

mit der Bestätigung, dass die Eheleute Wittwer « gemäss Antrag und den entsprechenden Versicherungsbedingungen » bei der « Winterthur » versichert seien, sei der Aushändigung der Police im Sinne des Art. 19 VVG gleichzustellen und damit die Bestimmung der Versicherungsbedingungen, dass die Versicherung erst mit Bezahlung des zweiten Heftes beginne, ausser Kraft gesetzt. Allein weder diese Vertragsurkunde als solche noch die darin enthaltene « Bestätigung » des Versichertseins ist eine Versicherungspolice und kann derselben auch nicht gleichgeachtet werden; denn das Vertragsverhältnis zwischen dem die Bestätigung abgebenden Verlag und dem Abonnenten ist kein Versicherungsvertrag, sondern ein Abonnementsvertrag kombiniert mit einem *Auftrag* auf Abschluss einer Versicherung. Bei Art. 19 Abs. 2 VVG handelt es sich aber um eine Sonderbestimmung hinsichtlich der Police, die nicht derart ausdehnend ausgelegt werden darf.

b) Art. 45 VVG ist hier nicht anwendbar. Auch wenn man annehmen will (was i. S. Schnellli c. « Winterthur », SlgVA VII, Nr. 332 dahingestellt blieb), dass es sich bei der Verpflichtung, die Hefte Zug um Zug zu bezahlen, um eine « Obliegenheit » im Sinne des Art. 45 handle, so kann daraus für die Kläger nichts gewonnen werden; denn diese Bestimmung hat nicht das Inkrafttreten der Versicherung, sondern deren Suspendierung bzw. den Wegfall des Versicherungsanspruchs zufolge Unterlassung einer dem Versicherten obliegenden Handlung im Auge. Sie schützt diesen nur gegen den Verlust eines bereits erworbenen Rechtes, kann aber den Erwerb eines wegen Unterlassung einer Handlung noch nicht erworbenen Rechtes nicht herbeiführen. Die Unterlassung einer Handlung, die zum Zustandekommen der Versicherung vorausgesetzt ist, kann nicht nach Art. 45 entschuldigt werden. Zudem bestand im vorliegenden Falle kein Hindernis, die Zahlung zu leisten. Wenn die Eheleute Wittwer nicht in Kauf nehmen wollten, dass das zweite Heft erst bei

Ablieferung des dritten bezahlt werde und damit die Versicherung erst dann in Kraft trete, konnten sie den Betrag für das erhaltene Heft der Verträgerin bringen oder senden.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 21. September 1942 bestätigt.

## VI. ERFINDUNGSSCHUTZ

### BREVETS D'INVENTION

58. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Dezember 1942 i. S. Dr. W. Schaufelberger & Co. gegen Calora A.-G. und Däniker.

*Art. 4 PatG.* Begriff und Voraussetzungen der Offenkundigkeit. Die Neuheit der Erfindung eines Heizkissen-Temperaturreglers ist zerstört, wenn vor der Anmeldung 10 Heizkissen mit dem gleichen Regler im freien Handel verkauft wurden.

*Art. 4 LB.* Notion et conditions de la *divulgation*. La nouveauté de l'invention d'un régulateur de la température d'un coussin électrique est perdue lorsque, avant la demande de brevet, dix coussins munis de cet appareil ont été vendus librement.

*Art. 4 della legge federale sui brevetti d'invenzione.* Concetto e presupposti della *divulgazione*. La novità dell'invenzione di un regolatore della temperatura d'un cuscino elettrico può non esiste se, prima della domanda di brevetto, dieci cuscini muniti di questo apparecchio sono stati venduti liberamente.

*Aus dem Tatbestand:*

Die Klägerin stellt elektrische Heizkissen her. Sie ist Inhaberin des schweizerischen Patentes Nr. 99,064, das als Temperaturregler betitelt ist und am 21. Juli 1922 angemeldet wurde. Die Erfindung dient dazu, in elektrisch geheizten Apparaten, insbesondere in Heizkissen, die Temperatur gleichzuhalten. Die Klägerin reichte gegen die Calora A.-G. und deren Geschäftsführer Däniker Patentverletzungsklage ein; die Beklagten verlangten mit

