

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

GG Art. 85; BGB § 812; PatG § 47

Straßendecke

- a) Für eine schuldhafte Patentverletzung, die von Organen oder Bediensteten eines Landes bei der Durchführung von Aufgaben der Bundesauftragsverwaltung begangen worden ist, haftet das Land.
- b) Für die durch eine unrechtmäßige Patentbenutzung beim Bau von Bundesfernstraßen erlangte Bereicherung haftet nicht das im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung tätig gewordene Land, sondern die Bundesrepublik Deutschland.

BGH, Urt. v. 21. September 1978 - X ZR 56/77 - OLG Braunschweig
LG Braunschweig

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 56/77

URTEIL

Verkündet am

21. September 1978
Kriegl,
Justizamtsinspektor
**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

des Landes Niedersachsen, vertreten durch das Niedersäch-
sische Landesverwaltungsamt, S[REDACTED]straße 2, H[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Walter S[REDACTED], G[REDACTED] [REDACTED], R[REDACTED]

Kläger und Revisionsbeklagten,

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

- 2 -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 1978 durch den Vorsitzenden Richter Ballhaus und die Richter Ochmann, Dr. Hesse, Brodeßer und von Albert

für Recht erkannt:

Auf die Revision des beklagten Landes wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 29. September 1977 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

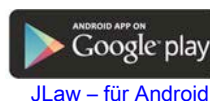
Tatbestand

Der Kläger war Inhaber des am 18. Februar 1957 angemeldeten Patents 1.170.438, das einen einschichtigen Unterbau für Straßendecken oder dergleichen und ein Verfahren für dessen Herstellung betraf. Anspruch 1 lautete:

"Einschichtiger Unterbau für Straßendecken od. dgl., der aus auf einer vorbereiteten Unterlage



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



angeordnetem, bis zur Kornberührung verdichtetem gemischtkörnigem Schotter und einem Füllmaterial geringerer Korngröße besteht, dadurch gekennzeichnet, daß das Füllmaterial nur aus Splitt mit einer Korngröße von 2 mm und größer besteht."

Die Ansprüche 2 bis 5 betrafen nähere Ausgestaltungen dieses Unterbaus. Anspruch 6 bezog sich auf das Verfahren und hatte folgenden Wortlaut:

"Verfahren zur Herstellung eines Unterbaues nach einem der Ansprüche 1 bis 5, dadurch gekennzeichnet, daß die Schotterschicht nach dem Einbringen zunächst mit einer statischen Walze überwalzt wird, bis im oberen Teil der Schotterschicht die Schottersteine eine stabile Lage durch gegenseitiges Abstützen einnehmen, und erst danach ein Überwalzen mit einer Rüttelwalze erfolgt, bis Kornberührung in der gesamten Tiefe der Schotterschicht vorliegt und sich ein fest gespanntes Gerüst gebildet hat."

Der Kläger nimmt das beklagte Land wegen unerlaubter Benutzung dieses Patents auf Zahlung von Schadenersatz und Rechnungslegung in Anspruch. Er gründet diese Ansprüche auf folgenden Sachverhalt:

In den Jahren 1968/69 ließ die Straßenbauverwaltung des beklagten Landes im Auftrag des Bundes Arbeiten an der Bundesstraße 65 durchführen. In dem der Ausschreibung zugrundeliegenden Leistungsverzeichnis hieß es in Position 65:

"29.500 qm Tragschicht aus Rüttelschotter in 25 cm Dicke in verdichtetem Zustand nach den

- 4 -

Rubit 60 aus vom AG geliefertem Schotter 35/80 mm etwa 430 kg/qm, Gesteinsart Oolith und Füllkorn 2/12 mm aus gebrochenem Gestein (etwa 140 kg/qm, Gesteinsart Oolith) auf die nach Position 40 hergestellte Frostschutzschicht Rubit 60 einbauen und verdichten. Vor dem Einbau des Schotters sind auf das Frostschutzplanum 50 kg des Splittes als Dämmschicht einzubringen."

