

---

**Datum:** 18.08.2005  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 2. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** I-2 U 13/03  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2005:0818.I2U13.03.00

---

**Tenor:**

I.

Die Berufung der Klägerin gegen das am 28. November 2002 verkündete Urteil der 4a Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf wird zurückgewiesen.

II.

Der Klägerin werden auch die Kosten des Berufungsrechtszuges auferlegt.

III.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 50.000,-- Euro abzuwenden, falls nicht die Be-klagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV.

Der Streitwert für die Berufungsinstanz beträgt 511.291, 88 Euro.

---

**Gründe:**

**I.**

1

2

3

Die Klägerin ist eingetragene Inhaberin des auch mit Wirkung für die Bundesrepublik Deutschland erteilten und in englischer Verfahrenssprache veröffentlichten europäischen Patentes 0 822 793 (Klagepatent, Anlage W 1; deutsche Übersetzung Anlage W 1 a), das u.a. ein Kleidungsstück zum Anbringen eines Urinauffangbeutels betrifft. Aus diesem Schutzrecht nimmt sie die Beklagte auf Unterlassung, Rechnungslegung, Vernichtung der angegriffenen Erzeugnisse und Feststellung ihrer Verpflichtung zum Schadenersatz in Anspruch.

Die dem Klagepatent zugrundeliegende Anmeldung ist am 23. April 1996 unter Inanspruchnahme einer dänischen Unionspriorität vom 24. April 1995 eingereicht und am 11. Februar 1998 veröffentlicht, der Hinweis auf die Patenterteilung ist am 18. August 1999 im Patentblatt bekannt gemacht worden. In der vom Deutschen Patent- und Markenamt veröffentlichten deutschen Übersetzung (Anlage W 1 a) lautet Anspruch 1 des Klagepatentes wie folgt:

4

Kleidungsstück (1) zur Anbringung eines Urinauffangbeutels (2) am Bein (3) eines Benutzers, das mindestens einen röhrenförmigen Teil (6) zum Positionieren am Bein des Benutzers aufweist und das durch Stricken hergestellt ist, wobei der röhrenförmige Teil (6) an seinen Enden elastische Bänder (9, 10) sowie eine Tasche (11) mit einer in Gebrauchslage nach oben orientierten Öffnung (12) und einem in Gebrauchslage nach unten orientierten Boden (13) aufweist, wobei der Boden mindestens eine Öffnung (14) für die Durchführung eines Auslassrohrs (15) des Urinauffangbeutels (2) hat, **dadurch gekennzeichnet**, dass die elastischen Bänder (9, 10) so angeordnet sind, dass sie einen vollen Urinauffangbeutel (2) halten können, und die Tasche (11) als integraler Teil des röhrenförmigen Teils (6) gefertigt ist, der eine Doppelschichtstruktur aufweist, die mit Ausnahme eines Zentralbereichs für die Tasche zusammengestrickt ist.

5

Die nachstehend wiedergegebenen Figurendarstellungen zeigen ein Ausführungsbeispiel der Erfindung, und zwar Figur 1 das röhrenförmige Teil mit der Tasche zur Aufnahme des Urinauffangbeutels, Figur 3 das in Figur 1 gezeigte Kleidungsstück am Oberschenkel des Benutzers fixiert, wobei sich in der Tasche ein Urinauffangbeutel befindet, dessen Einlassrohr am oberen Taschenrand und dessen Auslassrohr am Boden der Tasche zu erkennen ist, und Figur 5 eine in Abschnitte unterteilte und zum Teil auch schon zerschnittene Materialstreifenbahn, aus der durch Zusammenfügen der Abschnittenden röhrenförmige Kleidungsstücke hergestellt werden.

6

Die Beklagte stellt her und vertreibt unter der Bezeichnung "UROBAG" einen Urinbeutelhalter, dessen Ausgestaltung sich aus dem von der Klägerin als Anlage W 4 vorgelegten Musterstück ergibt; zwischen den Parteien ist unstreitig, dass dieser Gegenstand die in Anspruch 1 des Klagepatentes beschriebene technische Lehre wortsinngemäß verwirklicht.

7

Die Beklagte hält der Ansicht der Klägerin, Herstellung und Vertrieb dieses Urinbeutelhalters verletzen das Klagepatent, entgegen, ihr stehe ein privates Vorbenutzungsrecht zu. Ihr Sohn – der Zeuge X junior - sei in ihrem Betrieb nach entsprechender Ausbildung für die Entwicklung und Produktion textiler Sanitätsbedarfsartikel mit Raschelmäschinen des Herstellers Karl Mayer verantwortlich. Seit seiner Einstellung im Dezember 1992 habe er sich mit der Entwicklung eines Urinbeutelhalters befasst, der mehr Tragekomfort geboten habe und einfacher herzustellen gewesen sei als die bis dahin bekannte Halterung des Anbieters "RU" (vgl. Anl. B 1). Nachdem eine erste im Dezember 1992/Januar 1993 erstellte Ausführungsform (Anlage B 6) mit einem wassergefüllten Beutel am Bein heruntergerutscht sei, habe er im Mai/Juni 1993 eine zweite Ausführungsform erstellt, die dem als Anlage B 7

8

vorgelegten Muster und bis auf den Klettverschluss dem angegriffenen Gegenstand entspreche. Von dieser zweiten Ausführungsform habe sie – die Beklagte – im November 1994 der "MKE GmbH" in X3 100 Stück als Muster zur Verfügung gestellt; diese habe den Urinbeutelhalter durch den Zeugen Q im selben Monat auf der Messe "MEDICA" in Düsseldorf dem Publikum vorgestellt.

Die Klägerin ist dem entgegengetreten.

9

Das Landgericht hat durch Urteil vom 28. November 2002 die Klage nach Beweisaufnahme abgewiesen und ein privates Vorbenutzungsrecht der Beklagten anerkannt. Es hat der Aussage des Zeugen Q entnommen, der Sohn der Beklagten habe ihm vor dem Prioritätstag des Klagepatentes der angegriffenen Ausführungsform entsprechende Urinbeutelhalter zur Verfügung gestellt; diese habe Q abredgemäß mit Klettverschlüssen komplettiert und auf der Fachmesse "MEDICA" ausgestellt. Die Aussage des gegenbeweislich vernommenen Zeugen T, er habe auf dem Stand des Zeugen Q auf der MEDICA 1994 keine Urinbeutelhalter gesehen, stehe dem nicht entgegen, weil der Zeuge Q bekundet habe, die neuen Urinbeutelhalter entsprechend seiner Geschäftspraxis nicht offen ausgestellt, sondern lediglich kompetenten Kunden auf Anfrage gezeigt zu haben, von denen er gewusst habe, dass sie das Produkt möglicherweise benötigen könnten. Wegen weiterer Einzelheiten der Begründung wird auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen.

10

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der diese ihre erstinstanzlich erfolglos gebliebenen Ansprüche weiter verfolgt und geltend macht, die Beweiswürdigung durch das Landgericht werde den strengen Anforderungen nicht gerecht, die an einen Beweis der Voraussetzungen eines privaten Vorbenutzungsrechts gestellt würden.

11

Sie beantragt,

12

I.

13

das angefochtene Urteil aufzuheben;

14

II.