einer Widerklage die Nichtigerklärung des Patentes Nr. 99,064. Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Hauptklage ab und hiess die Widerklage gut; es begründete das Urteil gestützt auf ein Gutachten von Professor Dr. Rupp u. a. wie folgt: Der Erfindungsgedanke des Patentes Nr. 99,064 werde im deutschen Patent Nr. 414,762 der Fa. Scherbius und Ritter in Berlin-Wannsee als bekannt vorausgesetzt. Dieses am 29. Juni 1920 angemeldete Patent sei allerdings erst am 9. Juni 1925 veröffentlicht worden. Die Fa. Scherbius und Ritter habe jedoch diesen später patentierten Temperaturregler, den sogenannten Scherip-Regler, schon im Jahre 1921 hergestellt. Heizkissen mit diesem Regler seien schon vor dem 21. Juli 1922 in die Schweiz gelangt, sodass die Erfindung vor der Anmeldung im Sinne von Art. 4 PatG in der Schweiz offenkundig geworden sei. Das Patent Nr. 99,064 müsse daher gemäss Art. 16 Ziff. 4 PatG nichtig erklärt werden.

Auf Berufung der Klägerin hin bestätigte das Bundesgericht das Urteil des Handelsgerichtes.

*Aus den Erwägungen:*

Die Vorinstanz stellte in bezug auf die neuheitszerstörende Wirkung des Scherip-Reglers folgenden Sachverhalt fest:

Die Fa. Prometheus G. m. b. H in Frankfurt a. M. lieferte am 9. Juli 1921 ein Heizkissen nach Zürich an einen nicht mehr feststellbaren Empfänger. Vom 10. Dezember 1921 bis zum 25. Februar 1922 sandte sie der Prometheus A.-G. in Liestal unter vier Malen insgesamt 19 Heizkissen. Einzelne Weiterverkäufe dieser Kissen an Abnehmer in der Schweiz konnte die Vorinstanz nicht ermitteln. Sie kam aber auf Grund des Beweisergebnisses zum Schluss, von den insgesamt 9 Heizkissen der ersten drei Lieferungen an die Prometheus A.-G. müsse der grösste Teil, und von den 10 Heizkissen der vierten Lieferung wenigstens eine Anzahl vor dem 21. Juli 1922,

dem Tag der Anmeldung des klägerischen Patentes, im freien Handel in der Schweiz weiterverkauft worden sein. Es ist somit davon auszugehen, dass sicher 10 Prometheus-Heizkissen, aber nicht erheblich mehr, vor der Patentanmeldung auf diese Weise in der Schweiz verkauft wurden.

Wie die Vorinstanz sodann auf Grund eines einlässlichen Beweisverfahrens und nach Anhörung des Sachverständigen Prof. Dr. Rupp und des fachkundigen Handelsrichters weiter feststellte, waren die von der Fa. Prometheus gelieferten Heizkissen mit dem Scherip-Regler versehen, den die Fa. Prometheus in Zusammenarbeit mit der Erfinderrfirma Scherbius & Ritter herstellte. Die Fa. Prometheus gab im Jahre 1921 einen für Deutschland bestimmten Katalog heraus, worin Heizkissen mit den besondern Vorzügen der Scherip-Temperaturregelung aufgeführt sind. Ein solcher Katalog gelangte im Jahre 1921 an die Fa. Prometheus A.-G. in Liestal, wurde aber dort nicht im Verkehr mit Kunden verwendet.

Der Scherip-Regler entsprach der Vorrichtung in Abbildung 2 der deutschen Patentschrift Nr. 414,762; die von dieser dargestellte Vorrichtung stimmt ihrerseits in allen wesentlichen Teilen überein mit dem Gegenstand des Patentes Nr. 99,064 und schliesst dessen Erfindungsgedanken vollständig in sich. Diese Ergebnisse des Gutachtens Rupp haben als von der Klägerin anerkannt zu gelten, wie das Handelsgericht auf Grund des kantonalen Prozessrechtes feststellte. Sie sind somit im Berufungsverfahren nicht mehr streitig und können aus diesem Grunde vom Bundesgericht nicht überprüft werden.

Mit dieser Anerkennung und den tatsächlichen Annahmen der Vorinstanz steht demnach für das Bundesgericht verbindlich fest, dass vor der Anmeldung des Patentes Nr. 99,064 mindestens 10 Heizkissen, die einen der patentierten Erfindung im wesentlichen gleichen Temperaturregler enthielten, in der Schweiz im freien Handel verkauft wurden. Zu entscheiden bleibt, ob die Erfindung

