

I. ZR 157/54

2406 036

Verkündet
am 13. Dezember 1957
Grunau, Justizobersekretär.
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

In der Patentnichtigkeitssache

Heinz E [REDACTED], S [REDACTED], K [REDACTED],

Beklagten und Berufungsklägers,
- vertreten durch: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]
und Patentanwalt Dipl.-Ing. [REDACTED]
in S [REDACTED]

g e g e n

die Firma Bernhard S [REDACTED]-[REDACTED], Maschinenfabrik,
A [REDACTED],

Klägerin und Berufungsbeklagte,
- vertreten durch: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]
und Patentanwalt Dipl.-Ing. [REDACTED]
in M [REDACTED]

u n d

die Firma Karl M [REDACTED] & Sohn, S [REDACTED], M [REDACTED]
[REDACTED] str. [REDACTED]

Nebenintervenientin,
- vertreten durch: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
S [REDACTED], M [REDACTED] str. [REDACTED]
und Patentanwalt Dipl.-Ing. [REDACTED]
S [REDACTED], Am K [REDACTED]

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 13. Dezember 1957
unter Mitwirkung der Bundesrichter Prof. Dr. h. c. Wilde,
Dr. Birnbach, Dr. Krüger-Nieland, Dr. Christoph und
Dr. Spreng

- 1 a -

für Recht erkannt:

- I. Der Beitritt der Firma Karl M. & Sohn in S. als Nebenintervenientin auf seiten der Klägerin wird zugelassen.
- II. Die Berufung des Beklagten gegen die Entscheidung des 2. Nichtigkeitssenats des Deutschen Patentamts vom 11. Mai 1954 wird zurückgewiesen.
- III. Die Kosten der Berufung einschließlich der durch die Nebenintervention verursachten Kosten trägt der Beklagte.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Beklagte ist eingetragener Inhaber des seit dem 2. Oktober 1948 laufenden, auf Grund des Ersten Überleitungsgesetzes vom 8. Juli 1949 (WiGB1 S. 175) erteilten deutschen Bundespatentes Nr. 808 399. Die Anmeldung wurde am 22. Oktober 1947 beim Württembergischen Landesgewerbeamt niedergelegt. Die Patentansprüche lauten:

1. Tragbare Spritze, insbesondere zur Schädlingsbekämpfung, mit einem Flüssigkeitsbehälter und einer Pumpe, dadurch gekennzeichnet, daß die Pumpe durch einen luftgekühlten Kleinverbrennungsmotor angetrieben und zwischen dem Behälter und der Düse angeordnet ist.
2. Spritze nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß die Pumpe als Zahnrad- oder Membrumpumpe ausgebildet und unmittelbar an den Motor angebaut ist.
3. Spritze nach Anspruch 1 und 2 dadurch gekennzeichnet, daß auf der der Pumpe gegenüberliegenden Seite des Motors ein Kühlgebläse angeordnet ist, dessen Flügelrad auf der Motorwelle sitzt.
4. Spritze nach Anspruch 1 bis 3 dadurch gekennzeichnet, daß zwischen Flüssigkeitsbehälter und Pumpe ein Filter angeordnet ist.
5. Spritze nach Anspruch 1 bis 4 dadurch gekennzeichnet, daß die Druckseite der Pumpe mit der Saugseite durch eine Rücklaufleitung verbunden ist, in der ein einstellbares Ventil angeordnet ist.

