausgelassen, daß ihm nicht bekannt sei, nach welchem Prinzip das Muster der Klägerin gearbeitet habe. Unter diesen Umständen liegt der Gedanke nahe, daß der Zeuge zu der hier in Rede stehenden Frage keine oder keine einleuchtende Erklärung abgegeben und das ersuchte Gericht daher von einer Protokollierung abgesehen hat. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der am 13. Februar 1968 vor dem ersuchten Gericht gemachten Aussage des Zeugen L. [REDACTED] in dem entscheidenden Punkt kein Beweiswert zukomme, rechtfertigt sich jedenfalls zwangslos, wenn man die Auslassung dieses Zeugen anlässlich seiner am 20. Februar 1958 und damit zehn Jahre zuvor durchgeführten Vernehmung durch die Kriminalpolizei in dem oben genannten, zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Ermittlungsverfahren berücksichtigt (vgl. BA 2 Wi Js 610/58 Bl. 45). Damals, als die fraglichen Vorgänge noch nicht einmal drei Jahre zurücklagen, hat der Zeuge bekundet, daß S. [REDACTED] bereits im Jahre 1955 laufend an den Vorarbeiten zum Kugeldruckmechanismus beschäftigt gewesen sei, daß er, der Zeuge, aber keinen konkreten Zeitpunkt dafür benennen könne, wann S. [REDACTED] seinen Kugeldruckmechanismus bzw. seine Arbeiten daran abgeschlossen gehabt habe. Der Zeuge hat mithin seinerzeit noch nicht einmal bekunden können, wann der Beklagte im Erfindungsbesitz gewesen ist.

Bei dieser Sachlage war das Berufungsgericht auch nicht, wie die Revision meint, im Rahmen des § 139 Abs. 1 und 2 ZPO gehalten, den Beklagten auf die von ihm beabsichtigte Argumentationsweise aufmerksam zu machen und ihm Gelegenheit zu geben, die erneute Vernehmung des Zeugen zu beantragen. Von einer erneuten Vernehmung des in der DDR wohnhaften Zeugen, um die mangels Ausreisegenehmigung übrigens wiederum das Wohnsitzgericht hätte ersucht werden müssen, konnte das Berufungsgericht angesichts der bereits bei der polizeilichen Vernehmung aufgetretenen Erinnerungslücke des Zeugen keine weitere Aufklärung des Sachverhalts erwarten. Es hat daher auch nicht das ihm in § 398 Abs. 1 ZPO eingeräumte Ermessen überschritten, wenn es die wiederholte Vernehmung des Zeugen nicht von Amts wegen angeordnet hat.

c) Ein entscheidungserheblicher Verstoß gegen den § 286 Abs. 1 ZPO liegt entgegen der Ansicht der Revision auch nicht darin, daß das Berufungsgericht davon abgesehen hat, sich im Zusammenhang mit der Beweisfrage, ob S. [REDACTED] bereits im September 1955 an den Beklagten Kugelmechaniken geliefert hat, ausdrücklich mit dessen Zeugenaussage vor dem Landgericht auseinanderzusetzen. Aus dieser Unterlassung kann jedenfalls nicht geschlossen werden, daß das Berufungsgericht die Bekundungen S. [REDACTED] überhaupt nicht berücksichtigt hätte. Einer solchen Annahme steht bereits entgegen, daß das Berufungsgericht im Tatbestand seines Urteils (S. 10) wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme auf die Vernehmungsniederschrift vom 3. Juni 1964, in welcher u.a. die damalige Aussage des genannten Zeugen niedergelegt ist, ebenso hinweist wie auf den vorgetragenen Inhalt des landgerichtlichen Urteils. In diesem Urteil (vgl. S. 11 bis S. 15) werden die Erklärungen des

Zeugen eingehend gewürdigt und ihnen angesichts ihrer Widersprüche und Ungereimtheiten im Hinblick auf eine Reihe von eindeutig festgestellten Tatsachen der Beweiswert abgesprochen. Diesem Ergebnis hat sich das Berufungsgericht nach dem Zusammenhang seiner Entscheidungsgründe ersichtlich angeschlossen. Eines besonderen Hinweises des Berufungsgerichts, daß es die Auffassung des Landgerichts teile, bedurfte es nicht.

