

46. 1. Zur Verwendung fremdsprachlicher Urkunden.

2. Ist das für einen Verbandsausländer nach Auslandseintragung eingetragene Inlandszeichen schon auf Grund des Deutschen Warenzeichengesetzes unabhängig vom Schicksal des Zeichens im Ursprungsland oder erst auf Grund des Art. 6 D des Pariser Unionsvertrages geschützt?

3. Zur Zurückweisung verspäteter Verteidigungsmittel im Berufungsverfahren.

ZPO. §§ 142, 529 Abs. 2. UWG. § 184. WZG. § 35. Pariser Verbandsübereinkunft (Pariser Unionsvertrag) — WIW. —, Londoner Fassung vom 2. Juni 1934 (RWB. 1937 II S. 583) Art. 6.

II. Zivilsenat. Ur. v. 20. Dezember 1939 i. S. M. (Wett.) v. Cresc. B. F. Comp. (Rl.). II 101/39.

I. Landgericht Darmstadt, Kammer für Handelsachen in Offenbach.
II. Oberlandesgericht Darmstadt.

Die Parteien erzeugen und vertreiben Riemenverbinder, d. h. Vorrichtungen zur dauerhaften Verbindung von Treibriemenenden,

und stehen daher miteinander im Wettbewerb. Für die Klägerin, eine amerikanische Firma, ist am 22. Oktober 1912 zufolge einer Anmeldung vom 1. August 1911 das Wortzeichen „Creszent“ in die Zeichentrolle des Reichspatentamts eingetragen worden, und zwar für Riemenverbindungen, wie Riemenkrallen, Platten, Nieten und Klammern aus beliebigem Metall, Klasse 9f der amtlichen Warenklasseneinteilung, Zeichennummer 165605. Im zweiten Rechtszuge hat die Klägerin Urkunden in englischer Sprache vorgelegt und unbeglaubigte Übersetzungen nachgebracht, wonach für sie schon vorher nach Anmeldung vom 9. November 1908 beim Patentamt der Vereinigten Staaten von Amerika das Wort Crescent unter Nummer 82218 am 13. Juni 1911 für dieselben Gegenstände wie beim Reichspatentamt eingetragen war.

Die Beklagte hat sich beim Reichspatentamt nach Anmeldung vom 17. August 1931 unter Nummer 439110 am 4. November 1931 das Zeichen CRESTO in großen Buchstaben für die Herstellung und den Vertrieb von Riemenverbindern und Nieten, Klasse 9f, eintragen lassen. Dieses Zeichen ist auch zwischenstaatlich in Bern unter Nummer 77814 am 1. Februar 1932 eingetragen worden.

Die Klägerin hat die Beklagte auf Grund ihres Zeichenrechts — §§ 9, 15, 20 WZG. a. F., § 11 Abs. 1 Nr. 1, §§ 25, 31 WZG. n. F. —, wegen unlauteren Wettbewerbs — §§ 1, 3 UnWZG. — und unerlaubter Handlung — § 823 Abs. 2, § 826 BGB. — auf Unterlassung der Verwendung einer bestimmten gelben Packung mit dem Worte Cresto, auf Löschung des Warenzeichens Cresto, ferner auf Auskunftserteilung über den Warenumsatz in der beanstandeten Packung verklagt und die Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht gefordert.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Die Revision der Beklagten blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht weicht in einem grundlegenden Punkte vom Erstgericht ab. Dieser hat im Anschluß an die Meinung der Klägerin erklärt, die Klägerin brauche nach Erlangung ihrer noch in Geltung befindlichen deutschen Zeichen nicht nachzuweisen, daß und wann sie in den Staaten ihrer Niederlassungen, also in den Vereinigten Staaten von Amerika und in England, für ihre Zeichen Markenschutz nachgesucht und erhalten habe; das bei der Anmeldung und vor der