Die Klägerin hat gemäß §§ 37, 13 Abs. 1 Nr. 1 PatG beantragt, das Patent für nichtig zu erklären. Zur Begründung ihrer Klage hat die Klägerin die deutschen Patentschriften Nr. 461 861, 477 079, 415 136, die schweize-



rischen Patentschriften Nr. 160 101, 224 155, 222 183, die US-Patentschrift Nr. 1 706 418 sowie die französische Patentschrift Nr. 928 363 entgegengehalten. Außerdem hat sie sich auf einen Katalog nebst Prospektblatt der Firma H [REDACTED] in B [REDACTED], des weiteren auf Kataloge bzw. Prospekte der Firmen P [REDACTED] in L [REDACTED], H [REDACTED] in M [REDACTED] und S [REDACTED] in L [REDACTED] ([REDACTED]) sowie auf Veröffentlichungen in den Zeitschriften "Union Girondine" und "Republicain du Midi", letztere vom 4. März 1937, bezogen. Schließlich hat die Klägerin behauptet, es liege offenkundige Vorbenutzung vor. Die Firma P [REDACTED] in L [REDACTED] habe bereits 1937 ein mit einem Kleinmotor betriebenes, rückentragbares Schädlingsbekämpfungsgerät verkauft. Auch der Inhaber der Firma Gottlob H [REDACTED] in I [REDACTED] habe in den Jahren 1936 bis 1938 Schädlingsbekämpfungsgeräte, bei denen ein zum Antrieb dienender Verbrennungsmotor mit Pumpe und einem Schädlingsbekämpfungsmittelbehälter als einheitliches Aggregat zusammengebaut und rückentragbar ausgebaut gewesen sei, offenkundig vorbenutzt.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Hilfsweise hat er außerdem beantragt, den Anspruch I des Streitpatentes mit den Worten "von einem Manne während des Arbeitens tragbare Spritze" beginnen zu lassen. Er ist der Ansicht der Klägerin, die Erfindung sei den genannten druckschriftlichen Vorveröffentlichungen zu entnehmen, entgegengetreten. Die behaupteten offenkundigen Vorbenutzungen hat er bestritten. Zu der am 20. November 1947 veröffentlichten französischen Patentschrift Nr. 928 163 hat er außerdem noch geltend gemacht, diese sei nicht

vorveröffentlicht, weil ihm die Niederlegungspriorität vom 22. Oktober 1947 zustehe.

Der 2. Nichtigkeitssenat des Deutschen Patentamtes hat das Streitpatent für nichtig erklärt. Auf Grund der deutschen Patentschrift Nr. 415 136 und der schweizerischen Patentschrift Nr. 160 101 hat der Nichtigkeitssenat in Verbindung mit der Erwägung, daß von Hand betriebene rückentragbare Schädlingsbekämpfungsspritzen mit Flüssigkeitsbehälter und Pumpe zum Stand der Technik gehörten, die Erfindungshöhe verneint. Die Prüfung auf Neuheit und technischen Fortschritt hat der Nichtigkeitssenat unter diesen Umständen für entbehrlich gehalten und daher auch die zu den behaupteten offenkundigen Vorbenutzungen angebotenen Beweise nicht erhoben.

Gegen diese Entscheidung hat der Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt. Er beantragt, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen. Hilfsweise beantragt er entsprechend seinem Antrag erster Instanz, den Oberbegriff des Anspruchs I mit den Worten "von einem Manne während des Arbeitens tragbare Spritze" beginnen zu lassen.

Zur Begründung seines Antrages macht der Beklagte im wesentlichen geltend, der Nichtigkeitssenat habe aus den von ihm erörterten beiden Vorveröffentlichungen einen Stand der Technik herausgelesen, der in ihnen nicht offenbart sei. Er habe außerdem nicht beachtet, daß die erfindatorische Leistung des Beklagten im wesentlichen in der Beseitigung eines ausgesprochenen Vorurteils bestanden

habe, das sich gegen den Antrieb von Tornistergeräten durch luftgekühlte Verbrennungsmotore gerichtet habe. Für die Stärke des Vorurteils spreche, daß es ihm, dem Beklagten, nach Patenterteilung nur unter größten Schwierigkeiten gelungen sei, die auf dem Gebiet der Herstellung von Geräten zur Schädlingsbekämpfung bekannten Firmen von der Brauchbarkeit seiner Geräte zu überzeugen. Nach Überwindung des Vorurteils habe der Erfindungsgegenstand einen durchschlagenden Erfolg erzielt, was gleichfalls für die Erfindungshöhe spreche.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Sie erklärt, die Neuheit und den technischen Fortschritt des Streitpatentes nicht mehr bestreiten zu wollen, vertritt jedoch die Auffassung, das Streitpatent ermangele der Erfindungshöhe. Sie meint weiter, das Streitpatent müsse jedenfalls hinsichtlich des Oberbegriffes etwa wie folgt eingeschränkt werden: "Von einer Person während des Arbeitens tragbare Flüssigkeitsspritze, insbesondere für Schädlingsbekämpfung, gekennzeichnet durch".