dadurch im Sinne von Art. 4 PatG derart offenkundig wurde, dass ihre Ausführung durch Fachleute möglich war. Dieser Entscheid betrifft eine Rechtsfrage. Es handelt sich nicht darum, im Sinne einer Beweiswürdigung auf Grund von Indizien abzuwägen, ob die Erfindung tatsächlich Fachleuten zur Kenntnis kam. Das Gesetz verlangt den Nachweis des tatsächlichen Bekanntwerdens absichtlich nicht. Er wäre sehr oft schwer zu erbringen, in Fällen wie dem vorliegenden schon wegen des Zeitablaufes (BGE 41 II 278). Art. 4 PatG verlangt statt dessen, ähnlich wie § 2 des deutschen Patent-Gesetzes, den Nachweis der Offenkundigkeit. Wird dieser erbracht, so greift nach Art. 4 die Rechtsvermutung Platz, die Erfindung sei wirklich Fachleuten zur Kenntnis gekommen. Mit dem Hinweis, weder die Beklagten selbst noch eine Reihe anderer, als Zeugen einvernommener Fachleute bedeutender Firmen hätten von der Erfindung in der massgebenden Zeit Kenntnis erhalten, kann deshalb die Klägerin die Offenkundigkeit nicht ausschliessen.

Die Offenkundigkeit ist ein Rechtsbegriff. Das Bundesgericht kann frei überprüfen, ob ein bestimmter, vom Tatrichter festgestellter Sachverhalt die Voraussetzungen der Offenkundigkeit erfülle. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes steht der Begriff der Offenkundigkeit in innerer Beziehung zur Vermutung, die durch sie begründet wird. Ein Sachverhalt, bei dem die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch Fachleute nur theoretisch besteht, genügt für die Annahme der Offenkundigkeit nicht (BGE 29 II 163 f., 58 II 286, 60 II 473). Es muss vielmehr eine zureichende, in der Erfahrung des Lebens und den Verhältnissen des Einzelfalles begründete Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass Fachleute von der Erfindung Kenntnis nahmen und zwar so, dass ihnen die Ausführung der Erfindung möglich war. Die Offenkundigkeit setzt also einen Tatbestand voraus, bei dem mit der Kenntnisnahme durch Fachleute zu rechnen ist und es nur von Zufälligkeiten abhängt, ob die Kenntnisnahme tatsächlich eintritt.

(KOHLEK, Handbuch des deutschen Patentrechtes S. 196). Einzig bei einem solchen Sachverhalt ist es innerlich gerechtfertigt, den Nachweis der tatsächlichen Kenntnisnahme durch eine Rechtsvermutung zu ersetzen.

Der für die Annahme der Offenkundigkeit erforderliche Grad der Wahrscheinlichkeit wird durch das Zusammenwirken verschiedener tatsächlicher Umstände herbeigeführt, deren Vorhandensein und Gewicht im Einzelfall zu prüfen ist. Eine Erfindung kann zunächst nur dann als vorbekannt gelten, wenn sie der Aussenwelt, nicht nur den Kreisen der zur Geheimhaltung verpflichteten Personen *kundbar* wurde (BGE 35 II 642). Dies trifft im vorliegenden Falle zu. Die 10 Heizkissen mit dem Scherip-Regler wurden in der Schweiz im freien Handel verkauft; sie waren so einem unbestimmten Kreis von Personen zugänglich, unter denen sich auch Fachleute befinden konnten. Die Anzahl der verkauften Heizkissen ist nicht so gering, dass deswegen die Offenkundigkeit ausgeschlossen wäre, kann doch schon ein einzelner Verkauf gleich wie ein einzelnes Exemplar einer Druckschrift die Offenkundigkeit herbeiführen (BGE 41 II 516). Andererseits ist die Anzahl der verkauften Kissen nicht so gross, dass schon die Tatsache des Verkaufes im freien Handel an sich für die Offenkundigkeit des im Kissen enthaltenen Reglers genügen könnte.

Zur Kundbarmachung an die Aussenwelt muss als weitere Voraussetzung die *objektive Zugänglichkeit* der Erfindung kommen. Im vorliegenden Fall gelangte nicht der Scherip-Regler als solcher, sondern das Prometheus-Heizkissen in den freien Handel. Der Regler befindet sich im Innern des Kissens und ist von aussen nicht erkennbar. Er war somit nicht ohne weiteres zugänglich. Doch ist die Sachlage eine andere als in dem von der Klägerin angeführten Entscheid BGE 58 II 285 f. In jenem Fall verneinte das Bundesgericht das Offenkundigwerden einer Automobil-Kühlerkonstruktion deshalb, weil die Erfindung erst durch Aufreissen und Zerstörung des Kühlers

