

45. 1. Steht die Rechtskraft der eine frühere Patentnichtigkeitsklage abweisenden Entscheidung der erneuten Klage aus demselben Klaggrunde entgegen, wenn zwar die zweite Klage von einem Strohmann des eigentlichen Interessenten erhoben ist, die erste Klage aber nur auf Anregung, jedoch sonst selbständig und nicht

auf Kosten des Interessenten erhoben und durchgeführt worden war?

2. Können als Nahrungs- oder Genußmittel auch solche Gegenstände angesehen werden, die zwar zu einem erheblichen Teil genießbar, aber zu einem nicht unwesentlichen Teil ungenießbar sind?

Patentgesetz vom 5. Mai 1936 § 1 Abs. 2 Nr. 2, § 13 Abs. 1 Nr. 1 u. 2.

I. Zivilsenat. Urt. v. 10. April 1937 i. S. F. (Wefl.) w. R. (Pl.).  
I 211/36.

#### I. Reichspatentamt.

Der Beklagte ist Inhaber des ihm mit Wirkung vom 22. Januar 1930 erteilten DRP. 510578, dessen einziger Patentanspruch lautet: Behälter zur Aufnahme von Speiseeis, insbesondere von sogenanntem reinen Sahneeis, dadurch gekennzeichnet, daß zwischen der an sich bekannten, den ersten dichten Abschluß gegen die etwa schmelzende Eisfüllung bildenden Schokoladenschicht und dem ebenfalls bekannten äußeren Stanniolbelag eine Zwischenschicht aus Waffelmasse, deren Außenseite eventuell mit Lufträumen versehen sein kann, vorgesehen ist, die den Wärmezutritt zu der Schokoladenschicht noch mehr einschränkt und außerdem ein Festkleben des Stanniolbelags verhindert.

Der Kläger hat die Vernichtung dieses Patents beantragt und zur Begründung folgendes vorgetragen: Bei dem Patent handle es sich trotz der Erwähnung des Stanniolbelags in Wahrheit nur um ein Kästchen aus Waffelmasse, das innen mit einer Schokoladenschicht versehen sei, also um ein Nahrungs- oder Genußmittel, für das ein Patentschutz nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 PatG. nicht erlangt werden könne. Außerdem sei der Gegenstand des Klagepatents nicht mehr neu, sondern schon in einer Konditorzeitung 1924 unter der Bezeichnung „Eskimois“ druckchriftlich veröffentlicht und in vielen Fällen, z. B. seit 1925 von dem Konditormeister F. in B., offenkundig vorbenutzt worden.

Der Beklagte hat zunächst ausgeführt, daß die Klage unzulässig sei, weil sie auf Veranlassung und auf Kosten des Nebeninterventionen F. erhoben sei, nachdem dieser mit einer im Jahre 1931 erhobenen

Nichtigkeitsklage, bei der allerdings der Deutsche Konditorenbund in Berlin als Kläger vorgeschoben gewesen sei, rechtskräftig abgewiesen sei. Es handle sich auch keineswegs um ein Genußmittel, da der einen wesentlichen Teil des geschützten Erzeugnisses bildende Stanniolbelag ungenießbar sei. Ferner sei der Gegenstand der Erfindung zur Zeit der Patentanmeldung nicht bekannt gewesen; er sei weder druckschriftlich vorherveröffentlicht noch offenkundig vorbenutzt worden. Insbesondere hätten die Waffelkästchen des H. keinen inneren Schokoladenüberzug gehabt.