Mit Schriftsatz vom 7. Dezember 1957 ist die Firma Karl M. & Sohn in S. auf seiten der Klägerin dem Verfahren als Nebenintervenientin beigetreten. Der Beklagte widersprach in der Berufungsverhandlung dem Beitritt und beantragte, die Verhandlung über die Zulassung der Nebenintervention zu vertagen. Nachdem dieser Vertagungsantrag durch verkündeten Beschluß des erkennenden Senats abgelehnt worden war, erklärte der Beklagte, er stelle weder einen Antrag gemäß § 272 a ZPO noch den Antrag auf Vertagung der Berufungsverhandlung.

Er beantragte, die Nebenintervention gemäß § 279 ZPO als verspätet zurückzuweisen.

Prof. Dr.-Ing. Walther E. Fischer-Schlemm in Stuttgart-Hohenheim hat auf Erfordern des Senats ein schriftliches Gutachten erstattet und dieses Gutachten in der mündlichen Verhandlung ergänzt und erläutert.

Entscheidungsgründe:

I.

Nachdem der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht dem Beitritt der Nebenintervenantin widersprochen hatte, war in entsprechender Anwendung des § 71 ZPO über diesen Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention nach mündlicher Verhandlung zwischen der Nebenintervenantin und dem Beklagten zu entscheiden. Dem Antrag des Beklagten, den durch seinen Widerspruch ausgelösten Zwischenstreit zu vertagen, konnte der Senat nicht entsprechen. Es erschien nicht angebracht, die Verhandlung über die Zulassung der Nebenintervention von der Verhandlung zur Hauptsache zu trennen, zumal da gemäß § 71 Abs. 3 ZPO auch im Falle der Vertagung des Zwischenstreites die Nebenintervenantin im Hauptverfahren zuzuziehen war. Die Verhandlung über die Hauptsache zu vertagen, bestand kein Anlaß, der Beklagte hat auch keinen dahingehenden Antrag gestellt. Seinem Antrag, den Beitritt gemäß § 279 ZPO als verspätet zurückzuweisen, weil der Beitritt erst wenige Tage vor dem Termin erklärt wurde, konnte aus Rechtsgründen schon deshalb nicht ent-

sprochen werden, weil es sich bei dem Beitritt eines Streitgehilfen nicht um ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel einer Partei im Sinne der genannten Bestimmung handelt. Der Streitgehilfe erlangt erst durch den Beitritt die Stellung einer Nebenpartei; der Beitritt ist mithin ähnlich der Klage und der Widerklage selbst Angriff und nicht Angriffsmittel. Damit steht § 66 Abs. 2 ZPO in Einklang. Wenn hier ausdrücklich bestimmt ist, daß die Nebenintervention in jeder Lage des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Entscheidung erfolgen kann, ist damit gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, daß eine Zurückweisung wegen Verspätung auszuschließen hat.

