

64. 1. Kann im Patentverletzungsstreit noch in der Revisionsinstanz berücksichtigt werden, daß das Patent bereits vor der letzten Verhandlung vor dem Berufungsgericht ohne dessen Kenntnis erloschen war?

2. Zur Anfechtung der Kostenentscheidung.

3. Muß der Kläger sogleich nach Erledigung der Hauptsache seinen Antrag ändern, um seiner Beurteilung in die Kosten des Rechtsstreits zu entgehen?

PatG. § 8 Abs. 3, § 9. ZPO. §§ 91, 93, 99, 561.

I. Zivilsenat. Urteile v. 12. Oktober 1935 i. S. A. & Sch. GmbH. (Bekl.) w. B. & Co. GmbH. (Kl.). I 292 und 333/34.

I. Landgericht Aachen.

II. Oberlandesgericht Köln.

Der Klägerin stand das mit Wirkung vom 20. März 1921 ab erteilte Patent 385 807 auf eine Wärmeisolierung für lange, durch Aneinandererschweißen flanschenloser Rohre hergestellte Rohrleitungen zu. Anspruch 1 gibt als Kennzeichen an, daß die starre Isolierhülle an verschiedenen Stellen unterbrochen ist und die entstehenden Spielräume durch elastische Isolierkörper ausgefüllt sind. Die Beklagte hat in ihrem Gewerbebetrieb isolierte Rohre hergestellt und vertrieben, bei denen sie den eine elastische Masse umgebenden Hartmantel mit Einkerbungen versehen hat. Die Klägerin erblickte hierin eine Verletzung ihres Patents und erhob Klage auf Unterlassung, der das Landgericht entsprach. Die Berufung der Beklagten wies das Oberlandesgericht durch Teilurteil insoweit zurück, als die Beklagte verurteilt war, zu unterlassen, bei Isolierarbeiten an der Wärmeisolierung gebogener Rohre die starre Isolierhülle an Stellen, wo

sich keine Klanschen befinden, zur Bildung von Wärmespielräumen zu unterbrechen.

In dem wegen der Frage einer Patentverletzung auch an geraden Röhren und wegen der Kostenentscheidung fortgesetzten Verfahren stellte es sich heraus, daß das Klagepatent bereits vor der letzten Verhandlung durch Nichtzahlung der fällig gewordenen 14. Jahresgebühr erloschen war. Da die Parteien übereinstimmend den Rechtsstreit in der Hauptsache durch Erlöschen des Patents für erledigt erklärten, entschied das Oberlandesgericht im Schlußurteil nur noch über die Kosten: es wies die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts auch im übrigen mit der Maßgabe zurück, daß die Beklagte nach Erledigung der Hauptsache die Kosten beider Rechtszüge zu tragen habe.

Die Revisionen der Beklagten führten zur Aufhebung beider Berufungsurteile; der Unterlassungsanspruch wurde auch wegen der gebogenen Röhre für erledigt erklärt, und die gesamten Kosten des Rechtsstreits wurden der Klägerin auferlegt.

Gründe:

1. Zur Revision gegen das Teilurteil:

An der Zulässigkeit der Revision kann kein Zweifel bestehen. Beide Parteien sind zwar, wie die Klägerin an sich zutreffend geltend macht, darüber einig, daß die Hauptsache jetzt erledigt ist und schon zur Zeit des Berufungsurteils erledigt war. Entscheidend ist aber, daß die Beklagte formell verurteilt ist, das um so mehr, als die materielle Rechtslage damit nicht übereinstimmt. Die Beklagte ist deswegen durch das sie zur Unterlassung verpflichtende Berufungsurteil beschwert, mit dem die Klägerin gegen sie einen vollstreckbaren Titel in Händen hat.

Die Revision ist auch begründet. Einigkeit der Parteien besteht nicht nur über die Erledigung der Hauptsache vor Verkündung des Berufungsurteils, sondern auch darüber, daß sich bereits vor der ihr vorausgehenden letzten mündlichen Verhandlung der Streit durch Erlöschen des Klagepatents erledigt hatte. Dieses Erlöschen dürfte allerdings gemäß § 561 B.P.O. in der Revisionsinstanz nicht mehr vorgebracht und berücksichtigt werden, wenn es als eine — aus dem Tatbestand des Berufungsurteils oder dem Sitzungsprotokoll nicht ersichtliche — neue Tatsache zu bewerten wäre.

