

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein

BGB § 823 Ag

#### Spritzgießmaschine

Einem Patentinhaber, der einen angeblichen Verletzer verwarnt, kann kein Schuldvorwurf daraus gemacht werden, daß er auf die in einem Einspruchsverfahren getroffene Entscheidung des Patentamts vertraut, in der die Lehre des erteilten Patents nach dem zugrunde gelegten Stand der Technik als erfinderisch beurteilt worden ist, sofern ihm danach kein weitergehender Stand der Technik bekannt geworden oder vorwerfbar verborgen geblieben ist.

ZPO § 717 Abs. 2

Ist ein vorläufig vollstreckbares Unterlassungsurteil nicht mit einer Strafandrohung nach § 890 a.F. ZPO (n.F.: Androhung von Ordnungsstrafe und/oder -geld) versehen und ist diese auch nicht durch Beschluß ausgesprochen, so steht die Vollstreckung nicht unmittelbar bevor. Kommt der Schuldner dem Unterlassungsgebot freiwillig nach, so ist der dadurch entstandene Schaden nicht ursächlich auf Vollstreckungsmaßnahmen des Gläubigers zurückzuführen.

BGH, Urt. v. 22. Juni 1976 - X ZR 44/74 - OLG Hamburg  
LG Hamburg

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 44/74

### URTEIL

Verkündet am  
22. Juni 1976  
K r i e g l  
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma D[REDACTED]-W[REDACTED], Gesellschaft mit beschränkter Haftung,  
vertreten durch die Geschäftsführer Friedrich K[REDACTED] und  
Werner Kl[REDACTED], U[REDACTED] bei B[REDACTED], De[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagten  
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und  
[REDACTED] -

gegen

die Firma O[REDACTED] S.p.A., P[REDACTED]/Italien, [REDACTED] Strada,  
vertreten durch den Präsidenten ihres Verwaltungsrates,  
Tareisio O[REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin  
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Juni 1976 durch den Vorsitzenden Richter Trüstedt und die Richter Ballhaus, Ochmann, Dr. Windisch und Dr. Hesse

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Grundurteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 4. April 1974 aufgehoben.

Die Widerklage wird abgewiesen.

Die Kosten des ersten Rechtszuges trägt die Klägerin.

Von den Kosten des zweiten Rechtszuges fallen der Klägerin ein Drittel und der Beklagten zwei Drittel zur Last.

Die Kosten der Revision trägt die Beklagte.

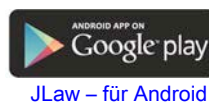
Von Rechts wegen

### Tatbestand

Die Parteien gehören zu den wenigen Herstellern von Maschinen für zweifarbige Stiefel. Sie sind Konkurrenten im In- und Ausland. Die Klägerin ist Inhaberin des am 14. November 1962 angemeldeten und am 22. April 1969 nach Durchführung eines Ein-



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



spruchsverfahrens erteilten Patents 1 196 358, das eine Spritzgießmaschine zum Herstellen von Werkstücken, insbesondere Schuhwerk, aus verschiedenfarbigen oder verschiedenstofflichen, warmformbaren Werkstoffen, insbesondere thermoplastischem Kunststoff zum Gegenstand hat.

Die Klägerin stellt Maschinen nach diesem Patent her und vertreibt sie.

Die Beklagte bot in der Bundesrepublik Deutschland eine Maschine an, die die gleiche Verwendung hat. Die Klägerin erblickte darin eine Benutzung ihres Patents. Es kam deswegen zu einem Schriftwechsel zwischen den Parteien.

Die Klägerin hat Klage erhoben und die Beklagte für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland und West-Berlin auf Unterlassung der Herstellung, des Feilhaltens und Vertriebs der in Italien zur Patenterteilung angemeldeten Spritzmaschine sowie auf Erteilung von Auskunft in Anspruch genommen und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt.

Das Landgericht hat diesen Anträgen durch das Versäumnisurteil vom 8. Juli 1970 stattgegeben, das es nach dem Einspruch der Beklagten durch das streitige gegen Sicherheitsleistung von 550.000,-- DM vorläufig vollstreckbare Urteil vom 28. April 1971 im wesentlichen bestätigt hat. Es hat in der Maschine der Beklagten eine Benutzung des unmittelbaren Gegenstands des Klagepatents gesehen. Keines der landgerichtlichen Urteile enthielt

die Androhung von Strafe bei Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot.