Eintragung der deutschen Zeichen zu prüfen, sei Sache des Reichspatentamts gewesen. Der Erstrichter hat sich demnach auch die Eintragung des amerikanischen Zeichens der Klägerin nicht nachweisen lassen. In der Berufungsbegründung ist diese Stellungnahme des Erstrichters unter Bezugnahme auf RGZ. Bd. 80 S. 126 als rechtsirrtümlich angegriffen worden mit der Behauptung, die Klägerin müsse nach § 35 Abs. 3 WZG. n. F. nachweisen, ob sie im Lande ihrer Niederlassung zur Zeit der Eintragung ihres deutschen Zeichens bereits Zeichenschutz besessen habe, was vom angerufenen Gericht selbständig zu prüfen sei. Alsdann hat der Berufungsrichter nicht nur die Vorlegung der im Tatbestand aufgeführten Urkunden des amerikanischen Patentamts von der Klägerin entgegengenommen, sondern auch Übersetzungen dazu „gewünscht“. Er hat dazu wie folgt Stellung genommen:

Die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts — also auch RGZ. Bd. 80 S. 126 — sei für den vorliegenden Fall bedeutungslos. Denn die allgemeine Regel des § 35 Abs. 3 WZG., wonach ein bestehender Heimatschutz zur Zeit der Eintragung im Inlande die Voraussetzung für den Inlandsschutz des im Inland eingetragenen Zeichens sei, komme nicht in Betracht, wenn in Staatsverträgen abweichende Abmachungen getroffen seien (§ 35 Abs. 3 Satz 2 WZG.). Sowohl das Deutsche Reich wie auch die Vereinigten Staaten von Amerika seien der Pariser Verbandsübereinkunft — sog. Unionsvertrag, BÜV. — in der Londoner Fassung vom 2. Juni 1934 beigetreten (RGZ. 1937 II S. 583, 1938 II S. 834). Nach Art. 6 dieser Übereinkunft sei zur Erlangung des Schutzes für die in einem Verbandsstaat eingetragene Marke in einem anderen Verbandsstaate der Nachweis der Eintragung im Ursprungsstaat erforderlich, aber auch genügend. Der nachgesuchte Schutz könne nur versagt werden, wenn einer der im Abschnitt B des Art. 6 aufgeführten Zurückweisungs- oder Lösungsgründe vorliege. Da sich unter diesen erschöpfend aufgeführten Gründen „mangelnder Heimatschutz“ nicht befinde, sei es unerheblich, ob der förmlichen Eintragung im Ursprungsland ein sachlicher Schutz entspreche oder ob ein anderer Anspruch auf die Marke erhebe. Der von der Beklagten vorgebrachte Einwand des mangelnden Heimatschutzes im Zeitpunkte der Eintragung in die deutsche Zeichenrolle sei daher hier als unzulässig zurückzuweisen. Unerheblich sei ebenso der Einwand der Beklagten wegen des Nachweises des Sitzes