Nun ist es aber bereits feststehende Rechtsprechung des Senats, daß die durch Nichtigkeitsurteil erfolgende Vernichtung eines Patents

in der Revisionsinstanz des Verletzungsstreits selbst dann noch beachtet werden kann und muß, wenn sie erst nach Abschluß des Berufungsrechtszuges ausgesprochen worden ist. Dazu ist in der grundlegenden, in RGZ. Bd. 63 S. 140 veröffentlichten Entscheidung (S. 142) u. a. die Begründung gegeben worden: „Das Patent hat die Natur eines Spezialgesetzes, welches subjektive Rechte mit Wirkung gegen alle schafft wie eine objektive Rechtsnorm.“ Das Schrifttum hat sich zwar überwiegend auf einen hiervon abweichenden Standpunkt gestellt (vgl. darüber Krause Anm. 1c zu § 1 PatG.). Gleichwohl ist jedenfalls am Ergebnis festzuhalten. Es braucht dabei die in der mitgeteilten Entscheidung ferner vertretene Auffassung des Patents als eines staatlichen Privilegs nicht gebilligt, nicht einmal das Patent einem Sondergesetz geradezu gleichgesetzt zu werden. Der Umstand aber, daß das Patent von einer Behörde, dem Reichspatentamt, als ein Recht von ausschließender Art (vgl. Biegler Anm. 2 zu § 1 PatG.) erteilt wird, ermöglicht und rechtfertigt es nach wie vor, Patent und Gesetz entsprechend zu beurteilen. Demgemäß ist es denn auch schon einer noch in der Revisionsinstanz zu berücksichtigenden Gesetzesänderung gleich behandelt worden, wenn die nach § 23 PatG. von ihrer Bekanntmachung an unter einstweiligen Schutz gestellte Patentanmeldung endgültig versagt oder geändert wurde (vgl. RGZ. Bd. 65 S. 303 und die in WMW. 1935 S. 741 veröffentlichte Entscheidung des erkennenden Senats vom 30. Januar 1935 I 92/34). Es stand dann, ebenso wie im Falle der völligen Patentvernichtung, fest, daß der mit der Klage in Anspruch genommene und vom Berufungsgericht seiner Verurteilung zugrunde gelegte Patentschutz in Wahrheit nicht oder nicht in dem Umfang bestanden hatte.

Gleiches ergibt sich aber auch im vorliegenden Fall, in dem die Parteien darüber einig sind, daß das Reichspatentamt gemäß § 8 Abs. 3 Satz 3 PatG. auf das bei Nichtzahlung der Jahresgebühr binnen Monatsfrist eintretende Erlöschen des Patents hingewiesen hatte und daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist das Patent bereits erloschen war, noch ehe die letzte mündliche Verhandlung vor Erlaß des angefochtenen Urteils stattfand. Zu diesem Erlöschen bedurfte es keines behördlichen Auspruchs mehr. Daß das Patent erlischt, wenn seine Höchstdauer von achtzehn Jahren abgelaufen ist (§ 7 PatG.) oder wenn die Jahresgebühr nicht rechtzeitig bezahlt wird (§§ 8, 9 PatG.), liegt im Rahmen der Patenterteilung und geht auf diese

selbst zurück. Auch der Patentschutz, auf den sich die gegenwärtige Klage gründete, bestand also, weil die Erteilung des Rechts durch das Reichspatentamt nicht weiter reichte, schon am Schluß der Berufungsinstanz nicht mehr. Das ist jetzt aufgedeckt worden. Über den Umfang der Patenterteilung (auch zeitlich) hinaus konnte und wollte in Wahrheit auch das Berufungsgericht eine Verurteilung der Beklagten nicht aussprechen. Und in der Revisionsinstanz hat sich daraus die eigenartige Lage ergeben, daß auch keine der Parteien die Verurteilung noch gelten lassen will: die Beklagte wünscht sie mit der Revision zu beseitigen, und die Klägerin macht — allerdings, wie gezeigt, zu Unrecht — geltend, die Beklagte sei nicht einmal mehr durch sie beschwert.

Dieser Rechtslage muß durch Aufhebung des Berufungsurteils Rechnung getragen werden. Ein anderes Ergebnis würde im vorliegenden Fall um so mißlicher sein, weil sonst die im angefochtenen Teilurteil und im später ergangenen Schlußurteil enthaltenen Entscheidungen auf verschiedener, in Wahrheit in jenem auf falscher, in diesem auf richtiger Grundlage beruhen würden.