d) Die Revision rügt ferner, daß das Berufungsgericht dem Antrag des Beklagten (vgl. Sitzungsniederschrift vom 24. Oktober 1968, S. 3) nicht entsprochen hat, die vom Landgericht gehörten Zeugen, nämlich S. [REDACTED], den beim Beklagten beschäftigten Feinmechaniker J. [REDACTED], den freiberuflich tätigen Ingenieur N. [REDACTED], die beiden Vorarbeiterinnen des Beklagten, S. [REDACTED] und W. [REDACTED], und seine frühere Arbeiterin A. [REDACTED] erneut zu vernehmen. Sie erblickt einen Verstoß gegen den § 551 Nr. 7 ZPO darin, daß sich das Berufungsgericht ohne Begründung über diesen Beweisantrag des Beklagten hinweggesetzt hat. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Gründe, aus welchen das Berufungsgericht von einer wiederholten Vernehmung der Zeugen nach § 398 Abs. 1 ZPO Abstand genommen hat, sind eindeutig erkennbar. Das Landgericht hat nicht nur, wie bereits unter Buchst. c dargelegt, die Aussage des Zeugen S. [REDACTED], sondern auch die Bekundungen der übrigen Zeugen, welche mit Ausnahme des Zeugen N. [REDACTED] die Behauptung des Beklagten, daß von S. [REDACTED] Kugeldruckmechaniken vor dem 23. Dezember 1955 als dem maßgebenden Stichtag an ihn geliefert

worden seien, im wesentlichen bestätigt haben, als nicht glaubhaft angesehen. Seine Bedenken gegen den Wahrheitsgehalt der Aussagen dieser Zeugen hat das Landgericht unter vorrangiger Anführung von objektiven Gesichtspunkten im einzelnen begründet (vgl. LG U S. 15 f hinsichtlich des Zeugen J [REDACTED]; S. 16 hinsichtlich des Zeugen N [REDACTED]; S. 16 f hinsichtlich der Zeuginnen S [REDACTED], W [REDACTED] und A [REDACTED]). Dieser Begründung hat sich das Berufungsgericht, wie aus seinen oben wiedergegebenen Entscheidungsgründen hervorgeht, - offensichtlich unter Berücksichtigung des Grundsatzes, daß an den Nachweis eines Vorbenutzungsrechts strenge Anforderungen zu stellen sind (vgl. Benkard, aaO § 7 PatG Rdn. 28) - angeschlossen. Das Berufungsgericht brauchte sich daher nicht, wie die Revision meint, einen unmittelbaren eigenen Eindruck von der Persönlichkeit der Zeugen zu verschaffen. Dies wäre allerdings dann erforderlich gewesen, wenn es die Aussagen hätte anders würdigen wollen als das Landgericht (vgl. BGH NJW 1964, 2414).

e) Die Revision weist zwar zutreffend darauf hin, daß der Zeuge J [REDACTED] nicht nur, wie das Berufungsgericht annimmt, den Erfindungsbesitz S [REDACTED], sondern auch dessen Lieferungen von Kugeldruckmechaniken an den Beklagten im Jahre 1955 bekundet hat. Dieses Versehen hat sich jedoch auf die angefochtene Entscheidung nicht ausgewirkt, da das Berufungsgericht nach den Darlegungen unter Buchst. d die Aussage des Zeugen rechtlich unangreifbar in den bedeutsamen Punkten nicht als glaubhaft angesehen hat.

f) Schließlich hat das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision den § 286 Abs. 1 ZPO auch nicht dadurch verletzt, daß es in seinen Entscheidungsgründen nicht auf den ausweislich des Urteilstatbestandes (S. 9) vom Landgericht zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Beschluß des Bundespatentgerichts vom 11. Dezember 1962 zurückgekommen ist. Das Berufungsgericht war, wie auch die Revision nicht bezweifelt, bei seiner Beweiswürdigung an die Feststellungen des Bundespatentgerichts nicht gebunden. Das Bundespatentgericht hat sich in den Gründen seines Beschlusses (S. 18 ff) mit dem Erfindungsbesitz des Beklagten, ferner mit der Offenkundigkeit der behaupteten Vorbenutzung befaßt und in diesem Zusammenhang den Wahrheitsgehalt der Aussagen einzelner Zeugen geprüft. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die in Rede stehende Entscheidung das Berufungsgericht hätte veranlassen können, die von ihm selbst und vom Landgericht erhobenen Beweise einer anderen Würdigung zu unterziehen.