Da der Beitritt der Nebenintervenientin unter Beachtung der in § 70 Abs. 1 ZPO vorgeschriebenen Formerfordernisse erfolgt ist, war sachlich zu prüfen, ob die Nebenintervenientin ein rechtliches Interesse am Siege der Klägerin glaubhaft gemacht hat (§ 71 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Die Streitgehilfin hat hierzu ausgeführt, sie sei unter Hinweis auf das Streitpatent von dem Beklagten im Jahre 1953 aufgefordert worden, die Herstellung ihrer Pflanzenschutzgeräte, bei denen Behälter für das zu verteilende, insbesondere zu versprühende Schädlingsbekämpfungsmittel zusammen mit Gebläse und Verbrennungsmotor auf einem Gestell rückentragbar angeordnet seien, zu unterlassen. Sie werde daher von dem Ausgang des anhängigen Patentnichtigkeitsverfahrens unmittelbar betroffen, weil die Einstellung ihrer Produktion für den Fall, daß die Berufung des Beklagten durchdringe, sofort erzwungen werden könne. Der Beklagte hat hierzu erklärt, daß er die Verwarnung bezüglich des von der Streitgehilfin hergestellten Gerätes

aufrechterhalte. Der Beitritt dürfe jedoch nicht zugelassen werden, weil die selbst nur in ganz geringem Umfange produzierende Streitgehilfin nur auf Veranlassung der Firma R. [REDACTED] & S. [REDACTED] in E. [REDACTED] auftrete. Diese habe den Streitbeitritt ausschließlich finanziert. Der Beklagte sei mithin nur der von der Firma R. [REDACTED] & S. [REDACTED] die wegen eines mit dem Beklagten geschlossenen Vergleiches am Beitritt gehindert sei, vorgeschobene Strohmänn. Dieses Vorbringen des Beklagten rechtfertigt jedoch die Zurückweisung der Nebenintervention nicht.

Nach der vom Senat in einer früheren Entscheidung (BGHZ 4, 5) vertretenen Rechtsauffassung ist das rechtliche Interesse, das den Beitritt in einem Patentnichtigkeitsverfahren begründet, anzuerkennen, wenn der Patentinhaber den Nebenintervenienten verwarnt hat. Eine derartige Verwarnung ist im vorliegenden Falle erfolgt, und zwar nicht nur im Jahre 1953, sondern, wie der Beklagte selbst ausgeführt hat, auch im Jahre 1957. Auch in der mündlichen Verhandlung hat der Beklagte seine Verwarnung ausdrücklich aufrechterhalten und nicht bestritten, daß sie sich gegen die Gegenstände richte, die die Nebenintervenientin zur Zeit herstellt. Da die Streitgehilfin nach der glaubhaften Versicherung ihres Mitinhabers Alfred M. [REDACTED] in der mündlichen Verhandlung die beanstandeten Geräte in immerhin nicht ganz unerheblichem Umfange herstellt und vertreibt, läßt sich ein eigenes Interesse der Nebenintervenientin am Siege der unterstützten Partei nicht verneinen. Dem Umstand, daß der Beitritt der Streitgehilfin von einer anderen Firma finanziert wird, weil der Beklagte das Prozeßrisiko nicht tragen kann, und diese

Firma am eigenen Beitritt wegen ihrer rechtlichen Beziehungen zum Beklagten gehindert sein mag, kann gegenüber dem eigenen rechtlichen Interesse der Streitgehilfin keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen, dadurch ist ihr eigenes rechtliches Interesse nicht entfallen. Auch wenn man unterstellt, daß die Nebenintervenientin ohne finanzielle Unterstützung nicht beigetreten wäre, rechtfertigt sich keine andere Entscheidung, weil es allein darauf ankommt, ob objektiv ein eigenes rechtliches Interesse vorliegt, mag dieses Interesse auch nicht der alleinige Beweggrund für den Beitritt sein. Der Beitritt der Nebenintervenientin auf seiten der Klägerin mußte daher zugelassen werden.

Zu der hiervon unabhängigen Frage, ob das neue tatsächliche Vorbringen der Nebenintervenientin - insbesondere deren unter Beweiserbieten vorgebrachte Behauptung, die Firma H. in M. habe ein dem Streitpatent entsprechendes Gerät im Jahre 1927 offenkundig vorbenutzt - gemäß § 279 ZPO zurückzuweisen war, braucht nicht Stellung genommen werden, da sich, wie unter Ziffer V auszuführen sein wird, das Streitpatent des Beklagten unabhängig von dem Vorbringen der Streitgehilfin als nicht patentwürdig erweist.