Unter dem 10. Oktober 1968 bestellte das Straßenbauamt Hannover, eine Behörde des beklagten Landes, bei der Firma Piening 15.500 t Rüttelschotter 35/80 mm sowie 4.100 t Rüttelsplitt 2/12 mm für die Herstellung des Unterbaus der Straßendecke. Der Zuschlag für die Durchführung der Arbeiten fiel an die Firma S [REDACTED] Bau-AG.

Nach dem Vortrag des Klägers ist auch beim Bau weiterer (Bundes- und Landes-)Straßen unter der Verantwortung des beklagten Landes von seinem Patent Gebrauch gemacht worden.

Der Kläger hat beantragt,

1. das beklagte Land zu verurteilen, ihm für die Zeit vom 21. Mai 1964 bis zum 18. Februar 1975 unter Angabe des jeweiligen Straßenbauvorhabens, des Zeitraums seiner Durchführung, der ausführenden Straßenbauunternehmen und der bei der Bauausführung verwendeten Feinkornmaterialien sowie ihrer Herkunft darüber Rechnung zu legen, in welchem Umfang es einschichtige Unterbauten der für den Kläger gemäß Patent 1.170.438 geschützten Art nach dem ebenfalls durch dieses Patent für den Kläger geschützten Verfahren habe herstellen lassen,

soweit nicht Rüttelgut-Bezüge in der Zeit bis zum 31. März 1968 entweder durch die S [REDACTED] Steinbrüche, S [REDACTED], oder die Firma P [REDACTED], S [REDACTED], geliefert worden seien;

2. festzustellen, daß das beklagte Land verpflichtet sei, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der ihm durch Verletzung seines Schutzrechts bei Durchführung der Straßenbauvorhaben entstanden sei, über die nach Nr. 1 Rechnung zu legen sei.

Die Einschränkung am Ende des Antrages zu 1 erklärt sich daraus, daß der Kläger bis Ende 1967 an der erstgenannten Firma beteiligt war und der Firma P [REDACTED] eine am 31. März 1968 auslaufende Lizenz erteilt hatte.

Das beklagte Land hat

Klagabweisung

beantragt und - neben einem privaten Vorbenutzungsrecht - unter anderem geltend gemacht, allenfalls die bauausführenden Unternehmen hätten eine Patentverletzung begangen; Verschulden sei ihm nicht vorzuwerfen, da es von dem Auslauf der Lizenzvereinbarung des Klägers mit P [REDACTED] keine Kenntnis gehabt habe; Ersatzansprüche seien überdies verjährt.

Das Landgericht hat durch Teilurteil festgestellt, daß dem Kläger ein Entschädigungsanspruch nach den Rechtsgrundsätzen über den enteignungsgleichen Eingriff zustehe, und ihm ferner einen Rechnungslegungsanspruch zuerkannt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des beklagten Landes zurückgewiesen, dabei aber in dem Ausspruch zur Feststellung der Ersatzpflicht an die Stelle des Wortes "Entschädigung"

- 6 -

das Wort "Ersatz" gesetzt, mit der Begründung, der Kläger könne von dem beklagten Land Herausgabe der durch die unrechtmäßige Patentbenutzung erlangten Bereicherung fordern.

Mit der Revision verfolgt das beklagte Land seinen Klagabweisungsantrag weiter. Der Kläger möchte die Revision zurückgewiesen haben.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das angefochtene Urteil kann schon deshalb keinen Bestand haben, weil es über den bei dem Berufungsgericht angefallenen Teil des Streitgegenstandes hinausgegriffen und auch über denjenigen Teil des Streitgegenstandes entschieden hat, der noch bei dem Landgericht anhängig ist.