15

die Beklagte zu verurteilen,

16

1. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu 17 250.000,-- Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Wiederholungsfall bis zu 2 Jahren, zu unterlassen,

in der Bundesrepublik Deutschland Kleidungsstücke zur Anbringung eines Urinauffangbeutels am Bein eines Benutzers, die mindestens einen röhrenförmigen Teil zum Positionieren am Bein des Benutzers aufweisen, und die durch Stricken bzw. Wirken hergestellt sind, wobei das röhrenförmige Teil an seinen Enden elastische Bänder sowie eine Tasche mit einer in Gebrauchposition nach oben orientierten Öffnung und einem in der Gebrauchposition nach unten orientierten Boden aufweist, wobei der Boden mindestens eine Öffnung für die Durchführung eines Auslassrohrs des Urinauffangbeutels hat,

herzustellen, anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu gebrauchen oder zu den genannten Zwecken einzuführen oder zu besitzen,

19

bei denen die elastischen Bänder so angeordnet sind, dass sie einen vollen Urinauffangbeutel halten können und die Tasche als integraler Teil des röhrenförmigen Teils

20

angefertigt ist, der eine Doppelschichtstruktur aufweist, die mit Ausnahme eines Zentralbereichs für die Tasche zusammengestrickt bzw. zusammengewirkt ist;

2. ihr – der Klägerin – für die Zeit seit dem 18. September 1999 Auskunft über die Herkunft<sup>21</sup> und den W-Weg der vorstehend unter Ziffer I. 1. beschriebenen Erzeugnisse zu erteilen, insbesondere unter Angabe der Namen und Anschriften der Hersteller, der Lieferanten und deren Vorbesitzer, der gewerblichen Abnehmer oder Auftraggeber sowie unter Angabe der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Erzeugnisse;

3. ihr – der Klägerin – über den Umfang der vorstehend zu Ziffer I. 1. beschriebenen und seit<sup>22</sup> dem 18. September 1999 begangenen Handlungen Rechnung zu legen, und zwar unter Vorlage eines Verzeichnisses mit der Angabe der Herstellungsmengen und –zeiten sowie der einzelnen Lieferungen, unter Nennung

- der Liefermengen, Typenbezeichnungen, Artikelnummern, Lieferzeiten, Lieferpreise und<sup>23</sup> Namen und Anschriften der Abnehmer,

- der Gestehungskosten unter Angabe der einzelnen Kostenfaktoren sowie des erzielten<sup>24</sup> Gewinns,

und unter Angabe der einzelnen Angebote und der Werbung, unter Nennung<sup>25</sup>

- der Angebotsmengen, Typenbezeichnungen, Artikelnummern, Angebots-<sup>26</sup> zeiten und Angebotspreise sowie der Namen und Anschriften der Ange-  
botsempfänger,

- der einzelnen Werbeträger, deren Auflagenhöhe, Verbreitungszeitraum und<sup>27</sup> Verbreitungsgebiet;

III.

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der<sup>28</sup> dieser durch die vorstehend zu Ziffer II. 1. bezeichneten und seit dem 18. September 1999<sup>29</sup> begangenen Handlungen entstanden ist und/oder künftig entstehen wird;

IV.

die Beklagte zu verurteilen, die in ihrem unmittelbaren oder mittelbaren Besitz oder Eigentum<sup>30</sup> befindlichen Erzeugnisse der in vorstehender Ziffer II. 1. beschriebenen Art zu vernichten oder nach Wahl der Klägerin an einen von dieser zu bezeichnenden Treuhänder zum Zwecke der Vernichtung auf Kosten der Beklagten herauszugeben.

Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Berufung. Sie tritt dem Vorbringen der Klägerin<sup>31</sup> unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens entgegen und<sup>32</sup> verteidigt das landgerichtliche Urteil.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der<sup>33</sup> Gerichtsakten nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat Beweis erhoben und Zeugen vernommen. Wegen des Ergebnisses wird auf<sup>34</sup> die Niederschriften der Sitzungen des Einzelrichters vom 12. August 2004 (Bl. 238 bis 290<sup>35</sup> d.A.; nachfolgend: Einzelrichterprotokoll) und des Senates vom 28. April 2005 (Bl. 300 bis 351 d.A.; nachfolgend: Senatsprotokoll) verwiesen.

<b>II.</b>	37
Die Berufung der Klägerin ist zulässig, aber unbegründet. Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen, weil der Beklagten an dem angegriffenen Urinbeutelhalter ein privates Vorbenutzungsrecht zusteht. Auch die im Berufungsrechtszug wiederholte Beweisaufnahme hat ergeben, dass die Beklagte vor dem Prioritätstag des Klageschutzrechtes im Besitz der im Klagepatent unter Schutz gestellten technischen Lehre war und sie auch benutzt hat.	38
<b>A.</b>	39
Das Klagepatent betrifft mit seinem Anspruch 1 ein Kleidungsstück, mit dessen Hilfe ein Urinauffangbeutel am Bein eines Benutzers angebracht werden kann und das die den Oberbegriff bildenden Merkmale 1 bis 4.2.1 der nachstehenden Merkmalsgliederung aufweist.	40
Wie die Klagepatentschrift einleitend ausführt (Abs. 0003 bis 0005; deutsche Übersetzung, S. 1, Zeile 22 bis S. 2, Zeile 12), ist ein derartiges gestricktes röhrenförmiges Kleidungsstück aus dem deutschen Patent 41 #####2 bekannt, dessen Figuren 1 und 2 nachstehend wiedergegeben sind. Der Urinbeutel (D; Bezugszeichen entsprechen den nachstehenden Abbildungen) wird zum Anbringen an der Außenseite eines (oberen) Röhrenabschnittes (4) angeordnet; anschließend wird der übrige (untere) Teil (5) der Röhre aus der in Figur 2a gezeigten gestreckten Position über den erstgenannten Abschnitt und den Urinbeutel gezogen, bis der in Figur 2b dargestellte Zustand erreicht ist.	41
Das hat den Nachteil, dass der Beutel sich in dem so entstehenden seitlich offenen ringförmigen Raum seitlich bewegen kann und gegenüber dem Kleidungsstück nur durch das Auslassrohr (E) fixiert wird, das durch eine Öffnung in der Faltstelle (7) der beiden Abschnitte geführt wird. Dadurch kann der Beutel kippen und das Einlassrohr sich vom Katheter lösen. Zur Befestigung des oberen Beutelendes dient praktisch der Katheter, was besonders bei vollem Beutel unangenehm werden kann. Ein weiterer Nachteil besteht darin, dass der röhrenförmige Teil mindestens etwa doppelt so lang sein muss wie die Höhe des Beutels, um das Übereinanderfalten und die Bildung einer Tasche zu ermöglichen. Diese Länge kann beim Anziehen der Röhre über den Fuß und das Bein weitere Schwierigkeiten verursachen. Zieht man die Röhre gestreckt an, kann sich ihr freies Ende gegenüber dem Bein festsetzen; wird sie ringförmig zusammengerollt, ist es mühsam, die Röhre so in Ordnung zu bringen, dass sie eine geeignete Länge über dem Schenkel und dem Knie des Benutzers einnimmt.	42
An dem aus der PCT-Anmeldung WO 86/ 05969 (deren Figuren 1, 2, 5 und 6 nachstehend wiedergegeben sind) bekannten gattungsbildenden Kleidungsstück wird bemängelt, seine Herstellung sei zu zeitaufwendig, weil die verwendeten Elemente zurechtgeschnitten und zusammengenäht werden müssten, und dass es beim Tragen aufgrund von Nähten und Bändern deutlich sichtbar sei (Abs. 0006; deutsche Übersetzung S. 2, Zeilen 14 – 21).	43
Soweit Anspruch 1 betroffen ist, ist in der Klagepatentschrift als Aufgabe (technisches Problem) der Erfindung angegeben, ein einfach und leicht benutzbares Kleidungsstück zu schaffen, das mit wenig Aufwand hergestellt werden kann und den Urinbeutel zuverlässig und sicher unterbringt.	44
Zur Lösung dieser Aufgabe wird in Anspruch 1 des Klagepatentes ein Kleidungsstück zum Anbringen eines Urinauffangbeutels am Bein eines Benutzers vorgeschlagen, das folgende Merkmale miteinander kombiniert:	45
	46