Auf die nach Einlegung der Berufung gegen dieses Urteil von der Beklagten erhobene Nichtigkeitsklage hat das Bundespatentgericht durch rechtskräftiges Urteil vom 8. Februar 1973 das Klagepatent wegen mangelder Erfindungshöhe teilweise für nichtig erklärt.

Die Klägerin hat daraufhin mit Einwilligung der Beklagten die Klage zurückgenommen. Die Beklagte hat, gestützt auf §§ 823 Abs. 1 BGB, 717 Abs. 2 ZPO Widerklage mit dem Antrag erhoben,

die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte 4.666.640,-- DM nebst 10 % Zinsen hierauf seit dem 1. Januar 1971 als mittlerem Stichtag zu bezahlen;  
hilfsweise,  
die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte einen vom Gericht nach § 287 ZPO geschätzten Schadensbetrag zu zahlen;  
der Klägerin auch die Kosten der zurückgenommenen Klage aufzuerlegen.

Sie hat dazu vorgetragen, die Klägerin habe sie zu Unrecht verwarnt. Der Hauptanspruch des Klagepatents sei durch das Nichtigkeitsurteil rückwirkend derart eingeschränkt worden, daß ihre Spritzgießmaschine nicht mehr unter die neue Fassung des Hauptanspruchs falle. Der Klägerin sei der Stand der Technik bekannt gewesen, aber sie habe die Erfindungshöhe schuldhaft unzutreffend beurteilt. Auf Grund der unberechtigten Verwarnungen,

der Unterlassungsklage und der ergangenen Urteile habe sie es unterlassen, ihre Maschine in der Bundesrepublik Deutschland zu vertreiben.

Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Sie ist den Behauptungen und den Rechtsansichten der Beklagten entgegengetreten.

Das Oberlandesgericht hat die Widerklage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie die Abweisung der Widerklage weiterverfolgt.

Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

#### Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

#### A. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

I. 1. Das Berufungsgericht hat den mit der Widerklage verfolgten Schadensersatzanspruch zunächst aus dem Gesichtspunkt der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung hergeleitet. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat es darin eine unerlaubte Handlung unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in den ein-

gerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gesehen. Die Rechtswidrigkeit ergebe sich einmal aus der Nichtigerklärung des einschlägigen Teils des Klagepatents und zum anderen daraus, daß die Spritzgießmaschine der Beklagten nicht unter das eingeschränkte Klagepatent falle. Der Klägerin sei auch ein Schuldvorwurf zu machen. Ihr seien die Vorveröffentlichungen, nämlich die belgische Patentschrift 610 742 und die im Erteilungsverfahren bereits herangezogene Deutsche Auslegeschrift (DAS) 1 072 799 bekannt gewesen, die zur Teilvernichtung ihres Patents geführt hätten. Dieses sei in seiner ursprünglichen Fassung zwar neu und fortschrittlich gewesen. Es habe ihm jedoch in diesem Umfang die Erfindungshöhe gefehlt. Das hätte die Klägerin nach dem Stand der Technik erkennen müssen.

2. Die Revision macht demgegenüber geltend:

a) Das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob die Schreiben der Klägerin überhaupt tatbestandsmäßig als eine Verwarnung angesehen werden könnten.

b) Eine auf ein nach Prüfung erteiltes und im Zeitpunkt der Verwarnung nicht angegriffenes Patent gestützte rechtmäßige Schutzrechtsverwarnung könne nachträglich nicht dadurch rechtswidrig werden, daß das Patent später vernichtet werde.

c) Auf jeden Fall fehle aber das Verschulden der Klägerin. Das Berufungsgericht habe an die Sorgfaltspflicht des Verwarners "irreale" Maßstäbe angelegt. Dürften diese Geltung beanspruchen, dann könnte

kein Schutzrechtsinhaber seine erteilten Schutzrechte geltend machen und kein Anwalt oder Patentanwalt es in Zukunft wagen, einem von ihm beratenen Patentinhaber die Verwarnung eines Verletzers zu empfehlen. Die Gefahr, den Mandanten damit einem Schadensersatzanspruch wegen ungerechtfertigter Verwarnung auszusetzen und selbst regreßpflichtig zu werden, wäre so groß, daß kein verantwortungsbewußter Berater dieses Risiko weiter auf sich nehmen könnte. Die Verwertung gewerblicher Schutzrechte würde dadurch in einer den Absichten des gewerblichen Rechtsschutzes zuwiderlaufenden Weise verhindert werden.