1. Das Landgericht hat festgestellt, daß dem Kläger eine Entschädigung wegen eines enteignungsgleichen Eingriffs in Gestalt der rechtswidrigen Benutzung des Klagepatents zusteht. Zum Umfang dieses Anspruchs hat es ausgeführt, damit werde dem Kläger nicht der volle Ersatz des durch die Patentbenutzung entstandenen Schadens zuerkannt, sondern lediglich eine angemessene Entschädigung, die in der Regel geringer sein werde als der wirkliche Schaden, den der Betroffene erlitten habe. Aus diesem Grunde könne der Klage vorerst nur teilweise stattgegeben werden; eine Beweisaufnahme

werde klären müssen, ob dem Kläger über den Entschädigungsanspruch hinaus wegen eines Teils der behaupteten Verletzungshandlungen voller Schadenersatz zuerkannt werden könne. Wie der Urteilsausspruch des Landgerichts zeigt, hat das Landgericht die Feststellung der Entschädigungspflicht des beklagten Landes nicht auf denjenigen Verletzungsfall - Herstellung eines Teilabschnitts der Bundesstraße 65 - beschränkt, für den es ein Verschulden der Bediensteten des beklagten Landes verneint hat, sondern auf alle von dem Klageantrag umfaßten Verletzungsfälle erstreckt; der noch bei dem Landgericht verbliebene Teil des Rechtsstreits umfaßt demnach nicht etwa Benutzungsfälle, die durch das Teilurteil nicht ergriffen werden, sondern lediglich hinsichtlich eines Teils der Verletzungsfälle den Unterschiedsbetrag, der nach der in diesem Punkt zutreffenden Auffassung des Landgerichts zwischen dem Entschädigungsanspruch und dem geltend gemachten Schadenersatzanspruch besteht.

2. In diesen noch bei dem Landgericht anhängigen Teil des Schadenersatzanspruchs hat das Berufungsgericht durch sein Urteil eingegriffen, indem es im Urteilsausspruch an die Stelle des Worte "Entschädigung" das Wort "Ersatz" gesetzt hat. Zwar ist dem Kläger, wie die von dem Berufungsgericht gegebene Begründung erkennen läßt, auch durch diesen veränderten Urteilstenor nicht der von ihm begehrte volle, uneingeschränkte Schadenersatz zuerkannt worden; denn das Berufungsgericht hat dem Kläger nur Ersatz für die erlittene Vermögenseinbuße nach Bereicherungsgrundsätzen zusprechen wollen, so daß der Ersatz des vollen Schadens begrenzt ist durch die dem beklagten Land zugeflossene und noch vorhandene Bereicherung. Aber die sich aus den §§ 812 ff BGB ergebenden möglichen Einschränkungen der Ersatzpflicht des beklagten Landes im Verhältnis zum vollen Schadenersatz gehen in eine andere Richtung und betreffen, sofern sie

überhaupt zum Tragen kommen, andere Teile des Anspruchs als die Einschränkung, die sich aus dem Teilurteil des Landgerichts ergibt. Das Berufungsgericht hat dem Kläger daher mehr zugesprochen, als ihm das Landgericht zuerkannt hatte, nämlich jedenfalls einen Teil des Anspruchs, über den die Entscheidung des Landgerichts noch aussteht. Eine solche Verfahrensweise widerspricht der Vorschrift des § 537 ZPO, nach der Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung durch das Berufungsgericht nur die im ersten Rechtszuge beschiedenen Ansprüche sind. Einer der Ausnahmefälle, in denen die Rechtsprechung eine Entscheidung des gegen ein Teilurteil angerufenen Berufungsgerichts auch über den im ersten Rechtszuge verbliebenen Teil des Streitgegenstandes für zulässig erachtet hat (vgl. hierzu Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 35. Aufl. 1977, § 537 ZPO Anm. 1 B m.w.N.), liegt nicht vor.