1. das Kleidungsstück weist mindestens einen röhrenförmigen Teil zum Positionieren am Bein des Benutzers auf;
2. das Kleidungsstück ist durch Stricken hergestellt; 47
3. der röhrenförmige Teil weist an seinen Enden elastische Bänder auf; 48
4. der röhrenförmige Teil weist eine Tasche auf; 49
  - 4.1 die Tasche hat eine in Gebrauchsposition nach oben orientierte Öffnung und 50
  - 4.2 einen in Gebrauchsposition nach unten orientierten Boden; 51
    - 4.2.1 der Boden hat mindestens eine Öffnung zur Durchführung eines Auslassrohres des Urinauffangbeutels; 52
    - 4.2.2 der Boden hat mindestens eine Öffnung zur Durchführung eines Auslassrohres des Urinauffangbeutels; 53
5. die elastischen Bänder sind so angeordnet, dass sie einen vollen Urinauffangbeutel halten können; 54
6. die Tasche ist als integraler Teil des röhrenförmigen Teils gefertigt; 54
  - 6.1 der röhrenförmige Teil weist eine Doppelschichtstruktur auf; 55
  - 6.2 die Doppelschichtstruktur ist mit Ausnahme eines Zentralbereichs für die Tasche zusammengestrickt. 56

Kern der Erfindung ist die in der Merkmalsgruppe 6 beschriebene Ausbildung der Tasche als nicht nur aufgenähter, sondern als integraler Bestandteil des röhrenförmigen Teils. Die Tasche ist durch diese Maßnahmen einstückig und materialeinheitlich in den röhrenförmigen Teil eingearbeitet; eine Materialschicht bildet die Vorderseite der Tasche, die andere deren Rückseite. Dadurch, dass die Doppelschichtstruktur außerhalb des Zentralbereiches für die Tasche zusammengestrickt ist – unstreitig kann die Doppelschichtstruktur statt zusammengestrickt auch zusammenwirkt werden –, wird die Tasche nicht nur am Boden, sondern auch seitlich begrenzt, so dass anstelle der im Stand der Technik entstehenden ringförmigen Kammer eine zu drei Seiten abgeschlossene und nur nach oben hin offene "echte" Tasche entsteht. Hat der Benutzer das Kleidungsstück angezogen, kann der Urinauffangbeutel leicht in die Tasche eingeführt, in eine definierte Lage gebracht und sicher – bei entsprechenden Abmessungen der Tasche auch kippsicher – festgehalten werden und lässt sich ohne Ausziehen des Kleidungsstückes auch wieder entnehmen (Klagepatentschrift, Abs. 0010, 0011 und 0022; deutsche Übersetzung S. 3, Abs. 3 und 4; Brückenabsatz S. 6/7). Die Ausbildung des röhrenförmigen Teils in Doppelschichtstruktur mit integraler Tasche verringert auch den Zuschneideaufwand bei der Herstellung. Wählt man ein bahnförmiges Ausgangsmaterial, müssen für das einzelne Kleidungsstück nicht mehrere Stücke zugeschnitten und zusammengefügt werden, sondern man braucht nur einen einzigen Abschnitt von der Bahn abzutrennen, aus dem dann durch Zusammenfügen der beiden Enden die Röhrenform entsteht. Auch die Tasche braucht nicht separat zugeschnitten zu werden. Die Länge des röhrenförmigen Teils kann auf etwa die Höhe des Beutels verringert werden; das vermindert das Risiko, dass die Röhre sich beim Anziehen über den Fuß gegen das Bein festzieht (a.a.O.). Die elastischen Bänder halten das Kleidungsstück auch bei vollem Urinauffangbeutel fest gegen das Bein des Benutzers (Abs. 0009 und 0021; deutsche Übersetzung S. 3, Abs. 2 und S. 6, Abs. 3).

Röhrenförmig bedeutet im Rahmen der erfindungsgemäßen Lehre nicht, dass das Kleidungsstück diese Form auch im abgelegten bzw. nicht angezogenen Zustand aufweisen muss; Anspruch 1 geht es mit diesem Merkmal nur darum, dass das Kleidungsstück im Gebrauch eine das Bein des Benutzers vollständig umschließende Form hat, so dass die elastischen Bänder sich an das Bein anlegen und mit ihrer Spannung das Kleidungsstück mitsamt dem Beutel festhalten. Die Röhrenform ist auch dann gegeben, wenn das Kleidungsstück im abgelegten Zustand bahnförmig ist und die Röhrenform erst dadurch entsteht, dass die beiden parallel zueinander verlaufenden Seiten aufeinander gelegt und miteinander verbunden werden (vgl. Anspruch 6 und Abs. 0015 und 0028 der Klagepatentbeschreibung; deutsche Übersetzung S. 4, Zeilen 20 bis 25 und S. 8, Zeilen 16-21 sowie Figur 5, wobei die hierzu verwendeten Mittel in den Ansprüchen offen gelassen und in das Belieben des Durchschnittsfachmanns gestellt werden; erst die Beschreibung erwähnt als bevorzugte Mittel Nähen (Abs. 0013 und 0028; deutsche Übersetzung S. 4, Zeilen 10-13 und S. 8, Zeilen 16-21) sowie Klettverschlüsse, Druckknöpfe, Schnappbefestiger oder andere Einrichtungen (Abs. 0015, deutsche Übersetzung S. 4, Zeilen 20-25). Die Klagepatentbeschreibung spricht diese Möglichkeit ausdrücklich an (Abs. 0015, 0028 und Figur 5; deutsche Übersetzung S. 4, Abs. 4 und S. 8, Abs. 3); bei einer solchen Ausbildung kann das Kleidungsstück auch Personen angelegt werden, bei denen ein Überziehen über das Bein oder den Fuß unmöglich ist.

**B.** 59

Zwischen den Parteien besteht kein Streit darüber, dass der von der Beklagten in den Verkehr gebrachte Urinbeutelhalter die in Anspruch 1 des Klagepatentes angegebenen Merkmale wortsinngemäß verwirklicht. 60

Gleichwohl sind die Patentbenutzungshandlungen der Beklagten entgegen der Ansicht der Klägerin nicht rechtswidrig, weil ihr an dem angegriffenen Gegenstand ein privates Vorbenutzungsrecht zusteht, welches zu Gunsten desjenigen entsteht, der im Zeitpunkt der Anmeldung bzw. vor dem Prioritätstag des Klagepatentes die Erfindung bereits im Inland in Benutzung genommen oder die dazu erforderlichen Veranstaltungen getroffen hatte (§ 12 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 PatG). 61

Nach dem Ergebnis der im Berufungsverfahren durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die Beklagte, wie bereits das Landgericht aufgrund der erstinstanzlichen Beweisaufnahme angenommen hat, vor dem Prioritätstag des Klagepatentes die unter Schutz gestellte technische Lehre kannte und auch in Benutzung genommen hatte. 62

Die Beweisaufnahme hat ergeben, dass der Sohn der Beklagten, der Zeuge X jun., in deren Betrieb bereits im Jahre 1993 einen Urinbeutelhalter entwickelt hat, der dem als Anlage B 7 vorgelegten Muster und damit der angegriffenen Ausführungsform bis auf den Klettverschluss entsprach. Von dieser Ausführung hat die Beklagte, vertreten durch ihren Ehemann, den Zeugen X sen., Anfang November 1994 etwa 100 Muster an den für die MKE GmbH handelnden Zeugen S mit der Absprache übergeben, die Urinbeutelhalter ggf. mit einem Klettverschluss zu komplettieren und im selben Monat auf der Messe MEDICA in Düsseldorf dem Publikum vorzustellen, was auch geschehen ist. 63