II. Das Berufungsurteil hält der Nachprüfung nicht stand.

1. Ob und gegebenenfalls in welchem Zeitpunkt die Klägerin die Beklagte aus dem Klagepatent verwarnt hat, ist für die Entscheidung nicht mehr von Bedeutung. Diese Frage kann daher offen bleiben.

2. Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß Rechtsgrundlage des von der Beklagten geltend gemachten Schadensersatzanspruchs § 823 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist. Der Senat hält nach erneuter Überprüfung an seiner zuletzt in der Entscheidung "Maschenfester Strumpf" (BGHZ 62, 29 ff m.w.N.) vertretenen Meinung fest (vgl. weiter auch BGHZ 59, 30 ff und Schramm GRUR 1973, 75).

3. Die Ansicht der Revision, daß die Nichtigerklärung des Klagepatents der Verwarnung die Rechtmäßigkeit nicht nachträglich habe nehmen können, kann nicht geteilt werden. Die Rechtswidrigkeit ist eine objektive Anspruchsvoraussetzung. Sie wird nicht davon beeinflusst, daß das Recht, auf das die Verwarnung gegründet worden ist, mit rückwirkender Kraft erst nachträglich beseitigt wird. Da die Schutzunfähigkeit dem Klagepatent in dem betreffenden Umfang von seiner Erteilung an anhaftete (vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 1 PatG), stand objektiv betrachtet der Klägerin zur Zeit der Verwarnung kein Recht für dieses Vorgehen zur Seite. Auch insoweit sieht der Senat keine Veranlassung, von seiner bisher vertretenen Ansicht abzuweichen (vgl. BGHZ 38, 200 ff - Kindernähmaschinen; BGHZ 62, 29 ff - Maschenfester Strumpf -; Benkard, Patent- und Gebrauchsmustergesetz 6. Aufl. § 6 Rdn. 186; Klauer/Möhring, Patentrechtskommentar 3. Aufl. § 47 Rdn. 55; Lindenmaier, Das Patentgesetz 6. Aufl. § 47 Rdn. 4; vgl. auch BGHZ 54, 76 zur Frage der Haftung nach §§ 945, 717 Abs. 2 ZPO im Falle der nachträglichen Nichtigerklärung eines Gesetzes wegen Verfassungswidrigkeit).

Die von Horn (GRUR 1974, 235) vertretene Ansicht, daß die Verwarnung ein bloßes Begehren im Sinne der Geltendmachung von Rechten sei und daher keine rechtswidrige Verletzung fremder Rechte darstelle, kann nicht geteilt werden. Es ist zwar richtig, daß die Verfolgung von Rechten außergerichtlich wie gerichtlich in der Regel keinen Schadensersatzanspruch auslöst, auch wenn sich das Begehren als unbegründet erweist. Es trifft ferner zu, daß auch die Verwarnung die Geltendmachung eines

Rechts betrifft. Dennoch kann sie grundsätzlich einen rechtswidrigen Eingriff in das als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB eingeordnete Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen, wenn durch sie der Verwarnte ohne Rechtsgrund gezwungen wird, im Hinblick auf seinen Gewerbebetrieb eine bestimmte Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen (z.B. Einstellung der Produktion, des Vertriebs usw.). Die Stärke der Rechtsposition insbesondere die eines gewerblichen Schutzrechts und die erheblichen Folgen seiner Verletzung sind die Faktoren, die den Verwarnten bewegen, sich der Verwarnung zu beugen. Stellt sich heraus, daß der Verwarner diese Rechtsposition zu Unrecht in Anspruch genommen hat, dann hat er einen anderen objektiv widerrechtlich an der Ausübung seines absoluten Rechts dadurch (psychisch) behindert, daß er diesen unter dem Zwang drohender Schadensersatzansprüche zu dem schadenbegründenden Verhalten veranlaßt hat. Bei der gebotenen objektiven Betrachtung der Rechtswidrigkeit hat das der Verwarnung zugrunde gelegte Recht nach seiner Nichtigerklärung (oder Löschung) als nicht existent oder als nicht anspruchsbegründend außer Betracht zu bleiben. Eine solche Einwirkung auf den Willen des Verwarnten ist ein Eingriff in den Gewerbebetrieb, also in ein absolutes Recht.