Das Berufungsgericht hätte daher, nachdem es zu der Auffassung gelangt war, daß der Sachverhalt eine Verurteilung des beklagten Landes, vorbehaltlich der noch vom Landgericht zu ziehenden Folgerungen hinsichtlich der Verschuldensfrage, nur aus dem zivilrechtlichen Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zuließ, dagegen nicht aus dem öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkt des enteignungs-gleichen Eingriffs, allenfalls den zuerkannten Entschädigungsanspruch dadurch weiter einschränken dürfen, daß es ihn auf die Bereicherung beschränkte, die dem beklagten Land zugeflossen ist; es hätte ihn dagegen nicht in anderer Richtung durch die Zuerkennung eines Ersatzanspruchs anstelle eines Entschädigungsanspruchs zugunsten des Klägers erweitern dürfen.

II. Der Senat sieht sich nicht in der Lage, die nach dem oben Gesagten erforderliche Änderung unter Aufrechterhaltung des angefochtenen Urteils im übrigen selbst vorzunehmen; ebenso wenig ist bereits jetzt eine abändernde Entscheidung in anderem Sinne möglich. Denn nach den bisher von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ist der Rechtsstreit weder in dem einen noch in dem anderen Sinne zur Entscheidung reif, so daß eine Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Vorinstanz erforderlich ist.

1. Dabei erachtet der Senat mögliche Bedenken gegen die Fassung des Urteilsausspruchs allerdings nicht für durchgreifend. Als Gegenstand der Verurteilung sind "einschichtige Unterbauten der für den Kläger gemäß Bundespatent DAS-Nr. 1.170.438 geschützten Art nach dem ebenfalls durch dieses Bundespatent für den Kläger geschützten Verfahren" genannt. Diese Urteilsformulierung steht freilich im Widerspruch zu dem allgemein für Verurteilungen zur Rechnungslegung und im besonderen in Patentverletzungssachen geltenden Grundsatz, daß diejenige Ausführungsform, deretwegen die Rechnung gelegt werden soll, mit ihren konkreten Merkmalen zu bezeichnen ist und daß die - wörtliche oder gar, wie hier, nur bezugnehmende - Wiedergabe der Patentansprüche nicht genügt. Ein Vergleich des Urteilsausspruchs mit den Klageanträgen und der zu diesen gegebenen Begründung läßt jedoch erkennen, daß der Urteilsausspruch im vorliegenden Falle den Erfordernissen ausnahmsweise genügt: Denn der Kläger hat die behaupteten Verletzungshandlungen in der Klageschrift als einen "einschichtigen Unterbau" beschrieben, "wie er in den Patentansprüchen Nr. 1 - 5 gekennzeichnet ist", welcher "nach dem in Ziffer 6 der Patentansprüche gekennzeichneten Verfahren hergestellt" worden

- 10 -

sei. Dieser nicht näher erläuterte Vortrag ist so zu verstehen, daß der Kläger damit die unmittelbar gegenständliche Benutzung der Lehren aller sechs Patentansprüche behaupten will, so daß der Wortlaut der Ansprüche zugleich die angegriffene Ausführungsform kennzeichnet. Aus diesem Grunde liegt in der Verurteilung zur Rechnungslegung über Straßenunterbauten "nach Patent 1.170.438" ausnahmsweise kein Verstoß gegen das Erfordernis eines an der konkreten Verletzungsform orientierten Urteilsausspruchs, der als solcher - weil die Urteilsformel mit dem Klageantrag übereinstimmt - bereits zur Klagabweisung führen müßte, wenn es auch angebracht ist, im Falle einer erneuten Verurteilung alle Merkmale der angeblichen Verletzungshandlung in den Urteilsausspruch aufzunehmen.