II.

Die Anmeldung zum Streitpatent nebst den Anmeldeunterlagen ist, wie sich aus den Erteilungsakten ergibt, am 22. Oktober 1947 bei dem Württembergischen Landesgewerbeamt niedergelegt worden. Es ist daher nach der

zutreffenden Feststellung der angefochtenen Entscheidung gemäß § 4 Abs. 1 des Ersten Überleitungsgesetzes vom 8. Juli 1949 (WiGB1 S. 175) für die Frage nach der Neuheit, Fortschrittlichkeit und Erfindungshöhe auf den Tag der Niederlegung und nicht auf den Tag der Anmeldung des Patents beim Patentamt abzustellen. Es sind auch insoweit von den Streitteilen keine Einwendungen erhoben worden.

III.

Die Erfindung betrifft eine tragbare Spritze, insbesondere zur Schädlingsbekämpfung. Der Erfinder geht davon aus, daß bei den bekannten Spritzen dieser Art die Flüssigkeit entweder vor dem Spritzen in dem Behälter unter Druck gesetzt (sog. Batteriespritzen) oder aber während des Spritzens mittels einer Pumpe zur Ausspritzdüse gepumpt wird. Im ersteren Falle müsse, so erklärt der Erfinder, der Behälter als Druckbehälter ausgebildet sein, weshalb er sehr schwer sei. Trotz Anbringens eines Sicherheitsventils komme es außerdem häufig vor, daß der zulässige Druck überschritten werde und der Behälter zerplatze. Im anderen Falle sei das Spritzen sehr unbequem und ermüdend, da mit dem einen Arm gepumpt und mit der anderen Hand die Spritzdüse gehalten werden müsse.

Der Erfindung liegt die Aufgabe zu Grunde, eine Spritze zu schaffen, deren Behälter beim Spritzen nicht unter Druck steht und deren Düse mit beiden Händen bedient werden kann. Als Lösung schlägt der Erfinder vor,

die Pumpe durch einen luftgekühlten Kleinverbrennungsmotor anzutreiben und sie zwischen dem Flüssigkeitsbehälter und der Düse anzuordnen. Der Erfinder des Streitpatentes ist dabei, wie aus der Beschreibung zu entnehmen ist, von der Überlegung ausgegangen, daß infolge der Anordnung der Pumpe zwischen Behälter und Düse die Ausbildung als Druckbehälter entbehrlich werde und damit das Gewicht des Flüssigkeitsbehälters geringer gehalten werden könne als bei den bekannten Druckbehältern oder bei gleichem Gewicht die Mitnahme einer größeren Flüssigkeitsmenge möglich sei. Den durch die Verwendung eines Verbrennungsmotors als Antriebsquelle entstehenden Vorteil sieht der Erfinder nicht nur in der Vermeidung des ermüdenden Handbetriebes und der Ermöglichung der Bedienung der Düse mit beiden Händen, sondern auch im gleichmäßig hohen Spritzdruck (Patentschrift S. 1 Z. 34).

In der Überschrift der Patentschrift und in der Beschreibung (S. 1 Z. 1) ist der Erfindungsgegenstand schlechthin als "tragbare Spritze" bezeichnet. Aus Patentbeschreibung und Patentzeichnung ergibt sich jedoch, daß der Erfinder nur ein Einmann-Gerät gemeint hat. In der Beschreibung (S. 1 Z. 12 ff.) geht der Erfinder von der vorbekannten Schädlingsbekämpfungsspritze mit Handpumpe aus. Er empfindet es als nachteilig, daß die Bedienungsperson mit der einen Hand pumpen und mit der anderen Hand die Spritzdüse halten muß. Er will erreichen (S. 1 Z. 19), daß die Spritze mit beiden Händen bedient werden kann, d. h. also beide Hände der einen Bedienungsperson zum Spritzen frei sind (S. 1 Sp. 31). Nach der

Zeichnung hat das Gerät einen über die Schultern greifenden Tragbügel (c), der in der Beschreibung (S. 2 Z. 30 ff) wie folgt erläutert ist: "An der Rückwand des Behälters a ist eine Trageinrichtung angebracht, mittels der die Spritze auf dem Rücken getragen werden kann." Zum Wesen des Erfindungsgegenstandes gehört daher nach der Offenbarung in der Patentschrift die Gestaltung des Gerätes als eines Einmann-Tornistergerätes. Es handelt sich sonach bei dem Gegenstand des Streitpatents um eine von einer Person während des Arbeitens tragbare Spritze.