erkannt werden konnte. Im vorliegenden Fall hatte der Fachmann, der sich den Temperaturregler ansehen wollte, nur die Kissennaht aufzutrennen, also eine Vorkehr zu treffen, die dem Fachmann vertraut ist, keine grosse Mühe kostet und das Kissen nicht zerstört. Bekam er auf diese einfache Weise den Regler in die Hand, so konnte er nach dem Urteil der Sachverständigen das Wesen der Erfindung schon bei der üblichen Prüfung erkennen. Die Erfindung war somit zugänglich nach Überwindung eines nur geringen Hindernisses, welches ihr Offenkundigwerden zum mindesten dann nicht ausschloss, wenn die Fachleute Anlass hatten, sich Einblick in den innern Bau des Heizkissens zu verschaffen und insbesondere zu untersuchen, wie der Temperaturregler konstruiert war.

Wie die Vorinstanz feststellte, war diese *subjektive Voraussetzung* der Offenkundigkeit vorhanden. Ein Interesse der Fachleute, ein neues Heizkissen näher zu prüfen, es also aufzutrennen, ist schon nach der allgemeinen Erfahrung des Lebens wahrscheinlich. Für den vorliegenden Fall ist ausserdem der von der Fa. Prometheus im Jahre 1921 für Deutschland herausgegebene Katalog bedeutsam. Der Katalog wirkte zwar an sich nicht neuheitszerstörend, schon deshalb nicht, weil der Scherip-Regler darin nicht beschrieben, sondern nur angepriesen wird. Der Katalog lässt aber erkennen, dass in den Jahren 1921/22 für Fachleute der Wunsch, von einer Neuerscheinung wie dem Scherip-Regler Kenntnis zu nehmen, sozusagen in der Luft liegen musste. Nach dem Text und der Druckeranordnung des Kataloges war die Scherip-Temperaturregelung die hervorstechendste Eigenschaft des « auf Grund jahrelanger sorgfältigster Versuche konstruierten neuen Heizkissens » der Fa. Prometheus. Sehr wahrscheinlich erhielten die schweizerischen Fachkreise von diesem Katalog Kenntnis, obwohl sich seine Ausgabe nur auf Deutschland beschränkte; sie wurden dadurch angeregt, der darin angekündigten Neuerscheinung nachzugehen. Aber selbst wenn der Katalog in der Schweiz

nicht bekannt war, zeigt er deutlich, dass es sich beim damaligen Stand der Technik — der in Deutschland und der Schweiz der gleiche war — darum handelte, für Heizkissen einen befriedigenden Temperaturregler herauszufinden. Damit ist genügend dargetan, dass ein Fachmann, der damals ein neues Heizkissen erwarb — und ein Kissen mit Scherip-Schalter konnte er zu jener Zeit frei kaufen — allen Anlass hatte, die Kissennaht aufzutrennen und sich den Temperaturregler anzusehen.

Dem Fachmann, der den Scherip-Regler prüfte, war es zudem möglich, den Erfindungsgedanken dieser in Ausführung und Wirkweise einfachen Vorrichtung zu erkennen und die Erfindung auf Grund der Prüfung selbst *auszuführen*. Der Sachverständige Rupp und der fachkundige Handelsrichter haben dies ausdrücklich bestätigt. Die im Gesetz als Voraussetzung der Offenkundigkeit noch besonders erwähnte Ausführbarkeit durch Fachleute ist somit im vorliegenden Fall ebenfalls gegeben.

Berücksichtigt man alle diese massgebenden Umstände — den Verkauf von 10 Heizkissen im freien Handel, die nur wenig erschwerte Zugänglichkeit der Erfindung, das starke Interesse der Fachleute an der technischen Neuheit, ihre leichte Erkennbarkeit und Ausführbarkeit — so erscheint es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge als höchst wahrscheinlich, dass Fachleute in der Schweiz schon im Jahre 1921 oder in der ersten Hälfte des Jahres 1922 in den Scherip-Regler Einblick nahmen und damit von der durch das klägerische Patent geschützten Erfindung Kenntnis erhielten, bevor die Klägerin das Patent anmeldete. Die Offenkundigkeit der Erfindung muss daher angenommen werden, auch wenn man an den Begriff der Offenkundigkeit mit Rücksicht auf die damit verbundene Rechtsvermutung nicht zu leichte Anforderungen stellt. Der Scherip-Regler hat demnach die Neuheit des Patentes Nr. 99,064 zerstört; das Patent muss gestützt auf Art. 16 Ziff. 4 PatG nichtig erklärt werden.