4. Die Rügen der Revision dringen aber hinsichtlich des Verschuldens der Klägerin durch. Insoweit hat das Berufungsgericht seiner Beurteilung einen Maßstab zugrunde gelegt, der rechtsfehlerhaft ist. Es hat der Klägerin angelastet, die mangelnde Erfindungshöhe des

Klagepatents im Umfang seiner Nichtigerklärung nicht erkannt zu haben, obwohl das auf Grund des Standes der Technik erkennbar gewesen sei.

a) Der Senat hat sich zuletzt in der Entscheidung "Maschenfester Strumpf" (aa0) mit der Frage auseinandergesetzt, welche Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Schutzrechtsinhabers zu stellen sind, der einen angeblichen Verletzer verwarnt (vgl. auch Horn aa0, 237, 238). Er hat ausgehend von den im "Kindernähmaschinen"-Urteil (aa0) erörterten Grundsätzen im zu entscheidenden Falle es als ausreichend erachtet, daß sich der Verwarner auf den Rat seiner fach- und rechtskundigen Berater (Patent- und Rechtsanwälte) verlassen hat, die nach eingehender Untersuchung die dem Verwarnungsschreiben zugrunde gelegten Gebrauchsmuster für schutzfähig gehalten haben, obwohl diese danach gelöscht worden sind. Diese Fehlbeurteilung könnte den Vorwurf der Fahrlässigkeit dann rechtfertigen, so hat der Senat ausgeführt, wenn die Schutzrechtsinhaberin begründeten Anlaß gehabt hätte, das Urteil ihrer Anwälte anzuzweifeln. An diese Gesichtspunkte, die eine Minderung des Haftungsmaßstabs gegenüber der bisherigen Rechtsprechung bedeuteten, ist im vorliegenden Falle angeknüpft.

b) Gegenüber den beiden vorgenannten Entscheidungen weist der vorliegende Sachverhalt jedoch die folgenden Besonderheiten auf:

aa) Die Verwarnung wurde nicht auf ein Gebrauchsmuster, sondern auf ein geprüftes, nach Durchführung eines Einspruchsverfahrens erteiltes Patent gegründet;

bb) die teilweise Nichtigerklärung dieses Patents erfolgte wegen mangelnder Erfindungshöhe;

cc) die Erfindungshöhe wurde auf Grund eines Standes der Technik verneint, der sachlich nicht über das im Einspruchsverfahren Erörterte hinausging.

Diese besonderen Umstände rechtfertigen es nicht, gegen die Klägerin den Vorwurf des schuldhaften Eingriffs in den Gewerbebetrieb der Beklagten zu erheben. Sie ist bei der Beurteilung der Erfindungshöhe einem Rechtsirrtum unterlegen. Es würde sie nicht entschuldigen, wenn sie diesen Irrtum auf vorwerfbare Weise dadurch herbeigeführt hätte, daß sie den Stand der Technik nicht vollständig berücksichtigt oder grob fehlerhaft bewertet hätte. Das hat das Berufungsgericht aber nicht festgestellt.

Der Stand der Technik, der zur Teilvernichtung des Klagepatents geführt hat, entsprach dem, der bereits in der Patentanmeldung angegeben war (Klagepatentschrift Sp. 1 Z. 1 - 33) und im Einspruchsverfahren zusammen mit der DAS 1 072 799 bei der Bewertung der Erfindungshöhe berücksichtigt worden ist.

Die Beklagte hat in den Tatsacheninstanzen nicht aufgezeigt, daß die belgische Patentschrift 610 742 eine Offenbarung enthält, die über die Angaben in der Klagepatentschrift hinausgeht und für die Beurteilung der Erfindungshöhe von zusätzlicher Bedeutung war. Auch dem Nichtigkeitsurteil kann in dieser Richtung nichts entnommen werden.