1. 64

Dieser Geschehensablauf erlaubt die Feststellung, dass die Beklagte vor dem Prioritätstag des Klagepatents den erforderlichen Erfindungsbesitz innehatte und auch bereits 65

Benutzungshandlungen vorgenommen hatte. Soweit die Klägerin meint, die Beklagte habe allenfalls eine "Voridee" in Richtung auf die Erfindung entwickelt, weil das Muster erst durch den Zeugen Q mit einem Klettverschluss versehen worden sei, kann ihr nicht gefolgt werden. Wie bereits oben im Einzelnen dargelegt worden ist, steht der bahnförmige Zustand des Kleidungsstückes außerhalb des Gebrauchszustandes der Verwirklichung aller Merkmale des Patentanspruchs 1 nicht entgegen, sofern die Enden der Bahnabschnitte durch Befestigungsmittel wie z.B. Klettverschlüsse, Druckknöpfe, Schnappbefestiger oder dergl. zusammengefügt werden können. Nach den Umständen kann es nicht zweifelhaft sein, dass eine derartige Zusammenfügung von den Beteiligten als selbstverständlich vorausgesetzt wurde, wie auch den Schreiben vom 24. Oktober (Anlage B 8) und vom 3. November 1994 (Anlage B9) zu entnehmen ist. Es war deshalb nur folgerichtig, dass der Zeuge X sen. den Zeugen Q um die Komplettierung mit einem Klettverschluss gebeten hatte, die dieser dann gleichsam im Auftrag der Beklagten jedenfalls bei einem Teil der Muster vorgenommen hat. Wie das Landgericht richtig erkannt hat, ist daher bereits in der Auslieferung der Muster für Messezwecke eine § 12 PatG unterfallende Inbenutzungsnahmehandlung zu sehen.

2. 66

Die Überzeugung des Senats, dass die tatsächlichen Voraussetzungen eines privaten Vorbenutzungsrechts der Beklagten gegeben sind, gründet sich auf die im Kern übereinstimmenden Aussagen der Zeugen X sen., X jun., S und N2, die in sich konsistent sind und mit den objektiven Gegebenheiten in Einklang stehen. Die hierzu teilweise in Widerspruch stehenden Angaben des Zeugen T vermögen keine durchgreifenden Zweifel an der Richtigkeit der Aussagen der vorgenannten Zeugen zu begründen. Der Senat glaubt dem Zeugen T nicht. Es mag dahinstehen, ob der Zeuge T bewusst die Unwahrheit gesagt hat oder ob er Wahrnehmungen über die Entwicklung des Vorbenutzungsgegenstandes, die er nach den Bekundungen der Zeugen X eigentlich gemacht haben müsste, verdrängt oder ausgeblendet hat, etwa weil er den Wert seiner Erfindung "Leggifix" beeinträchtigt sah. Insgesamt erweckte der Zeuge T bei seiner Vernehmung vor dem Senat den Eindruck, er fühle sich vor allem als Vertreter der Interessen der Klägerin und wolle den Inhalt seiner Aussage am Klageziel orientieren. 67

Die Bekundungen der Zeugen X und Q über die Entwicklung und die Ausstellung des Vorbenutzungsgegenstandes finden ihre Bestätigung vor allem in der Aussage des Zeugen N2, der mit den Beteiligten weder in privater noch in geschäftlicher Hinsicht verbunden ist und auch am Ausgang des Rechtsstreits kein Interesse hat, so dass seinen Bekundungen – auch im Hinblick auf den persönlichen Eindruck, den er vor dem Senat hinterlassen hat - besonderes Gewicht beizumessen ist. 68

3. 69

Im Einzelnen sind die Aussagen der Zeugen wie folgt zu würdigen: 70

a) 71

Der Zeuge N2 hat bekundet, er habe sich während eines Besuches der Messe MEDICA den Fuß verstaucht und daraufhin den Messestand des Zeugen S aufgesucht und um einen Gegenstand zum Kühlen seines Fußes gebeten. Dort habe er einen Beutel bekommen, der mit Eis gefüllt worden sei und den er um seinen Fuß gelegt habe; einen derartigen Beutel habe er wenige Wochen vor seiner Vernehmung vor dem Einzelrichter vom Zeugen Q für seine damals 91jährige Mutter besorgen wollen und von der Beklagten erhalten, an die der Zeuge Q ihn weiter verwiesen habe (Einzelrichterprotokoll, S. 33 u. 35; Bl. 270 u. 272 d.A.; 72

vgl. ferner Senatsprotokoll, S. 2 und 5 bis 7; Bl. 330 R, 332 und 333 d.A.).

Aus dieser Aussage geht hervor, dass der Beutel, den der Zeuge auf der Messe erhielt, der angegriffenen Ausführungsform und dem Muster entsprach, das der Zeuge Q zur Erläuterung des Vorbenutzungstatbestandes anlässlich seiner Vernehmung vor dem Landgericht mitgebracht hatte und das als Anlage zur Niederschrift über die dortige Sitzung vom 29. Oktober 2002 genommen worden ist (vgl. Bl. 68 d.A.). Der Zeuge N2 hat den auf der Messe erhaltenen Beutel dahin beschrieben, er habe einen Klettverschluss und Einsätze gehabt, in die das Eis habe eingefüllt werden können, und er habe nach seiner Erinnerung so ähnlich ausgesehen wie das ihm gezeigte Muster; in diesem Zusammenhang erwähnte er nochmals die von ihm als Beutel bezeichnete Tasche (Einzelrichterprotokoll S. 35, Bl. 272 d.A.). Zwar konnte der Zeuge sich an weitere Einzelheiten nicht mehr erinnern und war sich auch nicht sicher, ob der auf der Messe erhaltene Beutel genauso aussah wie derjenige, den er von der Beklagten im Sommer 2004 für seine Mutter bekommen hatte, aber er wusste noch, dass der Beutel bzw. Beutelhalter, den er auf der Messe erhalten hatte, einen Klettverschluss aufwies (Einzelrichterprotokoll S. 34, 35, Bl. 271, 272 d.A.; Senatsprotokoll S. 6, Bl. 332R d.A.). Das hat der Zeuge einleuchtend damit begründet, der Beutelhalter sei nicht übergezogen, sondern um seinen verstauchten Fuß herumgelegt worden (Einzelrichterprotokoll S. 33, 35, Bl. 270, 272 d.A.; Senatsprotokoll S. 6, Bl. 332R d.A.), ohne ihn zu knöpfen oder die Bahnenden mit Gummibändern oder auf sonstige Weise zusammenzuhalten; er sei mit Sicherheit auch deshalb auf die Idee gekommen, einen solchen Gegenstand für seine Mutter zu besorgen, weil dieser einen praktischen Klettverschluss aufgewiesen habe (Senatsprotokoll S. 7, Bl. 333 d.A.). Da andere Urinbeutelhalter als diejenigen der angegriffenen Ausführungsform mit Klettverschluss seinerzeit nicht existierten – auch die Klägerin hat keinen entsprechenden Urinbeutelhalter aufzuzeigen vermocht – lässt sich den Angaben des Zeugen N2 zur Überzeugung des Senats entnehmen, dass der Zeuge Q dem Zeugen N2 einen Urinbeutelhalter überlassen hat, der sämtliche Merkmale des Klagepatentanspruches 1 aufwies. Dass der Klettverschluss bei der Auslieferung durch die Beklagte noch nicht vorhanden war und erst vom Zeugen Q hinzugefügt worden ist, schließt den Erfindungsbesitz der Beklagten aus den oben dargelegten Gründen ebenso wenig aus wie das im abgelegten Zustand bahnförmige Aussehen des Beutelhalters.