der Klägerin mit ihrer Hauptniederlassung in New York. Anscheinend wolle die Beklagte damit sagen, daß bei dem Warenzeichen der Klägerin die Eintragung im Ursprungslande gefehlt habe und schon aus diesem Grunde der inländische Schutz zu verfallen sei, da die wesentlichste Voraussetzung für die Eintragung im Inlande nicht vorgelegen habe. Aber ganz abgesehen davon, daß die Klägerin auch diese Behauptung widerlegt habe, weil sie nach den von ihr übergebenen Auszügen aus der amerikanischen Zeichentrolle in New York ein rechtlich selbständiges Unternehmen besitze, komme es nicht mehr, wie einst nach der Washingtoner Fassung des B.U., auf die Hauptniederlassung an; jede Zweigniederlassung genüge nach Art. 6 C, sofern sie wirklich bestehe, und dies sei von der Beklagten nicht in Abrede gestellt worden. Dem weiteren Einwande der Beklagten, das Wortzeichen Crescent könne keinen Zeichenschutz mehr begründen, weil es in Amerika im Verkehr die Bedeutung einer Herkunftsbezeichnung aus einem bestimmten Betriebe, dem der Klägerin, verloren habe, wird entgegengehalten: Nach herrschender Rechtsprechung könne sich die Beklagte gegenüber der Löschungsklage aus § 11 Abs. 1 Nr. 1 W.Z. n. F. nie auf eine Freizeicheneigenschaft des vom Kläger in Anspruch genommenen Zeichens berufen, weil ein Zeichen, solange es eingetragen sei, auch den gesetzlichen Schutz genieße. Nur die Entstehung, nicht auch der Fortbestand der Auslandsmarke sei vom Bestehen des Schutzes im Ursprungslande abhängig; so ausdrücklich der B.U., Londoner Fassung, Art. 6 D. Danach sei ein allgemeiner Gebrauch im Auslande bedeutungslos; vielmehr müsse sich der allgemeine Gebrauch im Inlande gebildet haben; erst dann könne das Zeichen die Bedeutung einer Herkunftsbezeichnung verlieren. Eine derart notwendig freie, allgemeine Benutzung des Zeichens Crescent im Inlande sei aber von der Beklagten nicht einmal behauptet und keinesfalls bewiesen worden.

Hieran bemängelt die Revision die verfahrensrechtliche Grundlage. Sie bringt vor, die Beklagte habe während des ganzen Rechtsstreits bestritten, daß das Warenzeichen der Klägerin in dem Ursprungslande eingetragen sei, und die Klägerin habe dafür erstmals mit ihrer Berufungsbeantwortung Beweis angeboten. Unmittelbar vor der Schlußverhandlung habe die Klägerin mit Schriftsatz vom 15. Februar 1939 Zeugnisse des amerikanischen Patentamts vorgelegt. Der Urteilstatbestand ergebe nicht, daß die Beklagte von ihrem Bestreiten ab-

gegangen wäre. Der Berufungsrichter habe über die streitige Tatsache keine Feststellung getroffen und sei dessen auch nicht durch die Vorlegung der amerikanischen Zeugnisse überhoben gewesen. Die Gerichtssprache sei nach § 184 OBG. die deutsche, Heilung eines Verstoßes dagegen durch Unterlassung der Rüge trete nicht ein. Die Bestimmung gelte auch für schriftliche Erklärungen, so daß eine Zustellung fremdsprachlicher Urkunden nicht in Frage komme. Offenbar habe auch der Berufungsrichter in der Schlußverhandlung die Einreichung einer Übersetzung verlangt; denn die Klägerin habe mit ihrem nachgeschobenen Schriftsatz vom 6. März 1939 deren Einreichung angekündigt und mit Eingabe vom 13. März 1939 die „gewünschte Übersetzung“ überreicht. Diese Eingabe und die Übersetzungen seien der Beklagten nicht zugestellt worden. Die Übersetzungen ließen nicht erkennen, wer sie gefertigt habe, insbesondere nicht, ob sie von einem vereidigten Dolmetscher herrührten. Weder das Berufungsgericht noch die Beklagte seien der englischen Sprache genügend mächtig gewesen. Eine Anwendung des § 563 ZPO. komme nicht in Frage.