Sonach läßt es keinen Rechtsfehler erkennen, wenn das Berufungsgericht den Nachweis nicht als geführt betrachtet, daß S. [REDACTED] vor dem 23. Dezember 1955 Kugeldruckmechaniken hergestellt und an den Beklagten geliefert oder Veranstaltungen zu derartigen Benutzungshandlungen getroffen hat, und wenn es demgemäß S. [REDACTED] ein Vorbenutzungsrecht an dem Gegenstand des Klagegebrauchsmusters versagt.

VI. 1. Das Berufungsgericht hat den Beklagten auch nicht aufgrund eines eigenen Vorbenutzungsrechts für befugt gehalten, Kugelschreiber mit den von S. [REDACTED]

und I [REDACTED] gelieferten Kugeldruckmechaniken gewerbsmäßig in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen. Hierzu wird im angefochtenen Urteil ausgeführt: Der Beklagte habe ebenfalls keinen über die Kenntnis der Erfindung hinausgehenden schutzwürdigen Besitzstand durch Aufwendung von Kraft, Zeit und Kapital zur Verwertung der Erfindung im eigenen Interesse erlangt. Sein Vertrag mit S [REDACTED] (vom 25. Juli 1955) beziehe sich auf die Abnahme von Mechaniken nach dessen Gebrauchsmuster Nr. 1 707 436. Die Kugelmechanik solle ihm zwar auch vorgeführt worden und Gegenstand der Besprechung mit dem Zeugen N [REDACTED] gewesen sein. Der Beklagte habe sich aber gerade daraufhin für die Zapfenringmechanik entschieden. Die Kugelmechanik habe er nicht benutzen wollen, weil sie ihm nicht hinreichend zuverlässig erschiene. Sie sei ihm lediglich ohne sein Wissen in Sendungen (ergänze: S [REDACTED]) mitgeliefert worden. Er habe bei dem Vorlieferanten, der Firma Gebr. S [REDACTED], Bestellungen auf Teile für die Zapfenringmechanik unmittelbar zur Lieferung an den Hersteller S [REDACTED] aufgegeben und sei an deren Serienproduktion interessiert gewesen, nicht jedoch an etwaigen privaten Versuchen mit anderen Riegelkörpern. Für die Kugelmechanik, die ihm nur heimlich unterschoben worden sei, fehle es an jeglichem Besitz- oder Benutzungswillen.

2. Die Revision bringt vor, das Berufungsgericht habe bei seiner Beurteilung außer acht gelassen, daß es gerade wegen der Kugelmechaniken immer wieder zu Beanstandungen gekommen sei und daß beim Zusammensetzen der Kugelschreiber die Kugelmechaniken des öfteren zerbrochen seien. So habe, was vom Berufungsgericht nicht berücksichtig-

sichtigt worden sei, der Zeuge S. [REDACTED] ausgesagt, daß ihn der Beklagte auf jeden Fall im Jahre 1955 im Rahmen solcher Reklamationen auf damals schlecht funktionierende Kugelmechaniken angesprochen habe (vgl. Vernehmungsniederschrift vom 3. Juni 1964, S. 5) und daß die im Jahre 1955 von dem Beklagten bei ihm angebrachten Reklamationen hauptsächlich Kugelmechaniken betroffen hätten (vgl. aaO S. 10). Kein einziger Zeuge aber habe bekundet, daß der Beklagte sich ausdrücklich gegen die Lieferung von Kugelmechaniken verwahrt habe. Wenn aber feststehe, daß der Beklagte von der Lieferung von Kugelmechaniken gewußt und hiergegen nichts unternommen habe, dann sei davon auszugehen, daß er Kugelmechaniken habe selbst weiter verkaufen wollen, wenn auch neben anderen Mechaniken und nur in geringem Umfange. Das Fehlen eines Benutzungswillens könne jedenfalls nur dann angenommen werden, wenn der Beklagte sich ausdrücklich gegen die Lieferung von Kugelmechaniken durch S. [REDACTED] ausgesprochen oder von solchen Lieferungen nichts gewußt hätte.