Das Reichspatentamt hat über die offenkundige Vorbenutzung durch H. Zeugenbeweis erhoben und darauf wegen der Vorbenutzung das angefochtene Patent für nichtig erklärt. Der Beklagte hat Berufung eingelegt und beantragt, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen. Zweck der Widerlegung der Behauptung offenkundiger Vorbenutzung und zum Nachweis dafür, daß F. sowohl im Vorprozeß wie in diesem Verfahren der eigentliche Kläger sei, hat er umfangreichen Zeugenbeweis angetreten. Auch der Kläger hat für seine Behauptungen Zeugenbeweis erboten und beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Vor dem Senat ist durch die Vernehmung von Zeugen Beweis erhoben worden. Auf Grund dieser Beweisaufnahme wurde die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

#### Gründe:

1. Das Patentamt hat das angefochtene Patent 510578 für nichtig erklärt, indem es den Einwand des Beklagten, der Kläger sei in diesem Rechtsstreit nur vorgeschobene Person und könne deshalb nach Abweisung der Nichtigkeitsklage im Jahre 1931 nicht nochmals eine solche Klage erheben, als unbegründet zurückgewiesen hat. Diesen Einwand hat der Beklagte im zweiten Rechtszug erst in der mündlichen Verhandlung nach der Vernehmung des Zeugen D. fallen lassen. Doch war von Amts wegen zu prüfen, inwiefern dieser Einwand durchgreifen könnte. Denn es handelt sich dabei um die Frage, ob die rechtskräftige Entscheidung des Patentamts vom Jahre 1931 einer nochmaligen Nichtigkeitsklage entgegensteht. Das könnte nur der Fall sein, wenn die Abweisung der Klage durch die Entscheidung von 1931 in Wahrheit denselben Kläger betroffen hätte, der jetzt durch einen Strohmann verdeckt als Kläger das Verfahren betreibt. In der Rechtsprechung ist wiederholt zum Ausdruck gekommen (vgl.

RGZ. Bd. 59 S. 133 und Bd. 139 S. 3), daß es unzulässig ist, durch eine vorgeschobene Person (Strohmann) nochmals die Nichtigkeitsklage zu erheben, nachdem derjenige, welcher auch jetzt der eigentliche Kläger ist, mit einer früheren Nichtigkeitsklage abgewiesen wurde. Diese Auffassung wird im Schrifttum sowohl zum früheren Patentgesetz wie zum geltenden Gesetz vom 5. Mai 1936 einmütig geteilt (vgl. Piezder Anm. 3 zu § 10 S. 379; Krauß 2. Auflage S. 203; Busse Anm. 2 zu § 13 Nr. 5 S. 204; Klauer-Mähring Anm. 3 zu § 13 S. 256). In allen diesen Fällen ist aber ein Tatbestand wie der jetzt vorliegende nicht erörtert worden. Die vorstehend wiedergegebene Rechtsauffassung muß indessen auch für den Fall gelten, daß für den beim zweiten Verfahren durch einen Strohmann verdeckten Kläger bereits bei der ersten Nichtigkeitsklage an Stelle des eigentlichen Klägers ein Strohmann aufgetreten war. Auch dann müßte die erste Entscheidung grundsätzlich als Abweisung dessen angesehen werden, der der eigentliche Kläger ist und nur zur Vermeidung eines persönlichen Auftretens einen Strohmann vorgeschoben hat. Dem steht die Tatsache nicht entgegen, daß die Nichtigkeitsklage nach den Vorschriften in § 10 Nr. 1 und 2 des bisherigen Patentgesetzes vom 7. April 1891/7. Dezember 1923 und den gleichlautenden Vorschriften in § 13 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des jetzigen Patentgesetzes vom 5. Mai 1936 eine „Popularklage“ ist, die von jedermann ohne Nachweis eines eigenen Interesses, also auch im fremden Interesse, erhoben werden kann. Denn wenn in beiden Fällen von derselben Person je ein Strohmann als Kläger vorgeschoben wird, so muß es unzulässig sein, auf diesem Wege wiederholt zu klagen und nach Abweisung der ersten Klage erneut die Vernichtung desselben Patents aus demselben Klaggrund zu betreiben. Im vorliegenden Fall ist es daher vollkommen unerheblich, ob der jetzige Kläger möglichenfalls nur eine vorgeschobene Person ist, deren sich der Konditormeister F. in L. bedient, um den Rechtsstreit zu betreiben, falls nicht gleichzeitig nachgewiesen werden kann, daß auch bei der ersten Klage vom Jahre 1931 F. der eigentliche, durch einen Strohmann verdeckte Kläger war. Letzteres ist aber durch die Beweisaufnahme widerlegt. Der Konditorenbund mag zwar auf Anregung von F. vorgegangen sein, hat das Verfahren aber ganz selbständig betrieben und kann daher nicht als vorgeschobene Person angesehen werden, deren sich F. bedient hätte, um nicht persönlich in Erscheinung