73

Der Aussage des Zeugen N2 ist ferner zu entnehmen, dass die Messe MEDICA, auf der er den Urinbeutelhalter vom Zeugen Q erhielt, vor dem Prioritätstag des Klagepatentes – dem 24. April 1995 – stattgefunden hat. Der Zeuge hat das entsprechende Jahr in seiner ersten Vernehmung vor dem Einzelrichter mit 1992/1993 angegeben (Einzelrichterprotokoll S. 33, Bl. 270 d.A.); in seiner zweiten Vernehmung vor dem Senat hat er zunächst ausgesagt, er schätze 92/93/94; mehr könne er wegen der vielen damals von ihm besuchten Messen nicht sagen (Senatsprotokoll S. 3, Bl. 331 d.A.). Später hat er geschätzt, es sei "um die 93 rum" gewesen (Senatsprotokoll S. 5, Bl. 332 d.A.). Dass die betreffende Messe später als 1994 stattfand, ist nach der vom Zeugen gegebenen zeitlichen Einordnung ausgeschlossen. Der Zeuge hat hierzu ausgesagt, nach seiner Erinnerung könne die hier interessierende Messe MEDICA nicht später als 1994 stattgefunden haben, weil er dann eine andere Anstellung angetreten habe (Einzelrichterprotokoll S. 34, Bl. 271 d.A.), die ihm deshalb noch Erinnerung war, weil er sich mit für ihn neuen Aufgaben befassen musste. In seiner Vernehmung vor dem Senat hat er hierzu ergänzend bekundet, er sei – darüber habe er sich noch einmal vergewissert – 1993 von I nach M gekommen (Senatsprotokoll S. 2, Bl. 330R d.A.) und habe viele Messen besucht, um Kunden für sein eigenes Unternehmen zu gewinnen, das Verpackungen verkauft habe (Senatsprotokoll S. 2-4, Bl. 330R bis 331R d.A.; im Oktober 1993 habe er eine neue Stelle in L4 angetreten bei einer Firma, die Hygieneprodukte vertrieben habe, wo er dann auch wieder einen Displaybereich aufgebaut habe

74

(Senatsprotokoll S. 4, Bl. 331R d.A.). Auf der MEDICA sei er mindestens zwei-, dreimal gewesen (Senatsprotokoll S. 5, Bl. 332 d.A.). Davon, dass der Stellenwechsel des Zeugen in L4 tatsächlich im Oktober 1993 stattgefunden hat, kann ausgegangen werden, nachdem der Zeuge sich vor seiner erneuten Vernehmung vor dem Senat über diese Vorgänge eigens noch einmal vergewissert hat. Dass er dies getan hat, zeigt, dass er sich in hohem Maße um eine wahrheitsgemäße Aussage bemüht und alles in seinen Kräften Stehende unternommen hat, um zu einer richtigen zeitlichen Einordnung zu gelangen. Sein Bemühen um eine wahrheitsgemäße Aussage kommt auch darin zum Ausdruck, dass der Zeuge Vorgänge, an die er sich nicht mehr genau erinnern konnte, auch stets entsprechend relativiert hat. Die geringe zeitliche Diskrepanz zwischen der ersten Bekundung des Zeugen, der Stellenantritt sei 1994 gewesen, und dem tatsächlichen Stellenwechsel im Oktober 1993 zeigt weiterhin, dass das Erinnerungsvermögen des Zeugen auch schon hinreichend zuverlässig war, als er vor dem Einzelrichter aussagte und die zeitliche Einordnung der Messe aus dem Gedächtnis heraus vorgenommen hat. Unter diesen Umständen kann davon ausgegangen werden, dass auch der vom Zeugen bekundete zeitliche Zusammenhang zwischen seinem Stellenwechsel und der hier interessierenden Messe MEDICA besteht und ihm der Urinbeutelhalter im Jahre 1994 auf der Messe MEDICA ausgehändigt worden ist.

b) Die zeitliche Einordnung der Aushändigung des vorbenutzten Urinbeutelhalters auf der Messe MEDICA des Jahres 1994 an den Zeugen N2 stimmt überein mit der Aussage des Zeugen S und wird bestätigt durch die als Anlagen B 8 und B 9 vorgelegten Schreiben. Der Zeuge S hat vor dem Landgericht ausgesagt, die Beklagte habe ihm "Anfang der 90er Jahre" etwa 30 Musterstücke – im Verlauf seiner weiteren Vernehmung hat er von 30 bis 40 und am Schluss von möglicherweise 100 Mustern gesprochen (Landgerichtsprotokoll S. 2 bis 4; Bl. 61-63 d.A.) – eines Urinbeutelhalters zur Verfügung gestellt, der dem vom Zeugen Q zur damaligen Vernehmung mitgebrachten und bis dahin in seinem Keller verwahrten Muster entsprochen habe. Dieses Muster stimmt mit der angegriffenen Ausführungsform überein und weist wie diese die Merkmale des Klagepatentanspruches 1 auf; insofern gelten die Ausführungen betreffend den dem Zeugen N2 ausgehändigten Urinbeutelhalter sinngemäß. Als der Zeuge die Muster erhielt, fehlten lediglich die Klettverschlüsse, die der Zeuge nach Absprache mit der Beklagten hinzugefügt hat, bevor er die Muster mit zur Fachmesse "MEDICA" nahm, um sie dort als Neuheit vorzustellen. Diese Aussage hat er vor dem Einzelrichter im Berufungsverfahren wiederholt (Einzelrichterprotokoll S. 2 ff.; Bl. 239 ff. d.A.), wobei sich in der Berufungsinstanz herausgestellt hat, dass der Zeuge Q nur einen Teil der Muster mit Klettverschluss versehen hat; hierbei handelte es sich zumindest um das vom Zeugen zu seiner erstinstanzlichen Vernehmung mitgebrachte Exemplar und den Beutelhalter, den er dem Zeugen N2 ausgehändigt hatte, um dessen verstauchten Fuß zu kühlen (vgl. Senatsprotokoll S. 12/13, Bl. 335R, 336 d.A.).

75

Als Jahr der Präsentation auf der Messe hat der Zeuge in seiner Vernehmung vor dem Senat konkret das Jahr 1994 genannt (Senatsprotokoll S. 7/8, Bl. 333/333 R d.A.). Diese Angabe erscheint zutreffend, denn dass diese Messe im November 1994 stattgefunden hat, belegen auch das als Anlage B 8 vorgelegte Schreiben vom 24. Oktober 1994, mit dem die MKE GmbH bei der Beklagten Muster anfordert, um sie auf der bevorstehenden Messe vorzustellen, und das Antwortschreiben des Zeugen X vom 3. November 1994 (Anlage B 9) als Begleitschreiben zu den von der Beklagten zur Verfügung gestellten Musterstücken, deren Empfang der Zeuge S auf diesem Schreiben quittiert hat (Einzelrichterprotokoll S. 5, Bl. 242 d.A.). Diese Schreiben hat der Zeuge Q bei seiner Vernehmung wieder erkannt und in ihrem Inhalt bestätigt. Entgegen der Ansicht der Klägerin ergeben sich keine Zweifel an der inhaltlichen Richtigkeit der beiden Schreiben. Das Schreiben gemäß Anl. B 9 trägt den damaligen Briefkopf der Beklagten. Das hat der Zeuge X sen. bestätigt (Senatsprotokoll S.

76

30; Bl. 344R d.A.), und aus seinen weiteren Bekundungen (a.a.O;) geht hervor, dass solche Schreiben auch dann verwendet wurden, wenn einem Nachbarn etwas geliefert wurde.