Auch mit dieser Rüge kann die Revision nicht durchdringen. Es mag offen bleiben, ob die vom Berufungsgericht gegebene Begründung in jeder Hinsicht frei von Rechtsfehlern ist. Auf alle Fälle erweist sich seine Entscheidung im Ergebnis als richtig. Wie oben im Abschn. V 2 dargelegt, hat das Berufungsgericht rechtlich unangreifbar angenommen, daß der Beklagte die Lieferung von Kugeldruckmechaniken durch S. [REDACTED] vor dem 23. Dezember 1955 nicht nachgewiesen habe. Dann kann zwangsläufig aber auch nicht festgestellt werden, daß der Beklagte derartige Mechaniken vor dem genannten Stichtage benutzt oder Veranstaltungen zur

alsbaldigen Benutzung getroffen hat, wie es die Entstehung eines Vorbenutzungsrechts im Sinne des § 5 Abs. 4 GebrMG i.V.m. § 7 Abs. 1 PatG voraussetzt.

C.

I. Das nach § 301 Abs. 1 ZPO erlassene Teilurteil des Berufungsgerichts ist dahin ergangen, daß das Klagebegehren auf Feststellung der Schadensersatzpflicht und auf Rechnungslegung insoweit gerechtfertigt sei, als der Beklagte in der Zeit vom Dezember 1958 bis zum Erlöschen des Klagegebrauchsmusters am 25. Februar 1962 Kugelschreiber mit von ihm selbst erzeugten Kugeldruckmechaniken hergestellt und die von ihm hergestellten Kugelschreiber in Verkehr gebracht, feilgehalten und/oder gebraucht hat. Zur Begründung hat das Berufungsgericht dargelegt, der Beklagte sei unabhängig davon, ob er Schreibstifte mit Kugelmekaniken wegen eines dem Zulieferer S. [REDACTED] zustehenden, auf Herstellung sowie Vertrieb gerichteten Vorbenutzungsrechts habe vertreiben dürfen und ob er selbst durch den Weiterverkauf der Kugelschreiber vor dem Prioritätstage ein eigenes Vorbenutzungsrecht zum Vertrieb erlangt habe, jedenfalls nicht befugt gewesen, die Kugelmekaniken nach dem Klagegebrauchsmuster selbst herzustellen. Ein etwaiges Vorbenutzungsrecht zum Vertrieb berechtige nicht zur Herstellung geschützter Gegenstände. Der Wechsel vom bloßen Vertrieb auf Herstellung und Vertrieb werde durch das angebliche Vorbenutzungsrecht nicht gedeckt. Das einfache Zusammenschrauben der vorgefertigten Einzelteile habe keine eigene Herstellung bedeutet; ebenso wenig hätten Veranstellungen zur Produktionsaufnahme vorgelegen.

II. Die Revision macht demgegenüber unter Hinweis auf höchstrichterliche Entscheidungen und Äußerungen im Schrifttum hauptsächlich geltend, daß im Rahmen eines Vorbenutzungsrechts ein Wechsel der Benutzungsart gestattet sei. Ob die Überlegung der Revision richtig ist, kann auf sich beruhen. Sie setzt jedenfalls ein Vorbenutzungsrecht voraus. Ob der Beklagte ein solches Recht erworben hat, hängt in erster Linie davon ab, daß ihm S. [REDACTED] erfindungsgemäße Kugeldruckmechaniken vor dem Prioritätstage des Klagegebrauchsmusters (23. Dezember 1955) geliefert hat. Daß dies geschehen sei, hat das Berufungsgericht in dem angefochtenen Teilurteil unterstellt. Es müßten daher an sich die erforderlichen Feststellungen nachgeholt werden. Hiervon kann jedoch abgesehen werden, da das Berufungsgericht inzwischen in seinem Schlußurteil, wie im Abschn. B V 2 ausgeführt, rechtlich unanfechtbar festgestellt hat, daß der Beklagte Lieferungen S. [REDACTED] vor dem genannten Stichtage nicht nachgewiesen habe. Demgemäß hat das Berufungsgericht in dem Schlußurteil aufgrund des bisherigen Verhandlungs- und Beweisergebnisses die Entstehung eines Vorbenutzungsrechts zugunsten des Beklagten richtigerweise verneint.