2. a) Zu der Frage der rechtswidrigen Benutzung des Klagepatents durch das beklagte Land hat das Berufungsgericht ausgeführt:

Der von dem Straßenbauamt Hannover in Position 65 der Leistungsausschreibung vom 30. Juli 1968 vorgeschriebene Bau eines einschichtigen Straßenunterbaus habe nur unter Verletzung des Klagepatents hergestellt werden können. Die Lösungsmittel entsprächen dem Hauptanspruch des Patents. Das Straßenbauamt habe sodann Material gekauft, welches "im Rahmen des vom Patent geschützten Bereiches" gelegen habe, wie das beklagte Land selbst eingeräumt habe. Daß dieses Material nicht zur Herstellung des Unterbaus des Teilabschnitts der B 65 verwandt worden sei, habe das beklagte Land nicht behauptet.

b) Diese Feststellungen werden zwar von der Revision nicht angegriffen. Sie tragen jedoch, was das Revisionsgericht auch ohne Rüge zu beachten hat, die Verurteilung nicht. Dem Berufungsgericht ist zwar darin zuzustimmen, daß bereits die Benutzung der Merkmale des Patentanspruchs 1 zur Feststellung einer Patentverletzung ausreicht. Das Berufungsgericht hat jedoch übersehen, daß im vorliegenden Falle nicht bereits die Benutzung der Lehre des Patentanspruchs 1 der Klage nach den bisher gestellten Anträgen zum Erfolg verhelfen kann. Der Kläger hat vielmehr Rechnungslegung und Schadenersatz nur wegen Verletzungshandlungen begehrt, durch die alle sechs Patentansprüche gleichzeitig benutzt worden sind. Hinsichtlich der Benutzung der Vorrichtungsansprüche 2 bis 5 sowie des Verfahrensanspruchs 6 fehlt aber in dem angefochtenen Urteil jegliche Feststellung. Ob entsprechende Feststellungen nach dem Sachvortrag des Klägers unter Berücksichtigung des Gegenvorbringens des beklagten Landes in tatsächlicher Hinsicht hätten getroffen werden können, ist eine Frage, die der tatrichterlichen Würdigung vorbehalten ist, zu der das Revisionsgericht aber nicht abschließend Stellung zu nehmen befugt ist.

Eine Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht wäre danach nur zu vermeiden, wenn die Klage aus anderen Gründen bereits zur Abweisung reif wäre. Das ist jedoch, entgegen der Auffassung der Revision, nicht der Fall:

3. Zu Recht hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß das beklagte Land widerrechtlich in das Klagepatent - jedenfalls nach dessen Anspruch 1 - eingegriffen habe. Dabei kann offen bleiben, ob es richtig ist, die mit der Durch-

führung der Straßenbauarbeiten beauftragte Baufirma lediglich als ein "Werkzeug" des beklagten Landes anzusehen. Denn das beklagte Land hat dem Bauunternehmer nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Herstellung eines Unterbaus bindend vorgeschrieben, der die Merkmale des Patentanspruchs 1 aufwies, und dadurch sowie durch die Beschaffung und Zurverfügungstellung von Material, welches zur Herstellung des patentverletzenden Unterbaus bestimmungsgemäß verwendet worden ist, jedenfalls tätigen Anteil an der Patentbenutzung nach der Art eines Mittäters (vgl. Reimer/Nastelski, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz 3. Aufl. 1968 § 47 PatG Rdn. 71 S. 1692) genommen. Der Annahme einer Täterschaft des beklagten Landes steht auch nicht entgegen, daß es bei der Ausschreibung, der Auftragserteilung und der Materialbeschaffung nicht im eigenen Namen gehandelt, sondern die Bundesrepublik Deutschland in deren Eigenschaft als Trägerin der Baulast für die Bundesstraßen (§ 5 Abs. 1 des Bundesfernstraßengesetzes - FStrG) vertreten hat. Wie in der Rechtsprechung anerkannt ist, haften vertretungsberechtigte Personen, die für eine patentverletzende Handlung die Verantwortung tragen, welche sie namens des Vertretenen ausgeführt haben, auch persönlich (RG GRUR 1937, 670, 672 - Rauchfangeinrichtung; BGH GRUR 1957, 342, 347 - Underberg, Wettbewerbssache; Urteil des erkennenden Senats vom 22. Januar 1963 - I a ZR 56/63 - Abstandhalter). So sind die gesetzlichen Vertreter juristischer Personen des Handelsrechts, soweit sie persönlich an patentverletzenden Handlungen der von ihnen vertretenen Gesellschaft beteiligt waren, auch persönlich den Ansprüchen des verletzenden Patentinhabers ausgesetzt (vgl. Klauer/Möhring, Patentrechtskommentar 3. Aufl. 1971 § 47 PatG Rdn. 10 S. 1366). Nichts anderes kann gelten, wenn ein Bundesland im Rahmen