Diesem Ergebnis steht nicht, wie die Klägerin geltend macht, die Erfahrungstatsache entgegen, dass häufig vor einer Entscheidung über die Ausstellung eines neuen Produktes auf einer Messe längere Zeit vergeht, um das Für und Wider zu erörtern. Zwar hat die MKE GmbH nach dem Inhalt des Schreibens gemäß Anlage B 8 nur einen Tag für diesen Entschluss benötigt, jedoch war für diese Entscheidung keine längere Erörterung notwendig, weil sie offensichtlich vom Zeugen Q allein getroffen worden ist. Die Tragweite dieser Entscheidung war überdies nur gering, denn es ging ihm bei seiner Zusage an den Zeugen X, den neuen Urinbeutelhalter auf der bevorstehenden MEDICA zu zeigen, noch nicht um eine Aufnahme in das eigene Warensortiment bzw. Vertriebsprogramm der MKE GmbH, vielmehr wollte der Zeuge Q für die Beklagte zunächst nur testen, ob und wie der neue Beutelhalter bei in Betracht kommenden Kunden "ankommen" werde; erst nach einer positiven Resonanz beim Publikum hätte sich die Frage gestellt, ob der neue Urinbeutelhalter in das Vertriebsprogramm aufgenommen werden sollte. Dementsprechend hatte der Zeuge Q den Beutelhalter, nachdem dieser auf der Messe 1994 nicht den erhofften Anklang gefunden hatte, auch nicht ins Vertriebsprogramm aufgenommen und ihn auch in späteren Jahren auf der Messe MEDICA nicht mehr präsentiert (vgl. Senatsprotokoll S. 8/9 und S. 13-15; Bl. 333R, 334 und 336-337 d.A.).

77

Ebenso wenig ergeben sich Zweifel an der Richtigkeit der Aussage S daraus, dass er nach den Bekundungen des Zeugen T (Einzelrichterprotokoll S. 41, 42; Bl. 278, 279 d.A.) an einer ihm zuvor vom Zeugen T angebotenen Textilurinbeutelhalterung "Leggifix" – hierbei handelt es sich um den in der einleitenden Patentbeschreibung erörterten Beutelhalter gemäß der vorbekannten deutschen Patentschrift 41 #####2 – kein Interesse hatte, weil er keinen Zugang für dieses Produkt zum Markt habe und auch keine Komplementärprodukte wie Urinschläuche oder –beutel führe. Abgesehen davon, dass der Zeuge Q dieser Aussage des Zeugen T widersprochen hat (Einzelrichterprotokoll S. 10 und 11; Bl. 247, 248 d.A.), hat er die Resonanz der Urinbeutelhalter nur für die Beklagte testen wollen, um für diese herauszufinden und ihr die Entscheidung zu erleichtern, ob sich eine Serienproduktionsaufnahme wirtschaftlich überhaupt lohne. In diesem Stadium spielt es noch keine Rolle, ob auch Komplementärprodukte im Sortiment vorhanden sind. Da die Ausstellung des hier interessierenden Urinbeutelhalters auf der Messe MEDICA 1994 auch durch die Bekundungen insbesondere des Zeugen N2, die als Anlage B 8 und 9 vorgelegten Schreiben und durch die nachstehend noch zu würdigenden Bekundungen der Zeugen X sen. und X jun. belegt wird, steht der Glaubwürdigkeit des Zeugen Q auch nicht entgegen, dass er sich vor seiner Vernehmung vor dem Einzelrichter die landgerichtlichen Vernehmungsprotokolle besorgt hatte (vgl. Einzelrichterprotokoll S. 2, Bl. 239 d.A.) und dass er auch vor der Vernehmung vor dem Senat mit dem Zeugen X über den Gegenstand seiner Einvernahme gesprochen und sich auch seine bisherige Aussage nochmals durchgelesen hat (vgl. Senatsprotokoll, S. 9 und 10; Bl. 334, 334R d.A.). Gestützt werden die Bekundungen des Zeugen Q weiterhin durch die Aussage des Zeugen X sen., er habe dem Zeugen Q die Muster gebracht (vgl. Einzelrichterprotokoll S. 31, Bl. 268 d.A.).

78

Die Klägerin kann die Existenz und die inhaltliche Richtigkeit der als Anlagen B 8 und 9 vorgelegten Schreiben und der Aussage des Zeugen Q auch nicht mit dem Hinweis in Abrede stellen, der Zeuge habe bekundet, es sei damals nicht üblich gewesen, Neuentwicklungen schriftlich zu bestätigen (Landgerichtsprotokoll S. 4, Bl. 63 d.A.). Der Zeuge Q hat dazu erklärt, er habe mit der genannten Aussage keine Rechnungen, Bestellungen – wie die Schreiben gemäß Anlagen B 8 und 9 -und dergleichen gemeint.

79

Dass der Zeuge T bei dem von ihm bekundeten Besuch auf dem Messestand des Zeugen Q im Jahre 1994 die vorbenutzten Urinbeutelhalter nicht gesehen hat, schließt, auch wenn man seiner –vom Zeugen Q widersprochenen – Aussage folgt, er habe auf dieser Messe auch den Stand des Zeugen Q besucht, nicht aus, dass der Zeuge Q sie dennoch auf seinem Stand hatte. Der Zeuge T schlussfolgert das von ihm Bekundete letztlich nur daraus, dass Q ihm kein Muster gezeigt und er auf dem Messestand auch keines ausgestellt gesehen habe. Dieser Umstand findet eine plausible Erklärung darin, dass der Zeuge Q, wie er ausgesagt hat, die hier interessierenden Mustergegenstände auf der Messe entsprechend seiner Übung nicht offen ausgestellt, sondern sie nur interessanten Kunden gezeigt hat, von denen er sich vorstellen konnte, dass sie dieses Produkt benötigten, nämlich Kunden, die Netzhöschen und andere Artikel des Krankenhaus- und Altenheimbedarfs vertrieben (Landgerichtsprotokoll, S. 2, 3 und 4, Bl. 61, 62 und 63 d.A.; Einzelrichterprotokoll, S. 4, Bl. 241 d.A.; Senatsprotokoll, S. 14/15; Bl. 336R, 337 d.A.); da sie nach seiner überzeugenden Aussage (Einzelrichterprotokoll, S. 4; Bl. 241 d.A.) zusammen mit Katalogen und anderen Mustern unter der Verkaufstheke lagen, waren sie für jemanden, der nicht gezielt nach ihnen suchte, kaum aufzufinden oder zu erkennen. Dafür, dass er T das Muster nicht gezielt vorgestellt hatte, hat Q die einleuchtende Erklärung gegeben, er habe zu T ein gespanntes Verhältnis, was auch der Zeuge T nicht in Abrede gestellt hat (vgl. Einzelrichterprotokoll, S. 40; Bl. 277 d.A.). Dass der Messestand des Zeugen Q so beschaffen war, dass die hier interessierenden Urinbeutelhalter den Blicken der Standbesucher auf keinen Fall hätten entzogen werden können, ergibt auch die Aussage des Zeugen T nicht. Die weitere Bekundung des Zeugen T (Landgerichtsprotokoll, S. 6, Bl. 65 d.A.), er könne sich daran erinnern, dass der Zeuge Q, die er verkauft habe, auch auf der Messe dekoriert habe, ist nur allgemein gehalten und befasst sich nicht mit dem hier interessierenden Urinbeutelhalter; sie benennt auch sonst keine Gegenstände, die auf dem Messestand des Zeugen Q sichtbar waren, obwohl sie nach den Bekundungen des Zeugen Q eigentlich unter Verschluss gewesen sein müssten. Auch die Aussage des Zeugen N2 belegt, dass der Zeuge Q die Beutelhalter nicht offen ausstellte; auch er hatte, als er den Stand des Zeugen Q aufsuchte, um sich eine Bandage für seinen verstauchten Fuß zu besorgen, keine Urinbeutelhalter in der Auslage gesehen (Einzelrichterprotokoll S. 34, Bl. 271 d.A.).