Der Versuch einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts hätte nur dann einen Sinn, wenn der Beklagte in dem Fall, daß der Rechtsstreit an den Tatrichter zurückverwiesen würde, imstande wäre, durch beachtlichen neuen Sachvortrag und zusätzliche Beweisangebote ein anderes Verhandlungs- und Beweisergebnis herbeizuführen. Eine solche Möglichkeit hat die Revision jedoch nicht konkret dargetan. Es erscheint auch ausgeschlossen, daß

dem Beklagten seither noch nicht verwertetes Prozeßmaterial zur Verfügung steht, das angesichts des Umstandes, daß der Rechtsstreit in den beiden Tatsacheninstanzen während mehrerer Jahre, nämlich von 1963 bis 1968 geschwebt hat, nach § 529 Abs. 2 und 3 ZPO berücksichtigt werden könnte.

Bei dieser Sachlage trägt die im Schlußurteil getroffene Feststellung des Berufungsgerichts, daß ein Vorbenutzungsrecht des Beklagten nicht anzuerkennen sei, auch das entsprechende Ergebnis des Teilurteils.

D.

I. Da sonach sämtliche Benutzungshandlungen des Beklagten in der Zeit vom 10. Juli 1956 bis zum 25. Februar 1962 durch ein Vorbenutzungsrecht im Sinne von § 5 Abs. 4 GebrMG i.V.m. § 7 Abs. 1 PatG nicht gedeckt werden und infolgedessen rechtswidrig waren, hängt die Feststellung seiner Schadensersatzpflicht und die Verurteilung zur Rechnungslegung allein noch davon ab, ob ihn ein Verschulden trifft. Dies hat das Berufungsgericht in beiden Urteilen bejaht und zwar sinngemäß mit folgender, im wesentlichen übereinstimmenden Begründung:

Dem Beklagten sei das Klagegebrauchsmuster bekannt gewesen. Die Klägerin habe ihn außerdem durch Schreiben eines Patentanwalts vom 9. Juli 1956 entsprechend warnen lassen. Der Beklagte habe damit auf eigene Gefahr gehandelt, wenn er nach der Verwarnung seine Benutzungshandlungen in der Erwartung fortgesetzt habe, die Löschung des Klageschutzrechts in dem u.a. von ihm ange-

strengsten Lösungsverfahren erreichen zu können. Objektiv schwerwiegende Bedenken gegen die Rechtsbeständigkeit des Klagegebrauchsmusters habe der Beklagte nicht hegen können. Auch wenn der von ihm herangezogene Patentanwalt in einer gutachtlichen Stellungnahme zum Ergebnis gekommen sei, das Klagegebrauchsmuster sei nicht schutzwürdig, hätte der Beklagte aufgrund seiner Sachkunde eigene Prüfungen anstellen müssen. Dies habe er jedoch nicht getan, obwohl er in der ebenfalls von einem Patentanwalt ausgesprochenen Verwarnung der Klägerin darauf hingewiesen worden sei, daß das Klageschutzrecht von Fachleuten als gültig angesehen werde. Gerade die Verwarnung hätte den Beklagten zu einer sorgfältigen Nachprüfung veranlassen müssen; denn infolge der schwachen Position, welche durch die Eintragung des Gebrauchsmusters herbeigeführt werde, habe die Klägerin als Gebrauchsmusterinhaberin bei Verwarnungen Dritter wegen drohender Schadensersatzansprüche besonders vorsichtig sein müssen. Sie sei daher ihrerseits gezwungen gewesen, sich über den Rechtsbestand ihres Schutzrechts gewissenhaft ihre Überzeugung zu bilden, und habe nicht einfach auf die Eintragung vertrauen dürfen.