Der Hauptanspruch (Anspruch I) des Streitpatentes hat demnach die Kombinationserfindung einer von einer Person während des Arbeitens tragbaren Spritze, insbesondere zur Schädlingsbekämpfung, mit einem Flüssigkeitsbehälter und einer Pumpe zum Gegenstand, bei der folgende, an sich bekannte Merkmale, vereinigt sind:

- 1.) Antrieb der Pumpe durch einen luftgekühlten Kleinverbrennungsmotor
- 2.) Anordnung der Pumpe zwischen Behälter und Düse.

Beide Merkmale sollen in gegenseitiger Zusammenwirkung und Ergänzung zu dem vom Erfinder erstrebten Gesamterfolg der Ausbildung einer von der Bedienungsperson während des Arbeitens auf dem Rücken tragbaren Spritze, deren Ausspritzdüse mit beiden Händen bedient werden kann und die einen konstanten Spritzdruck aufweist, führen. Da diese technische Gesamtwirkung durch das funktionelle Zusammenwirken der Merkmale herbeigeführt wird, bestehen gegen die Schutzfähigkeit der Kombination keine rechtlichen

Bedenken, sofern sie als solche die Voraussetzungen der Neuheit, Fortschrittlichkeit und erfinderischen Leistung erfüllt, mögen auch die Einzelelemente vorbekannt sein.

IV.

Der von dem Erfinder beanspruchte Erfindungsgedanke war im Zeitpunkt der beanspruchten Niederlegungspriorität (22. Oktober 1947) neu. Keine der von der Klägerin entgegengehaltenen Vorveröffentlichungen enthält sämtliche erfindungswesentlichen Merkmale des Streitpatentes. Ob die von der Nebenintervenientin behauptete offenkundige Vorbenutzung im Jahre 1927 gegeben ist, kann aus den unter Ziffer I erörterten Gründen dahinstehen. Es kann auch der technische Fortschritt, den das Streitpatent gegenüber dem Stande der Technik erzielt hat, nicht geleugnet werden. Eine mit einem Verbrennungsmotor ausgerüstete, rückentragbare Spritze weist sowohl gegenüber den sog. Batteriespritzen, als auch gegenüber den an eine elektrische Energiequelle angeschlossenen elektromotorisch angetriebenen Spritzen und erst recht gegenüber den von Hand betriebenen Spritzen einen technischen Fortschritt auf. Daran könnte auch die von der Nebenintervenientin behauptete geringe Betriebsdauer des Gerätes des Streitpatentes nichts ändern. Gegenüber dem nicht unerheblichen technischen Fortschritt könnte dieser Nachteil nicht entscheidend ins Gewicht fallen, zumal er auch bei den rückentragbaren Handspritzen in ähnlicher Weise besteht.

V.

Die Patentfähigkeit der streitigen Erfindung hängt

daher von der Frage der Erfindungshöhe ab.