der Auftragsverwaltung (Art. 85 GG) die Bundesrepublik vertritt. Zwar bestehen zwischen der gesetzlichen Vertretung einer Kapitalgesellschaft und der Vertretung der Bundesrepublik durch die Bundesländer im Rahmen der Auftragsverwaltung erhebliche rechtliche Unterschiede (vgl. hierzu BGHZ 16, 95, 99). Diese sind jedoch für die hier zur Beurteilung stehende Frage bedeutungslos: Eben weil der "Auftrag" im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Auftragsverwaltung mehr bedeutet als lediglich die Einräumung einer Vertretungsbefugnis, nämlich die Übertragung der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Zuständigkeit und Verantwortung, trifft die Verantwortlichkeit für eine bei der Ausführung von Angelegenheiten der Auftragsverwaltung vorgenommene unrechtmäßige Patentbenutzung in erster Linie diejenige Körperschaft, die durch ihr Handeln den Eingriff begangen hat; ob daneben auch eine Haftung der Bundesrepublik aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der Patentverletzung in Betracht kommen könnte, kann hier unerörtert bleiben.

4. Die Auffassung des angefochtenen Urteils, daß sich die Haftung für Patenteingriffe, die im Zusammenhang mit dem Bau öffentlicher Straßen begangen worden sind, in Fällen wie dem vorliegenden nach den Normen des bürgerlichen Rechts, nicht dagegen nach denen des öffentlichen Rechts richtet, wird von der Revision nicht in Zweifel gezogen. Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die Herstellung der Verkehrswege ein Teil der öffentlichen Verwaltung ist und eine hoheitliche Tätigkeit darstellt (vgl. BGH NJW 1970, 1877; BVerwG NJW 1972, 269). Da es sich jedoch um einen Bestandteil der sogenannten schlichten Hoheitsverwaltung handelt (BGH DVBl 1972, 115), kann sich die

öffentliche Hand zur Erfüllung ihrer Aufgaben auch privater Mittel bedienen und die Durchführung ihrer öffentlichen Aufgaben in die Ebene des Privatrechts verlegen (BGHZ 48, 98, 103). Ob dies der Fall ist, hängt weitgehend von den Umständen des Einzelfalles ab. Das Berufungsgericht hat es als entscheidend angesehen, daß sich Ausschreibung, Auftragserteilung sowie Materialbeschaffung ausschließlich im Rahmen privatwirtschaftlicher Tätigkeit abgespielt haben. Es hat demgegenüber - und zwar schon mangels näherer Darlegungen des Klägers - der Tatsache, daß die Bauüberwachung dem Straßenbauamt Hannover oblag, keine entscheidende Bedeutung beigemessen. Diese Würdigung der Umstände läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