80

Auch wenn der Zeuge Q keine näheren Angaben darüber machen konnte, welchen Kunden er die von der Beklagten erhaltenen Urinbeutelhalter auf der Messe vorgestellt hat, besteht kein Anlass, die Richtigkeit seiner Aussage in Frage zu stellen. Seine Angabe, für ihn persönlich sei der Artikel insbesondere mangels Kundenresonanz von geringem Interesse gewesen und es gebe insoweit auch keine Aufzeichnungen mehr, erklärt zwanglos den Umstand, dass er Namen von Kunden, denen er das Produkt auf der Messe gezeigt hatte, nicht mehr in Erinnerung hatte (vgl. Senatsprotokoll, S. 14/15; Bl. 336R, 337 d.A.).

81

c) Die Bekundungen des S, er habe im Jahr 1994 auf der Messe MEDICA einen Urinbeutelhalter angeboten, der in seiner funktionellen Beschaffenheit dem Muster gemäß Anlage B 7 und dem von ihm zur Vernehmung vor dem Landgericht mitgebrachten Gegenstand (Hülle Bl. 68 GA) entsprochen habe, wird weiterhin bestätigt durch die Aussage des Zeugen X sen., er habe, nachdem die vorausgegangenen Entwicklungsarbeiten 1993 im wesentlichen abgeschlossen und das Produkt 1994 präsentationsreif gewesen sei, dem Zeugen N zur Verfügung gestellt, damit dieser sie mit zur Messe nehme, um zu testen, wie das Produkt bei Kunden ankomme (Einzelrichterprotokoll S. 27 und 31; Bl. 264, 268 d.A.; Senatsprotokoll S. 30 und 35-37, Bl. 344R, 347 und 348 d.A.). Der Zeuge X sen. hat ferner übereinstimmend mit seinem Sohn, dem Zeugen X jun., bekundet, sein Sohn habe sich seit seinem Eintritt in den Betrieb der Beklagten im Dezember 1992 mit der Entwicklung eines neuen Urinbeutelhalters als Alternative zu dem damals auf dem Markt befindlichen Erzeugnis

82

"Leggifix" befasst, das dem in der Klagepatentschrift als Stand der Technik erörterten deutschen Patent 41 #####2 entspricht und auch nach den Schilderungen des Zeugen X jun. die in der Klagepatentschrift beschriebenen Nachteile aufwies (vgl. Einzelrichterprotokoll, S. 15; Bl. 252 d.A. [X jun.]; S. 26-28, Bl. 263-265 d.A., [X sen.]). Ein dem Muster gemäß Anlage B 6 entsprechendes Versuchsstück habe sich der Zeuge X jun. zusammen mit einem mit Wasser gefüllten Urinbeutel am Bein befestigt und dabei festgestellt, dass der Halter mit dem Beutel vom Bein heruntergerutscht sei (vgl. Aussage X jun., Einzelrichterprotokoll S. 18, Bl. 255 d.A.). Nach weiteren Versuchen sei dann Mitte 1993 eine Version fertig gestellt worden, die im wesentlichen Anlage B 7 entsprochen habe, allerdings noch keinen Klettverschluss aufgewiesen habe. Die Arbeiten seien auf einer kleineren Raschelmaschine vorgenommen worden, die wegen ihrer geringeren Größe in kürzerer Zeit habe eingerichtet werden können (X jun., Einzelrichterprotokoll S. 17, 19 u. 20; Bl. 254, 256/257 d.A.; X sen., Einzelrichterprotokoll S. 29, Bl. 266 d.A.).

d)

83

Der Senat hält auch diese Aussagen für glaubhaft. Zwar hat der Zeuge T entgegen den Angaben der Zeugen X sen. und jun. bekundet, er habe im Betrieb der Beklagten auf der Versuchsmaschine keinen Urinbeutelhalter gesehen, obwohl die Maschine in der fraglichen Zeit auch für ihn zugänglich gewesen sei, und er hätte aufgrund seiner Fachkenntnisse einen Urinbeutelhalter als Muster auf der Maschine auch erkannt (Einzelrichterprotokoll, S. 38, 45 u. 46; Bl. 275, 282 u. 283 d.A.; Senatsprotokoll S. 25, Bl. 342 d.A.); auch der Zeuge X habe ihm von einem neuen Urinbeutelhalter nichts erzählt, obwohl er damals mit ihm eine geschäftliche Zusammenarbeit geplant und vorbereitet habe (Einzelrichterprotokoll S. 39 und 49 ff.; Bl. 276 u. 286 ff.); Urinbeutelhalter hätten ihn im Hinblick auf das von ihm selbst erfundene Erzeugnis "Leggifix" auch persönlich stark berührt, so dass er entsprechende Entwicklungsarbeiten an einem neuen derartigen Erzeugnis, hätten sie stattgefunden, sicher noch sehr deutlich in Erinnerung hätte (Senatsprotokoll S. 23, 25, Bl. 341, 342 d.A.). Es erscheint jedoch – will man nicht eine bewusst unrichtige Aussage annehmen - nicht ausgeschlossen und sogar naheliegend, dass der Zeuge die Entwicklung eines neuen Urinbeutelhalters im Hinblick auf seine ältere Erfindung bewusst oder unbewusst nicht wahrgenommen hat, weil er an dem Vertrieb des entsprechenden Erzeugnisses "Leggifix" festhalten wollte. Dementsprechend hat auch die D GmbH (inzwischen umbenannt in "T GmbH"), deren Geschäftsführer der Zeuge T ist, nach ihrer Gründung im Jahr 1994 zunächst das Erzeugnis "Leggifix" vertrieben, obwohl sie hierzu nicht berechtigt war, auf die Abmahnung der Patentinhaberin F zunächst die Erfolgsaussichten eines Angriffes auf das ältere Patent überprüft und erst nach einer ungünstigen Prognose mit der Entwicklung eines Ersatzproduktes begonnen (Einzelrichterprotokoll S. 42, 43; Bl. 279, 280 d.A.). Wie die weitere Aussage des Zeugen T zeigt, ging es ihm offenbar bei einer Besichtigung der Maschinen in den Produktionsräumen der Beklagten zudem in erster Linie darum, festzustellen, ob die Beklagte Erzeugnisse produzierte, mit denen sie zu der damaligen Arbeitgeberin des Zeugen T, der F GmbH, in Wettbewerb getreten wäre; so konnte er sich noch daran erinnern, dass die Beklagte auf den seinerzeit gerade angeschafften Raschelmaschinen Netzhosen gemustert hatte, die auch das Hauptprodukt von F waren (Senatsprotokoll S. 25/26; Bl. 342, 342 R d.A.; Einzelrichterprotokoll, S. 42, 44 und 45; Bl. 279, 281 u. 282 d.A.). Die weitere gezielte Beobachtung hat er sodann eingestellt, nachdem der Inhaber der F GmbH die Beklagte zur Einhaltung des entgegenstehenden Liefervertrages gemäß Anlage B 3 angehalten und die Beklagte daraufhin die Bemusterung von Netzhöschen eingestellt hat (Senatsprotokoll S. 26, Bl. 342R d.A.).

84

85

Der Zeuge T steht darüber hinaus im Lager der Klägerin. Hätte er bekundet, er habe den erfindungsgemäßen Urinbeutelhalter im Entwicklungsstadium als Muster auf einer Raschelmaschine im Betrieb der Beklagten gesehen, hätte er die Klägerin der Gefahr ausgesetzt, wegen widerrechtlicher Entnahme der Erfindung in Anspruch genommen zu werden. Es ist daher nicht ausgeschlossen und sogar naheliegend, dass der Zeuge mit seiner Aussage auch im Blick hatte, von der Klägerin diese Konsequenz und von sich selbst möglicherweise auch für ihn von Seiten der Klägerin zu erwartende Sanktionen abzuwenden.