Der Erteilungsbeschuß des Deutschen Patentamts vom 22. April 1969 hat sich mit diesem Stand der Technik auch bei der Prüfung der Erfindungshöhe auseinandergesetzt und sie bejaht. Unter solchen Umständen kann vom Schutzrechtsinhaber nicht verlangt werden, daß er der zu seinen Gunsten ergangenen Entscheidung der Erteilungsbehörde mit Mißtrauen begegnet und die Rechte aus dem ihm durch Hoheitsakt gewährten Ausschließlichkeitsrecht nicht in dem entsprechenden Umfang wahrnimmt. Andernfalls müßte man dem Patentinhaber folgerichtig den Vorwurf machen, daß er die Schutzunfähigkeit seiner Anmeldung nicht spätestens schon im Einspruchsverfahren erkannt und die entsprechenden Konsequenzen daraus gezogen hat. Das Berufungsgericht hat nicht dargelegt, welche Umstände die Klägerin nach der Erteilung des Patents zu solch besseren Erkenntnis hätten führen können. Die Klägerin durfte vielmehr auf die Sachkunde des Patentamts und den Bestand ihres Patents vertrauen, zumal dieses nach sorgfältiger Prüfung des Standes der Technik in einer Einspruchsentscheidung erteilt worden war. Sie brauchte nicht damit zu rechnen, daß in einem Nichtigkeitsverfahren derselbe Sachverhalt anders beurteilt werden würde. Es würde eine nicht vertretbare Überspannung der Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des verwarrenden Patentinhabers bedeuten, wollte man von ihm bei einem Tatbestand, wie er hier vom Berufungsgericht festgestellt worden ist, eine bessere Urteilsfähigkeit als die der Erteilungsbehörde verlangen und ihm das Fehlen dieser Fähigkeit als Verschulden anrechnen.

Bei dieser Sach- und Rechtslage fehlt jeder Anhalt für mangelnde Sorgfalt der Klägerin. Es hätte an der Beklagten gelegen, Umstände vorzutragen, die dennoch deren Verschulden begründen könnten. Das hat sie nicht getan, so daß ihr Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB nicht schlüssig ist.

B. Anspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO

I. 1. Das Berufungsgericht hat das Schadensersatzbegehren der Beklagten für den Zeitraum vom Erlaß des Versäumnisurteils an außerdem aus § 717 Abs. 2 ZPO für begründet erachtet.

Die Rücknahme der Klage sei der Aufhebung eines Urteils im Sinne dieser Bestimmung gleichzustellen, da dadurch ein noch nicht rechtskräftiges Urteil wirkungslos werde, ohne daß es einer ausdrücklichen Aufhebung bedürfe. Zwar habe die Klägerin auf Grund des Versäumnisurteils nicht vollstreckt. Die Beklagte habe jedoch zur Abwendung der Vollstreckung es unterlassen, ihre Spritzgußmaschine entgegen dem gerichtlichen Verbot in Deutschland feilzuhalten und zu vertreiben. Sie habe dies unter dem Druck der Gefahr einer Vollstreckung getan. Unerheblich sei es, daß das Klagepatent erst im Berufungsverfahren in seinem einschlägigen Teil für nichtig erklärt worden sei. Der Mangel der Erfindungshöhe habe ihm schon von Anfang an angehaftet.

2. Die Revision hält diese Auffassung für rechtlich nicht haltbar.

Die Klagerücknahme könne einer Aufhebung oder Abänderung eines vorläufig vollstreckbaren Urteils durch Richterspruch nicht gleichgesetzt werden. Die in § 717 Abs. 2 ZPO statuierte Gefährdungshaftung sei ein deliktischer Anspruch eigener Art mit Ausnahmecharakter.

Schließlich habe die Vollstreckung nicht gedroht. Die Klägerin habe sich weder eine Vollstreckungsklausel erteilen lassen noch die Sicherheitsleistung erbracht oder auf andere Weise die Vollstreckung angedroht. Wenn die Beklagte den Vertrieb ihrer Maschinen dennoch eingestellt habe, dann fehle dem geltend gemachten Schaden die Kausalität.

II. Die Angriffe der Revision bringen das Berufungsurteil auch insoweit zu Fall.

Es kann zunächst dahinstehen, ob auch die Klagerücknahme allgemein oder bei der vorliegenden Fallgestaltung die Folgen des § 717 Abs. 2 ZPO auslöst. Der von der Beklagten geltend gemachte Schaden ist jedenfalls nicht bedingt durch eine drohende Vollstreckung aus den beiden vorläufig vollstreckbaren Urteilen des Landgerichts. Das Berufungsgericht hat sich mit dieser Frage nicht auseinandergesetzt.