5. Die Revision beanstandet weiter zu Unrecht, daß das Berufungsgericht das Bestehen eines Vorbenutzungsrechts (§ 7 PatG) des beklagten Landes nicht bejaht hat. Das Vorbringen des beklagten Landes in dem Schriftsatz vom 24. August 1977, auf das die Revision Bezug nimmt, gestattete, wie das Berufungsgericht im Ergebnis rechtsirrtumsfrei ausgeführt hat, nicht den Schluß, das beklagte Land habe die Erfindung in Gebrauch genommen oder Veranstaltungen hierzu getroffen. Weder aus diesem Schriftsatz noch aus dem weiteren Vorbringen des beklagten Landes ist die - von der Revision erstmals aufgestellte und daher unbeachtliche - Behauptung zu ersehen, daß es eine Behörde des beklagten Landes gewesen sei, die um die Erlaubnis zum Bau einer Versuchsstrecke nach der später patentierten Lehre nachgesucht habe. Denn als Gesprächspartner des Prokuristen des Klägers werden Bedienstete der Niedersächsischen Straßenbauverwaltung genannt. Weiter heißt es, daß eben diese Behörde

um die Erlaubnis zum Versuchsstreckenbau gebeten worden sei. Dieses Vorbringen läßt nur die Deutung zu, daß der Beauftragte des Klägers um die Genehmigung gebeten hat, und schließt die von der Revision gegebene Auslegung, das Straßenbauamt Hameln habe seine vorgesetzte Behörde um die Erlaubnis ersucht, aus. Dem Vorbringen des beklagten Landes kann daher allenfalls entnommen werden, daß es den Bau einer Versuchsstrecke gestattet hat, ohne allerdings an deren Herstellung aktiv beteiligt gewesen zu sein, und daß es zu den Kosten hierfür beigetragen hat. Dies reicht nicht aus, um eine Inbenutzungsnahme der Erfindung oder Veranstaltungen hierzu durch das beklagte Land darzutun. Ob möglicherweise die mit der Herstellung der Versuchsstrecke betraut gewesene Firma N [REDACTED] ein Vorbenutzungsrecht erworben haben könnte, kann auf sich beruhen, da das private Vorbenutzungsrecht des § 7 PatG betriebsgebunden ist und dem beklagten Land keinerlei Rechte auf eine Benutzung der Erfindung verschaffen konnte.

6. Nicht zu beanstanden ist ferner, daß das Berufungsgericht auf die von ihm als erwiesen angesehene schuldlosrechtswidrige Patentbenutzung im Anschluß an die Rechtsprechung des Senats (BGHZ 68, 90, 99 - Kunststoffhohlprofil) Bereicherungsrecht angewandt hat. Es hat auch zutreffend erkannt, daß mit der Bejahung der Täterschaft des beklagten Landes bei der unerlaubten Patentbenutzung die Frage nach dem Empfänger der Bereicherung und dem Schuldner des Bereicherungsanspruchs noch nicht beantwortet ist. Seine Ausführungen hierzu, die in die Feststellung münden, daß sich das beklagte Land durch seine Tätigkeit im Rahmen der Auftragsverwaltung einer in eigener Zuständigkeit begründeten Pflicht entledigt und daß es folglich auch den Nutzen von