Zugunsten des Beklagten könne in diesem Zusammenhang auch nicht der Beschluß des Deutschen Patentamts vom 24. Februar 1959 gewertet werden, durch welchen das Klagegebrauchsmuster zunächst gelöscht worden sei. Denn zum einen hätte der Beklagte diesen erst später erlassenen Beschluß nicht in den Kreis seiner Überlegungen einbeziehen können, als er mit seinen Benutzungshandlungen begonnen habe. Zum anderen sei der Beschluß

des Patentamts durch die Entscheidung des Bundespatentgerichts vom 11. Dezember 1962, bestätigt durch Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 28. November 1963, wieder aufgehoben worden. Dabei ergebe sich aus den Gründen der Entscheidung des Bundespatentgerichts, daß die Erfindungshöhe des Klagegebrauchsmusters ernsthaft nicht habe bezweifelt werden können. Das Bundespatentgericht habe ferner in einem kurzen Absatz lediglich festgestellt, daß die Verwendung eines Wälzkörpers, vorzugsweise einer Kugel, als Verriegelungselement gegenüber dem Riegelkörper-Zapfenring gemäß dem für S [REDACTED] eingetragenen Gebrauchsmuster Nr. 1 707 436 neu sei. Die vom Beklagten dem Klagegebrauchsmuster gleichfalls als neuheitsschädlich entgegengehaltene französische Patentschrift Nr. 1 023 101 habe das Bundespatentgericht nicht einmal erwähnt. Das Bundespatentgericht habe sich in der Entscheidung nahezu ausschließlich mit der Frage befaßt, ob der Beklagte das Klagegebrauchsmuster offenkundig vorbenutzt habe.

Zu dem dem Beklagten zur Last gelegten Vertrieb von Kugelschreibern mit den von S [REDACTED] und L [REDACTED] hergestellten Kugeldruckmechaniken wird im Schlußurteil des Berufungsgerichts noch zusätzlich ausgeführt:

Der Beklagte habe nicht rein zufällig die Kugelschreiber mit Kugeldruckmechaniken neben anderer Ware vertrieben, sondern er habe sich aktiv für die Herstellung dieser Mechaniken durch S [REDACTED] und L [REDACTED] eingesetzt, Aufträge zu ihrer Herstellung erteilt und sich um die Beschaffung des notwendigen Rohmaterials gekümmert. Hierzu habe er sich über Bedenken wegen des ihm bekannten Klagegebrauchsmusters hinwegsetzen und die Verletzung des

Schutzrechts in Kauf nehmen müssen. Falls kein bewußtes Inkaufnehmen, also kein bedingter Vorsatz hierbei vorgelegen habe, so habe der Beklagte doch zumindest grob fahrlässig gehandelt. Die Festsetzung einer geringeren Entschädigung nach § 15 Abs. 2 Satz 2 GebrMG sei infolgedessen nicht angebracht.

Bezüglich der Herstellung von Kugeldruckmechaniken durch den Beklagten selbst in der Zeit vom Dezember 1958 bis zum 25. Februar 1962 heißt es in dem Teilurteil:

Angesichts der Entscheidungsgründe des Bundespatentgerichts müsse davon ausgegangen werden, daß der Beklagte auch nach dem Beschluß des Patentamts vom 24. Februar 1959 bis zum Erlöschen des Gebrauchsmusters weiterhin grob fahrlässig gehandelt habe, wenn er Kugelmechaniken mit den Merkmalen des Klagegebrauchsmusters hergestellt habe. Der Schadensersatzanspruch der Klägerin bestehe mithin für die gesamte hier infrage stehende Zeit in voller Höhe. Die Festsetzung einer geringeren Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 Satz 2 GebrMG komme nicht in Betracht.

II. Auch diese Erwägungen der angefochtenen Urteile halten entgegen der Auffassung des Beklagten jedenfalls im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

Das Berufungsgericht hat das Verhalten des Beklagten unter Berücksichtigung der in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze be-

urteilt. Hiernach hat der Beklagte, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorhebt, vom Zugang des Warnungsschreibens an, d.h. ab 10. Juli 1956 auf eigene Gefahr gehandelt und sich von diesem Zeitpunkt an schadensersatzpflichtig gemacht (vgl. RGZ 146, 225, 227 und Urteil des erkennenden, früher als Ia-Zivilsenat bezeichneten Senats vom 28. November 1963 - Ia ZR 119/63 - Rolladen -, insoweit in GRUR 1964, 221 ff nicht abgedruckt). Im übrigen brauchte dem Beklagten eine besondere Überlegungsfrist nach Empfang des Warnungsschreibens nicht zugebilligt werden, da ihn die Klägerin ausweislich des bei den Akten befindlichen Schriftwechsels der Parteien bereits vorher, nämlich durch Schreiben vom 6. Mai 1956, in welchem zudem auf eine einige Tage vorher stattgefundene Unterredung Bezug genommen wird, auf ihre Schutzrechtsanmeldungen und die von ihr daraus hergeleiteten Rechte hingewiesen hat.