Die Vollstreckung aus einem Urteil ist vom Willen des Gläubigers und von prozessualen Voraussetzungen abhängig. Ein dahingehender Wille des Gläubigers kann nur dann ernsthaft und ursächlich für die Leistung des Schuldners sein, wenn mindestens die Vollstreckung

jederzeit durchgeführt werden kann. Sie muß also prozessual durchführbar sein. Dazu gehört es unter anderem, daß dem Urteil eine Vollstreckungsklausel beigelegt ist (§ 724 ZPO). Ob die Klägerin sie beantragt und erlangt hat, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Einer Zurückverweisung bedarf es deswegen jedoch nicht, da das Unterlassungsgebot in den beiden Urteilen auch mit Vollstreckungsklausel noch nicht vollstreckbar war.

Die Zustellung eines mit der Vollstreckungsklausel versehenen Urteils ist in der Regel der Beginn der Zwangsvollstreckung. Daran hätte entgegen Grunsky (NJW 1975, 936) das Nichterbringen der im streitigen landgerichtlichen Urteil vom 28. April 1971 angeordneten Sicherstellungsleistung nichts geändert (RG JW 1938, 2368), denn diese Voraussetzung der Vollstreckung kann jederzeit und ohne Wissen des Schuldners erfüllt werden. Die von der Zustellung des mit der Vollstreckungsklausel versehenen vorläufig vollstreckbaren Urteils ausgehende Drohung bevorstehender Vollstreckung ist von der Sicherstellungsleistung unabhängig.

Das Berufungsgericht hat aber übersehen, daß keines der genannten Urteile hinsichtlich des für den Schadensersatzanspruch allein maßgebenden Unterlassungsgebots mit einer Strafandrohung nach § 890 Abs. 2 a.F. ZPO versehen war und auch danach eine solche Androhung nicht erfolgt ist. Urteile, welche den Schuldner verpflichten, eine Handlung zu unterlassen, sind der Regel nach einer unmittelbaren Vollstreckung unfähig, denn es

ist unmöglich, das Zuwiderhandeln mit dem Erfolg gewaltsam zu verhindern, daß darin eine Vollstreckung des Urteils gefunden werden könnte (vgl. RGZ 42, 420). Erst die Beifügung der Strafanordnung (n.F.: Androhung von Ordnungsgeld und/oder -haft) macht einen Unterlassungstitel im Sinne der zwangsweisen Durchsetzung vollstreckbar, denn nach § 890 Abs. 2 ZPO muß der Verurteilung zu solcher Zwangsmaßnahme eine entsprechende Androhung vorausgehen. Da diese in den genannten Urteilen nicht enthalten war, hätte sie nur auf Antrag der Klägerin und nach Anhörung der Beklagten (§ 891 ZPO) durch gesonderten Beschluß des Landgerichts Hamburg erlassen werden können. Die Klägerin hat einen solchen Antrag nicht gestellt. Somit drohte die Vollstreckung aus dem Unterlassungstitel nicht. Die Antrags- und die Anhörungspflicht schützten die Beklagte auch vor jeder überraschenden Vollstreckung. Die von der Beklagten behauptete Einstellung des Anbietens und des Vertriebs ihrer Maschine in der Bundesrepublik Deutschland steht somit in keinem ursächlichen Zusammenhang mit Vollstreckungsmaßnahmen der Klägerin.

Der Beklagten kann nicht zugute kommen, daß sie Ausländerin ist. Sie hat durch einen deutschen Rechtsanwalt Einspruch gegen das Versäumnisurteil einlegen lassen und wurde auch danach von diesem Rechtsanwalt vertreten. Sie hätte auf Grund der aufgezeigten Gesetzeslage und dem Verhalten der Klägerin erkennen müssen, daß diese nicht ernsthaft beabsichtige zu vollstrecken (vgl. RG JW aaO).

C. Das angefochtene Urteil mußte daher aufgehoben und die Widerklage abgewiesen werden.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1, 271 Abs. 3 ZPO.

Trüstedt

Ballhaus

Ochmann

Windisch

Hesse