der unerlaubten Patentbenutzung gehabt habe, sind jedoch nicht frei von Rechtsirrtum. Nach § 5 Abs. 1 FStrG trägt - von Ausnahmen abgesehen, die hier nicht vorliegen - der Bund die Straßenbaulast für die Bundesfernstraßen. Diese umfaßt unter anderem alle mit dem Straßenbau verbundenen Ausgaben (§ 3 Abs. 1 Satz 2 FStrG). Daraus ergibt sich, daß der Bund die Baukosten zu tragen hat. Aus diesem Umstand allein ließe sich freilich noch nicht schließen, daß das Land im Falle einer beim Bau von Bundesstraßen in Auftragsverwaltung geschehene unerlaubte Patentbenutzung nicht bereichert ist. Denn wenn das Land die Bauverträge im eigenen Namen und auf eigene Rechnung abschließen und ihm lediglich ein Anspruch gegen den Bund auf Erstattung aufgewendeter Straßenbaukosten zustehen würde, würde es an einer Bereicherung des Landes nicht fehlen. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Länder tragen nicht - auch nicht vorschußweise - die Kosten, deren Aufbringung dem Bund obliegt. Vielmehr werden, soweit der Bund die Straßenbaulast trägt, Aufträge auf Bauleistungen zu Lasten des Bundeshaushalts erteilt (vgl. § 10 Abs. 2 der Zweiten Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Auftragsverwaltung der Bundesfernstraßen - 2. AVVFStr -), und die Länder vertreten den Bund bei dem Abschluß von Bauverträgen, der dem Bereich der vermögensrechtlichen Angelegenheiten zuzurechnen ist, unter der Bezeichnung "Bundesrepublik Deutschland - Bundestraßenverwaltung" (§ 7 Abs. der 1. AVVFStr). Nach diesen Vorschriften ist das beklagte Land bei der Erteilung des Auftrags für den Bau des in Rede stehenden Teilabschnitts der B 65 offensichtlich verfahren. Denn die bei den Akten befindlichen Ausschreibungsunterlagen enthalten in der Spalte "Auftraggeber" die Angabe "Bundesrepublik Deutschland - Bundestraßenverwaltung, vertreten durch das Straßenbauamt H [REDACTED]". Daß bei der Auftragserteilung anders verfahren worden wäre, ist nicht vorgetragen. Ist aber die unter

rechtswidriger Benutzung des Klagepatents erbrachte Leistung aufgrund vertraglicher Vereinbarung unmittelbar dem hierfür auch unmittelbar zahlungspflichtigen Bund zugute gekommen, dann scheidet eine Bereicherung des Landes aus. Da nicht angenommen werden kann, daß das beklagte Land beim Bau anderer Straßen, für die die Baulast beim Bund lag, ein anderes Verfahren eingeschlagen hat, hätte das beklagte Land nicht schlechthin zur Rechnungslegung und zur Leistung von Ersatz nach Bereicherungsgrundsätzen verurteilt werden dürfen, jedenfalls nicht, soweit es im Rahmen der Auftragsverwaltung Aufträge zum Bau von Bundesfernstraßen erteilte. Vielmehr sind diese von der Verurteilung, soweit sie auf die Bereicherungsvorschriften gestützt ist, auszunehmen.

Das bedeutet andererseits aber nicht, daß bereits jetzt eine teilweise Klagabweisung erfolgen könnte, da sich im weiteren Verlauf des Rechtsstreits über den noch beim Landgericht anhängigen Teil ergeben kann, daß das beklagte Land auch beim Bau von Bundesfernstraßen an schuldhaft begangenen Patentverletzungen beteiligt war und deshalb ohne Rücksicht darauf, ob es einen Vermögensvorteil erzielt hat, zum Schadenersatz verpflichtet sein kann.

Der Umstand, daß das beklagte Land für die Patentbenutzung beim Bau der B 65, dem einzigen bisher vom Berufungsgericht als erwiesen angesehenen Benutzungsfall, nicht auf Bereicherungsersatz haftet, bringt aber auch den Klageanspruch, soweit er auf Bereicherungsvorschriften gestützt ist, nicht gänzlich zu Fall. Denn ein Bereicherungsanspruch kann noch in Betracht kommen wegen der Benutzung des Klagepatents beim Bau von Landesstraßen, und ob eine solche Benutzung stattgefunden hat, ist bisher nicht aufgeklärt worden; auf diese Frage bezieht sich vielmehr die von dem Landgericht angeordnete Beweiserhebung.

- 18 -

Da mithin nach dem bisherigen Sach- und Streitstand eine Klagabweisung nicht in Betracht kommt, hat das Berufungsgericht die Sache unter Beachtung der vorstehenden Ausführungen erneut zu verhandeln und zu entscheiden.

Da der Ausgang des Rechtsstreits noch ungewiß ist, ist dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten der Revision vorzubehalten.

Ballhaus

Ochmann

Hesse

Brodeßer

von Albert