Die Klägerin hätte hiernach, als sie in der letzten mündlichen Verhandlung den Unterlassungsantrag trotz bereits eingetretenen Erlöschens des Klagepatents noch aufrechterhielt, ohne weiteres mit ihrer ganzen Klage abgewiesen werden müssen, also auch mit dem Teil, der Gegenstand des Teilurteils und der gegenwärtigen Revision ist. Dem trägt der Revisionsantrag noch Rechnung. Da jetzt aber beide Parteien darüber einig sind, daß schon damals die Hauptsache erledigt war, die Beklagte auch nur an der Beseitigung ihrer Verurteilung ein Interesse hat, so steht nichts im Wege, der unstreitigen Rechtslage gemäß statt der Klageabweisung noch in der Revisionsinstanz durch Urteil die Erledigung der Hauptsache im Rahmen der angefochtenen Entscheidung auszusprechen.

2. Zur Revision gegen das Schlußurteil:

Die Bedenken der Klägerin gegen die Zulässigkeit der Revision sind unberechtigt. Allerdings handelt es sich bei dem von der Beklagten angefochtenen Schlußurteil, da die Parteien über die Erledigung des nach dem Teilurteil noch anhängig gebliebenen Teils der Hauptsache einig waren, trotz des Ausspruchs der Erledigung in der Urteilsformel um ein reines Kostenurteil, das an sich nach § 99 Abs. 3, § 567 Abs. 3 ZPO. überhaupt nicht mehr angefochten werden könnte. Doch wird allgemein angenommen, daß die Revision insoweit

statthaft ist, als sie zugleich mit der Revision gegen das über die Hauptsache entscheidende Urteil ergänzend eingelegt wird, wie ja auch das Kostenurteil nur eine Ergänzung des Teilurteils über die Hauptsache ist (vgl. RRG. Bd. 68 S. 301). Das trifft nun im vorliegenden Falle für das Kostenurteil nur wegen der Patentverletzung an gebogenen Rohren zu, mit der sich das Teilurteil befaßt. Doch ist die Kostenentscheidung einheitlich gefaßt und nicht ohne weiteres für die erledigte und die nicht erledigte Hauptsache zu trennen. In solchem Fall ist die einheitliche Anfechtbarkeit gemäß § 99 Abs. 1 ZPO. gegeben (vgl. dazu RRG. Bd. 55 S. 395, Bd. 59 S. 429 [432]; die jetzt — in Abweichung von früheren Auflagen — entgegenstehende Ansicht von Stein-Jonas Bem. VI 2, insbesondere b, zu § 99 ZPO. kann nicht gebilligt werden).

Die Revision ist auch begründet. Wie zu 1 des näheren ausgeführt ist, kann und muß die unstreitig gewordene Tatsache noch jetzt berücksichtigt werden, daß das Patent bereits vor der letzten Verhandlung, die vor dem Teilurteil stattfand, durch Nichtzahlung der Jahresgebühr erloschen war. Dann hat aber die Klägerin ihren hierdurch unbegründet gewordenen Antrag, die Beklagte zur Unterlassung zu verurteilen, damals zu Unrecht noch aufrechterhalten. Deshalb hätten ihr unter Abweisung ihrer Klage ohne weiteres die gesamten Kosten des Rechtsstreits auferlegt werden müssen; und an dieser Rechtslage konnte sich dadurch nichts mehr ändern, daß sie im weiteren Verlauf des Prozesses von der Erledigung der Hauptsache Mitteilung machte und nur noch Kostenurteil begehrte. Hier muß für den Kläger Entsprechendes gelten wie für den Beklagten bei Anerkennung des Klageanspruchs nach § 93 ZPO. (vgl. Endom-Busch-Kranz-Triebel Anm. 1b zu § 91 ZPO.; Stein-Jonas Bem. III Abs. 2 zu § 91 ZPO.; JW. 1931 S. 1189 Nr. 10). Im vorliegenden Fall ergibt sich die Kostenpflicht der Klägerin weiterhin aus dem Grunde, daß die Klägerin das Patent durch Nichtzahlung der Gebühr hat verfallen lassen und damit aus freiem Entschluß den Klageanspruch zur Erledigung gebracht hat (Stein-Jonas Bem. III Abs. 2 zu § 91 ZPO.; JW. 1911 S. 769 Nr. 33). Da über die Erledigung der Hauptsache kein Streit mehr herrscht, diese auch schon in der Urteilsformel des Schlußurteils bloß zur Klarstellung ausgesprochen worden ist, so brauchte, unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung, nur noch die Klägerin in sämtliche Kosten des Rechtsstreits verurteilt zu werden.