Der Beklagte kann entgegen seiner Meinung den Vorwurf des Verschuldens auch nicht dadurch ausräumen, daß er zur Prüfung der Rechtsbeständigkeit des Klagegebrauchsmusters den Rat eines Patentanwalts eingeholt hat. Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsirrtum ersichtlich von der Annahme ausgegangen, daß sich der Beklagte als Inhaber eines Spezialunternehmens angesichts seiner eigenen Sachkunde auf dem Fachgebiet der Herstellung von Kugelschreibern bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht hätte darauf verlassen dürfen, daß das von seinem Patentanwalt in der Stellungnahme vom 21. September 1956 allein angeführte S. [REDACTED]'sche Gebrauchsmuster 1 707 436 genügen würde, die Schutzfähigkeit des Klagegebrauchsmusters auszuschließen (vgl. hierzu

Benkard, aaO, § 15 GebrMG Rdn. 9 und § 47 PatG Rdn. 37 ff mit zahlreichen Rechtsprechungshinweisen).

Schließlich entlastet die Tatsache, daß das Deutsche Patentamt in seinem Beschluß vom 24. Februar 1959 und damit geraume Zeit nach Beginn der beanstandeten Benutzungshandlungen zu seinen Gunsten entschieden hat, den Beklagten, wie das Berufungsgericht wiederum zutreffend betont, auch nicht für die nach Erlaß dieser Entscheidung vorgenommenen Benutzungshandlungen. Verletzungshandlungen sind nicht ohne weiteres von dem Zeitpunkt ab entschuldbar, in welchem der Standpunkt des Verletzers durch eine nicht rechtskräftige Entscheidung des Patentamts geteilt wird (vgl. Reimer, aaO, § 47 Anm. 23 mit Rechtsprechungshinweisen). Der Beklagte, dessen besondere Sachkunde das Berufungsgericht rechtlich unangreifbar feststellt, hätte jedenfalls nicht ohne weiteres damit rechnen dürfen, daß die Entscheidung des Patentamts in den Rechtsmittelinstanzen endgültig gebilligt werde, wie es dann auch nicht geschehen ist.

Zu Unrecht meint der Beklagte endlich noch, daß das Berufungsgericht unter Verstoß gegen den § 551 Nr. 7 ZPO die Anwendung des § 15 Abs. 2 Satz 2 GebrMG, welcher bei nur leichter Fahrlässigkeit des Verletzers an Stelle des Schadensersatzes lediglich eine sog. Billigkeitsentschädigung des Verletzten vorsieht, mit einer völlig nichtssagenden Redewendung abgelehnt habe. Dem kann nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht hat aufgrund der von ihm im einzelnen bezeichneten, rechtlich unangreifbaren Feststellungen dem Beklagten grobe

Fahrlässigkeit, mithin ein Verhalten vorgeworfen, welches die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt und das nicht beachtet hat, was im gegebenen Falle jedem hätte einleuchten müssen (vgl. BGH GRUR 1968, 33, 38 - Elektrolackieren II -). Dann verblieb ihm zwangsläufig aber nur die Schlußfolgerung, daß für die Anwendung des § 15 Abs. 2 Satz 2 GebrMG kein Raum sei. Hierfür bedurfte es keiner besonderen Rechtfertigung.

E.

Nach alledem sind die Revisionen des Beklagten gegen die beiden Urteile des Berufungsgerichts in vollem Umfange als unbegründet zurückzuweisen. Der Anregung des Beklagten, seine Schadensersatzpflicht auf die Vergleichsquote von fünfunddreißig vom Hundert der Forderungen der Klägerin zu beschränken, kann nicht entsprochen werden. Einer solchen Beschränkung steht, von anderen Erwägungen abgesehen, bereits die Vorschrift des § 561 Abs. 1 ZPO entgegen, wonach der Beurteilung des Revisionsgerichts grundsätzlich nur dasjenige Parteivorbringen unterliegt, welches aus dem Tatbestand des Berufungsurteils oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisions-
rechtszuges beruht auf den §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO.

Spreng

Claßen

Schneider

Ballhaus

Bruchhausen