Richtig ist, daß die Übersetzungen nachträglich eingereicht worden sind, und dies mag auch auf Wunsch des Gerichts geschehen sein. Dagegen ist nirgends ersichtlich, daß das Gericht, das im Urteilsstatbestande nur auf die Auszüge aus der „Patentrolle“ der Vereinigten Staaten und auf die Lichtbilder dieser Auszüge verweist, sich der Übersetzungen bedient hätte, soweit es aus den amerikanischen Urkunden Feststellungen getroffen hat, und daß es hierzu nicht ausreichend der englischen Sprache kundig gewesen wäre. Der Wunsch, eine Übersetzung zu erhalten, steht dem nicht entgegen. Er kann aus dem Willen hervorgegangen sein, so zu einer Gewähr für die Richtigkeit der eigenen Kunde zu kommen, falls sich eingehendere Feststellungen aus den fremdsprachlichen Urkunden als notwendig herausstellen sollten, wobei dann auch eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung in Frage gekommen wäre. Die Beklagte selbst aber hat auf die auch von der Revision nicht bestrittene Zustellung der fremdsprachlichen Urkunden nicht nur keine Übersetzung der Urkunden von sich aus gefordert, sondern nach dem Tatbestande des angefochtenen Urteils wie nach der Sitzungsniederschrift auch keinen Antrag auf Vertagung der mündlichen Verhandlung oder auf Gestattung einer eigenen nachträglichem Erklärung gemäß § 272a ZPO. gestellt, um sich über den

Inhalt der Urkunden, allenfalls durch eigene Herbeiführung einer Übersetzung, zu unterrichten und weiterhin dazu zu äußern. Daraus ergibt sich nicht nur, daß die Echtheit der amerikanischen Urkunden unbestritten geblieben ist, sondern daß die Beklagte, die sich bisher nirgends darauf berufen hat, sie sei der englischen Sprache nicht ausreichend kundig, von den amerikanischen Kollenauszügen in der Fremdsprache Kenntnis genommen hat. Sie hat nicht nur ihre eigene Warenpackung in englischer Sprache mit Worten beschriftet, die eine genaue Kenntnis der englischen Fachausdrücke kundtun, gerade, soweit ihre Worte von denen der Klägerin abweichen, sondern sie hat auch stets geltend gemacht, daß sie ihre Ware hauptsächlich ins Ausland liefere, und insbesondere erklärt, deshalb sei „die Anwendung einer internationalen Gebrauchssprache wie der englischen Sprache selbstverständlich“ oder müsse sie sich „einer Weltverkehrssprache wie der englischen bedienen“. Daß das Gericht befugt war, die als Beweismittel vorgebrachten Urkunden in englischer Sprache unmittelbar, ohne Übersetzung, zu benutzen, folgt ohne weiteres aus § 142 Abs. 3 ZPO., der es ins Ermessen des Gerichts stellt, ob es anordnen will, daß von einer fremdsprachlichen Urkunde eine durch einen vereidigten Dolmetscher angefertigte Übersetzung beigebracht werde (vgl. auch RGZ. Bd. 9 S. 430). Das Berufungsurteil hat allerdings die in den englischen Urkunden in hervorstechender Weise dargestellten einzelnen Tagesangaben der Eintragungen und Anmeldungen nicht besonders festgestellt. Aber es sagt in seinem Urteil zweierlei, einmal: Nach dem Inhalte der von der Klägerin übergebenen Auszüge aus der amerikanischen Rolle besitze die Klägerin in New York ein rechtlich selbständiges Unternehmen. Sodann sagt es ebenda: Die Klägerin habe auch den Einwand der Beklagten, bei der Klägerin habe die Eintragung im Ursprungsland als wesentlichste Voraussetzung der Eintragung ihres Zeichens im Inlande gefehlt, widerlegt. Damit wird diese Auslands-eintragung am Orte der Hauptniederlassung der Klägerin in New York vor der Eintragung im Inlande, die seinerzeit schon das Patentamt zu prüfen hatte, festgestellt, wenn auch ohne Anführung der Tagesangaben. Im Einklange damit steht die Bemerkung des Urteils, nach dem Inhalte des Pat. sei unerheblich, ob „der formellen Eintragung im Ursprungsland“ — die also als gegeben angesehen wird, und zwar ohne Berufung auf die frühere patentamtliche Prüfung — „auch ein materieller Schutz entspreche“.