treten zu müssen. Die Rechtskraft der patentamtlichen Entscheidung vom Jahre 1931 steht deshalb der Erhebung der gegenwärtigen Klage nicht im Wege.

2. Gegenstand der Erfindung ist nach dem Inhalt der Patentschrift ein Behälter zur Aufnahme von Speiseeis, bei dem zur Erhöhung des Wärmeschutzes zwischen dem das Eis umgebenden Schokoladenüberzug und der äußeren Stanniolumhüllung eine Waffelschicht eingefügt ist.

Zur Begründung der Klage hat der Kläger sich in erster Reihe darauf berufen, daß das Patent schon deshalb vernichtet werden müsse, weil sein Gegenstand ein Nahrungs- oder Genußmittel sei. Schon das Patentamt hat diese Auffassung mißbilligt, und es ist ihm darin beizutreten. In § 1 Abs. 2 Nr. 2 PatG. ist nichts Näheres darüber gesagt, wann im Sinne des Gesetzes ein Nahrungs- oder Genußmittel vorhanden ist. Zweifellos aber war der Zweck dieser gesetzlichen Vorschrift, daß man verhindern wollte, daß Nahrungs- oder Genußmittel irgendwelcher Art durch das Ausschließungsrecht eines Patentinhabers der freien Verwertung entzogen würden. Es kommt also darauf an, ob in dieser Art, entgegen der gesetzlichen Absicht, ein Nahrungs- oder Genußmittel unter Patentschutz gestellt ist. Das ist vorliegend nicht der Fall . . .

Nach der herrschenden Ansicht sind als Nahrungsmittel nur solche Mittel anzusehen, die zur Ernährung des Menschen dienen, von ihm genossen werden, um in den Stoffwechsel des menschlichen Organismus zum Zwecke der Ernährung einzutreten. Genußmittel sind solche, die ebenfalls in den menschlichen Körper aufgenommen werden, aber auf die Geschmacks-, Geruchs- oder Gefühlsnerven einzuwirken bestimmt sind, wie Tabak, Kaffee, vielleicht auch gewürzte Soßen u. ä. Daraus ergibt sich, daß ein Gegenstand, der in wesentlichen Teilen nicht vom Menschen verzehrt werden kann, als Ganzes nicht Nahrungs- oder Genußmittel im Sinne des Gesetzes sein kann. Wenn, wie im vorliegenden Fall, der Gegenstand der Erfindung zu einem nicht unwesentlichen Teil aus Stanniol besteht, so kann in diesem Sinne das Ganze weder als Nahrungs- noch als Genußmittel bezeichnet werden. Genügend zur Verneinung einer Schutzfähigkeit nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 PatG. ist, daß ein wesentlicher Bestandteil des Gegenstandes der streitigen Erfindung nicht verzehrt werden kann und nur ein Teil des Erfindungsgegenstandes

zur Aufnahme in den menschlichen Körper geeignet ist. Das hat das Patentamt für entscheidend erachtet, und dem ist zuzustimmen.

Es kommt deshalb nur noch darauf an, ob die vorliegende Erfindung wegen offenkundiger Vorbenutzung als nicht mehr neu bezeichnet werden muß... (Das wird auf Grund der Beweisaufnahme tatsächlich festgestellt.)