Die Glaubhaftigkeit der Bekundungen der Zeugen X jun. und X sen. lässt sich entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht mit dem Einwand in Frage stellen, insbesondere im Vergleich mit dem in ihrem Hause für die Entwicklung des unter Schutz gestellten Urinbeutelhalters benötigten Zeitraumes erscheine die vom Zeugen X jun. als Entwicklungsdauer angegebene Zeitspanne von etwa einem halben Jahr als unrealistisch kurz, und die Beklagte habe darüber hinaus auch weder Dokumente wie Skizzen, Versuchsprotokolle oder Notizen über Maschineneinstellungen für einzelne Entwicklungsschritte noch Strick- bzw. Wirk-Warendiagramme entsprechend Figur 8 der Klagepatentschrift vorgelegt, deren Erarbeitung zur Entwicklung des erfindungsgemäßen Urinbeutelhalters, zur Einfädelung und zur Maschinenkontrolle unabdingbar notwendig sei. Dass es für die Entwicklungsarbeiten der Beklagten solche Abbildungen oder Vorlagen nicht gibt, geht darauf zurück, dass der Zeuge X jun. die einzelnen Entwicklungsschritte nicht vor der Ausführung computergestützt entworfen hat (vgl. auch Aussage T, Senatsprotokoll S. 28, Bl. 343R d.A.), sondern die Entwicklungsarbeiten unmittelbar auf einer eigens für diese Zwecke vorhandenen Maschine vorgenommen hat; hierbei handelt es sich um die vom Zeugen X sen. (Einzelrichterprotokoll S. 29, Bl. 266 d.A.) und von X jun. (Einzelrichterprotokoll S. 17-19; Bl. 254-256 d.A.) und auch vom Zeugen T erwähnte besondere – in ihren Abmessungen gegenüber den zur Fertigung verwendeten kleinere und schneller einzurichtende – Raschelmaschine im Betrieb, an der der Zeuge X jun. seine Versuche, ohne zuvor schriftliche Unterlagen zu erstellen, gemacht und die notwendigen Einstellungen vorgenommen hatte. Die von ihm angegebene für die Umstellung dieser kleinen Maschine von einem Muster auf ein anderes benötigte Zeit von etwa 4 bis 6 Wochen (Einzelrichterprotokoll S. 19-21; Bl. 256-258 d.A.) entspricht in ihrer Größenordnung im übrigen auch dem von der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 30. Juni 2003 (Bl. 203 d.A.) und vom Zeugen T (Einzelrichterprotokoll S. 47, Bl. 284 d.A.) für das erstmalige Einstellen angegebenen Zeitraum von mehreren Wochen. Ebenso besteht in der wesentlichen Größenordnung Übereinstimmung mit den Angaben des Zeugen T, der in seiner Vernehmung vor dem Einzelrichter ausgesagt hat, im Hause der Klägerin habe die Entwicklung des erfindungsgemäßen Urinbeutelhalters etwa ein halbes bis drei Viertel Jahr in Anspruch genommen (Einzelrichterprotokoll S. 43, Bl. 280 d.A.). Der Senat ist davon überzeugt, dass der Zeuge X jun. zu diesen Arbeiten befähigt war, nachdem er von Juli bis Dezember 1990 beim Hersteller der hier in Rede stehenden Raschelmaschinen einen Lehrgang für Kettenwirkerei absolviert hatte (vgl. Anl. B 4) und anschließend dort bis November 1992 als Arbeitnehmer beschäftigt war (vgl. Anl. B 5).

86

Auch der Umstand, dass die Beklagte den angegriffenen Urinbeutelhalter nach der Präsentation auf der Messe MEDICA nicht auf den Markt gebracht hat, stellt den von den Zeugen N2, Q, X sen. und X jun. bekundeten Vorbenutzungstatbestand nicht in Frage. Der Zeuge X sen. hat das Unterlassen einer Vermarktung im Anschluss an die Messepräsentation einleuchtend damit erklärt, Me, der damalige Inhaber von F, habe ihm, nachdem er – der Zeuge – ihm den neu entwickelten Gegenstand gezeigt habe, unter Hinweis auf den damals noch bestehenden Liefervertrag untersagt, den Urinbeutelhalter auf den Markt zu bringen, ihm für den Fall der Zuwiderhandlung mit Konsequenzen gedroht und zum Ausgleich zusätzlich die Netzschlauchproduktion versprochen (Einzelrichterprotokoll, S.

87

30, 32; Bl. 267, 269 d.A., Senatsprotokoll S. 34-37; Bl. 345R-348 d.A.). Nachdem zum einen Unsicherheit über das weitere Schicksal von Me Elastics und damit auch der Beklagten als deren Zulieferer aufgekommen war, hatte X sen. nach seinen weiteren einleuchtenden Bekundungen mit Rücksicht auf den Liefervertrag keine Vermarktung vorgenommen, andererseits aber das neu entwickelte Produkt auch F nicht angeboten, weil er zunächst die weitere Entwicklung abwarten wollte. Er hat lediglich ohne Absprache mit Me im Jahr 1994 den Urinbeutelhalter durch den Zeugen Q auf der Messe testen lassen (Senatsprotokoll S. 37, Bl. 348 d.A.). Dem entspricht es, dass der Zeuge X sen., nachdem der Urinbeutelhalter auf der Messe nur verhaltene Resonanz ausgelöst hatte, zunächst nichts weiter unternommen und mit der Vermarktung erst begonnen hat, nachdem der Liefervertrag mit F beendet war. Damit stimmt auch überein, dass der Zeuge X sen. auf einer im Rahmen einer in Aussicht genommenen Zusammenarbeit stattgefundenen Reise zur Klägerin dieser die neue Entwicklung nicht präsentiert hatte, zumal er befürchtete, andere würden sich diese Entwicklung aneignen (Senatsprotokoll S. 37, Bl. 348 d.A.).

Auch der Umstand, dass die Beklagte sich in ihrer Antwort auf die Abmahnung der Klägerin aus dem Klagepatent noch nicht auf ein Vorbenutzungsrecht berufen hatte, ist unter den hier gegebenen Verhältnissen kein Hinweis darauf, dass der von den Zeugen geschilderte Vorbenutzungstatbestand in Wahrheit nicht gegeben ist. Laien ist der Tatbestand des privaten Vorbenutzungsrechts häufig unbekannt, und seine Voraussetzungen werden oft erst offenbar, wenn ein patent- oder rechtsanwaltlicher Berater von sich aus ein gezieltes Nachfragen unternimmt, was zur Vorbereitung der Antwort vom 7. Juni 2000 auf die Abmahnung offenbar nicht geschehen war. Wie sich aus der Aussage des Zeugen X jun. vor dem Einzelrichter (Einzelrichterprotokoll S. 24, Bl. 261 d.A.) ergibt, ist die Geltendmachung des Vorbenutzungsrechts seinerzeit möglicherweise auch deshalb unterblieben, weil die Zeugen X jun. und sen. der laienhaften Auffassung waren, solange noch keine eigene Schutzrechtsanmeldung getätigt worden sei, könne man sich auf eine Vorbenutzung nicht berufen. 88

### III. 89

Da die Berufung der Klägerin erfolglos geblieben ist, hat sie nach § 97 Abs. 1 ZPO auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen; die Anordnungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeben sich aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO. 90

Es bestand keine Veranlassung, die Revision zuzulassen, weil die hierfür in § 543 ZPO n.F. niedergelegten Voraussetzungen ersichtlich nicht vorliegen. Als reine Einzelfallentscheidung hat die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO n.F. noch erfordern die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung oder die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts i.S.d. § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO n.F. 91

. 92

R1 R2 Dr. R3 93