Ob gegenüber einem einfachen Bestreiten der Nachweis der amerikanischen Eintragung nochmals notwendig war, kann hier auf sich beruhen. Es liegt aber auch keine Verletzung des § 184 UWG. vor, der sich nach seinem Wortsinne und Zwecke nur auf die Verhandlung und die Schriftsätze der Parteien bei Gericht, sowie auf das Verhandeln des Gerichts, seine Beschlüsse, Urteile und Verfügungen bezieht (RGZ. Bd. 9 S. 430 [436]), aber für den prozessordnungsmäßigen Gebrauch von Urkunden, die in fremder Sprache abgefaßt sind, Raum läßt und damit der sachlichen Notwendigkeit Rechnung trägt. Weder sachlich noch verfahrensrechtlich ist zu beanstanden, daß der Vorderrichter aus den unbestritten echten (auch mit allen Zeichen der Echtheit versehenen) fremdsprachlichen Urkunden nicht noch neben der Feststellung, daß die amerikanische Eintragung vor der Eintragung im Inland geschehen sei, auch die einzelnen Tagesangaben für die Anmeldung und Eintragung herausgezogen und festgelegt hat. Die Übersetzungen und das Unterbleiben ihrer Zustellung sind ohne Bedeutung für den Urteilsbestand.

Daß die Freizeicheneigenschaft des Wortes Crescent in den Vereinigten Staaten, wenn sie erst nach der Eintragung des Wortes in die deutsche Zeichentolle unter Nummer 165 605 entstanden ist, für den beanspruchten Schutz dieses Zeichens in Deutschland, solange es in der Zeichentolle steht, bedeutungslos ist, wird von der Revision angesichts der insoweit im Ergebnis zutreffenden Ausführungen des Vorderrichters nicht bekämpft. Dem stehen schon die von der Beklagten herangezogenen Urteile des Reichsgerichts vom 1. Oktober 1912 II 182/12 (RGZ. Bd. 80 S. 124) und vom 18. Juni 1920 II 486/19 (RGZ. Bd. 100 S. 3) nicht entgegen, weil sie sich mit Fällen befassen, in denen der Heimatschutz schon zur Zeit der Eintragung nicht oder nicht mehr bestanden hat (Vernichtung des Auslandszeichens durch den obersten Gerichtshof des Heimatstaates vor der inländischen Eintragung, Nichtbestehen eines Geschäftsbetriebes des ausländischen Zeicheninhabers zur Zeit der Eintragung im Ausland und einer späteren Umschreibung im Inlande). Der im § 20 Nr. 3 des alten Markenschutzgesetzes vom 30. November 1874 (RWBl. S. 143) aufgestellte Grundsatz, daß die Anwendung und Eintragung eines Auslandszeichens im Inland ein Recht auf das Inlandszeichen „nur insofern und auf so lange begründet, als in dem fremden Staate der Anmeldende in der Benutzung des Zeichens geschützt ist“, ist schon

in dem Warenzeichengesetz vom 12. Mai 1894 (RGBl. S. 441), unter dessen Geltung das Zeichen Crescent für die Klägerin am 22. Oktober 1912 im Inland eingetragen worden ist und dessen einschlägiger § 23 wortgleich ist mit dem § 23 der späteren Fassung des Warenzeichengesetzes vom 7. Dezember 1923 (RGBl. II S. 437, 445), aufgegeben worden. Das jetzt geltende Gesetz vom 5. Mai 1936 (RGBl. II S. 134), das in § 38 die bereits eingetragenen Warenzeichen den Vorschriften dieses Gesetzes unterstellt, stimmt wiederum in § 35 Abs. 3 Satz 1 und 3 überein und hat nur in dem neu eingeschobenen Satz 2 für gewisse Fälle der Gegenseitigkeit eine Befreiung von der Pflicht des Nachweises vorgängiger Heimatintragung eingeführt. Sonst wurde und wird lediglich gefordert, daß der Anmeldende im Staate seiner Niederlassung für das Zeichen den Markenschutz „nachgesucht und erhalten hat“. Das dann entstehende Inlandszeichen war und ist allgemein schon nach dem deutschen Gesetze, das den zwischenstaatlichen Verträgen Rechnung trägt, ein selbständiges Inlandszeichen und unabhängig vom Schicksal des Zeichens im Ursprungslande. Diese (bei der internationalen Registrierung nationaler Zeichen fehlende) Unabhängigkeit galt für die Angehörigen der Vertragsstaaten des P.U.B. bei den im Inland eingetragenen Zeichen schon nach Art. 6 der alten Washingtoner Fassung vom 2. Juni 1911 (RGBl. 1913 S. 209) wie nach der späteren Haager Fassung vom 6. November 1925 (RGBl. 1928 II S. 176, 489) und ist jetzt in Art. 6 D der neuen Fassung von London vom 2. Juni 1934 (RGBl. 1937 II S. 583), wie vom Vorderrichter angeführt, noch besonders ausgesprochen. Ohnehin war schon nach Art. 2 dieses P.U.B. in allen Fassungen jeder Vertragsstaat verpflichtet, den Angehörigen der anderen Vertragsstaaten für das gewerbliche Eigentum und in der ersten Fassung namentlich auch für die Fabrik- und Handelsmarken denselben Schutz wie den eigenen Staatsangehörigen zu gewähren. Vertragsangehörige waren und sind aber die Vereinigten Staaten wie das Deutsche Reich (vgl. zu jenen die Bekanntmachung vom 11. Oktober 1938 — RGBl. II S. 834 — für die Londoner Fassung, wirksam seit dem 1. August 1938). Gegenüber den eingetragenen Inlandszeichen, denen die so entstandenen in Art. 6 D der Londoner Fassung ausdrücklich als nationale Marke bezeichneten Inlandszeichen der Vertragsausländer gleichzustellen sind, gibt es keine Einrede des Nichtbestehens oder der Nichtberechtigung des Zeichens aus diesem oder jenem Grunde,

sondern nur den Lösungsantrag beim Reichspatentamt, soweit er statthaft ist, und die zeichen- oder bürgerlich-rechtliche Lösungsklage (RGZ. Bd. 82 S. 245, Bd. 101 S. 29; RGUrt. vom 10. Oktober 1930 II 563/29 in WuW. 1930 S. 551). Auch die Berufung auf Freizeicheneigenschaft im Inlande wäre im gerichtlichen Verfahren ausgeschlossen (RGZ. Bd. 110 S. 339 [340, 341]). Alles dies steht auch im Einklange mit dem, was in dem Urteile des erkennenden Senats vom 18. Januar 1935 II 266/34 (RGZ. Bd. 146 S. 325) unter der Geltung des PUW., Haager Fassung von 1925, zu der Lösungsklage gegen ein im Inland eingetragenes Auslandszeichen — „deutsches Zeichen“ — ausgeführt worden ist. Wenn die Revision sich für die Zulassung einer Einrede auf Baumbach Wettbewerbsgesetz und Warenzeichengesetz 1936, Bem. 3 B d zu § 24 S. 418 und Bem. 2 F zu § 24 S. 348, 349 beruft, wo neben der Vermittlungseinrede die Einrede, ein Zeichenwort sei freier Warenname geworden, angeführt und die Unhaltbarkeit einer vom Reichsgericht gemachten Unterscheidung zwischen freiem Warennamen und Freizeichen vertreten wird, so erledigt sich dies für den gegenwärtigen Fall dadurch, daß die Beklagte die Entwicklung des der Klägerin geschützten englischen Wortes Crescent zum freien Warennamen im Inlande gar nicht behauptet, wie sie ja auch selbst dieses Wort nicht benutzt, sondern ihr eigenes Zeichenwort Cresto, und überall auf deutsch von Riemenverbindern und nirgends von Streschents spricht. Die Beklagte hat aber auch Freizeicheneigenschaft des Wortes Crescent im Auslande, nämlich in den Vereinigten Staaten, vor der Eintragung des dortigen Zeichens und vor der Eintragung des deutschen Zeichens der Klägerin behauptet. Deshalb bedarf es auch keiner Stellungnahme dazu, ob heute noch an den 1912 und 1920 unter anderen Gesetzen und Unionsverträgen ergangenen Entscheidungen RGZ. Bd. 80 S. 124 und Bd. 100 S. 3 und dem darin vom Senat in Anspruch genommenen eigenen Prüfungsrecht der Gerichte, das im Schrifttum, z. B. von Hagens Warenzeichenrecht Bem. 15 bis 17 zu § 23, und auch von der Klägerin in ihrer Berufungsbeantwortung bekämpft worden ist, im Grundsatz und besonders im Bereiche des PUW. festzuhalten ist. Denn der gegenwärtige Fall liegt so, daß nicht nur der Angriff von den damaligen Fällen inhaltlich verschieden ist, sondern daß er auch jeder näheren Darlegung ermangelt. (Wird näher ausgeführt; dann wird fortgefahren:)

2. Mit der Behauptung einer Verwirkung, von der im ersten Rechtsgang und demnach auch im Urteil des Landgerichts mit keinem Worte die Rede war, ist die Beklagte nach dem Tatbestande des Berufungsurteils erst in der Schlußverhandlung vor dem Berufungsgericht ohne vorausgegangene Ankündigung hervorgetreten. Der Vorderrichter weist den Einwand der Verwirkung aus doppeltem Grunde zurück, einmal nach der Verfahrensvorschrift des § 529 Abs. 2 ZPO., weil er ein neues Verteidigungsmittel sei, das im ersten Rechtsgange nicht geltend gemacht worden sei, und das Gericht nicht die Überzeugung zu gewinnen vermöge, daß das frühzeitigere Vorbringen weder aus grober Nachlässigkeit noch in Verschleppungsabsicht unterblieben sei, sodann aber auch aus sachlich-rechtlichen Gründen. Nach beiden Richtungen erhebt die Revision eine Reihe von Angriffen: Zuerst sei zum § 529 Abs. 2 ZPO. zu erwägen, ob es sich überhaupt um eine „Eintrede“ handle. Weiter sei aber auch der Einwand, für den es des Gebrauchs bestimmter Worte, namentlich also des Wortes Verwirkung, nicht bedürfe, der Sache nach bereits im ersten Rechtsgange vorgebracht worden, und schließlich sei durch Ausübung der richterlichen Aufklärungspflicht oder Anordnung von Sachverständigenbeweis von Amts wegen auf weitere Begründung des Vorbringens und auf Beweis hinzuwirken gewesen. Beweis sei angeboten und die Beweiserhebung in der langen Zeit zwischen der mündlichen Verhandlung (22. Februar 1939) und der Urteilsverkündung (3. Mai 1939) noch ohne Verzögerung des Rechtsstreits möglich gewesen. Diese Prozeßbeschwerde muß, ohne daß auf die vorgebrachten Gründe einzugehen wäre, als begründet anerkannt werden, weil der Vorderrichter sich gleichzeitig in der Lage gesehen hat, über den Einwand sachlich (ohne Beweiserhebung) zu entscheiden. Das ist insofern mit Recht geschehen, als die Sachverhandlung abgeschlossen, ein Vertagungsantrag oder auch nur ein Antrag nach § 272a ZPO. nicht gestellt war. War die sofortige Sachentscheidung möglich, so konnte die Berücksichtigung des Einwandes die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern, und es fehlte an einer wesentlichen Voraussetzung für die Ausschließung nach § 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Die Ablehnung der Verwirkung unter allen rechtlichen Gesichtspunkten, die hier angewendet sind, ist aber im Ergebnis zu billigen. (Wird näher ausgeführt.)