Der Nichtigkeitssenat hat die Erfindungshöhe vor allem im Hinblick auf die deutsche Patentschrift Nr. 415 136 und die schweizerische Patentschrift Nr. 160 101 verneint. Er geht davon aus, daß durch die genannte deutsche Patentschrift ein nach Art einer Kiepe während der Arbeit auf dem Rücken getragener Motor mit Brennstoffbehälter bekannt gewesen sei, der zum Antrieb von Garten- und Feldgeräten aller Art bestimmt gewesen sei und dem die Patentschrift vielseitige Verwendungsmöglichkeiten zugesprochen habe. Durch die schweizerische Patentschrift Nr. 160 101 sei, so meint der Nichtigkeitssenat weiter, bekannt geworden, zum Bespritzen von Bäumen Druckpumpen zu benutzen, bei denen die durch einen Verbrennungsmotor angetriebene Pumpe zwischen Flüssigkeitsbehälter und Spritzdüse angeordnet und die im Bedarfsfalle tragbar ausgestattet gewesen sei. Da außerdem auf dem Rücken tragbare (von Hand zu bedienende) Spritzen zur Schädlingsbekämpfung mit Flüssigkeitsbehälter und Pumpe zum Stande der Technik gehört hätten, habe es für den Fachmann keiner erfinderischen Eingebung bedurft, den durch die deutsche Patentschrift Nr. 415 136 bekanntgewordenen tragbaren Verbrennungsmotor direkt mit einer Druckpumpe derartig zu kuppeln, daß die Pumpe zwischen Behälter und Motor liege. Da der Leistungsfähigkeit eines Mannes natürlich Grenzen gesetzt seien, werde jeder Fachmann dafür Sorge tragen, daß Pumpe und Motor möglichst leicht gehalten würden, so daß das Aggregat noch einen Flüssigkeitsbehälter mit einem gewissen Fassungsvermögen aufnehmen könne. Die erforderliche Erfindungshöhe sei daher nicht gegeben.

Dieser Auffassung des Nichtigkeitssenats kann nicht entgegengetreten werden. In der Berufungsverhandlung hat sich ergeben, daß jedes Element der Kombination des Streitpatents als solches vorbekannt und technisch erprobt ist. Nach der mit den Ausführungen des Beklagten übereinstimmenden Bekundung des Sachverständigen gab es schon vor 1947 ausreichend leichte und zuverlässige Kleinverbrennungsmotore, die für die von dem Erfinder vorgeschlagene Kombination geeignet waren. Außerdem hatten nach den auch vom Beklagten nicht bestrittenen Darlegungen des Sachverständigen drucklose Flüssigkeitsbehälter bereits bei den von Hand bedienten rückentragbaren Schädlingsbekämpfungsspritzen Verwendung gefunden. Auch schon bei solchen Rückenspritzen war die Flüssigkeit aus dem Behälter in die Pumpe gesaugt und aus der Pumpe in die Düse gedrückt worden. Es war sonach schon damals die Voraussetzung für einen drucklosen Behälter bildende Anordnung der Pumpe zwischen Behälter und Ausspritzdüse verwirklicht worden. Schließlich war auch mit der deutschen Patentschrift Nr. 461 861 bereits eine mit einem Elektromotor ausgestattete rückentragbare Schädlingsbekämpfungsspritze, bestehend aus der Kombination von Motor, Pumpe und Druckbehälter bekannt geworden. Unter diesen Umständen stellte es, nachdem ein hinreichend zuverlässiger und leichter Kleinverbrennungsmotor entwickelt worden war, bei dem allgemeinen Zug zur Motorisierung keine erfinderische Leistung mehr dar, als Antriebsquelle einen solchen Verbrennungsmotor zu wählen und ihn in der Art der früheren rückentragbaren Spritzen mit einem drucklosen Behälter zu kombinieren. Dies erkannt zu haben, kann für den auf dem einschlägigen Gebiete arbeitenden Fachmann nicht als

ein die Erfindungshöhe begründendes Moment angesehen werden. Die Kombination des Streitpatents erforderte lediglich Maßnahmen, die über den Rahmen handwerklichen Könnens nicht hinausgehen. Die erfinderische Leistung ist auch nicht deshalb zu befehen, weil, wie der Beklagte meint, ein Gerät nach Art des Streitpatents trotz des Vorhandenseins entsprechender Verbrennungsmotore vorher niemals hergestellt worden sei. Dies soll nach den Darlegungen des Beklagten vor allem deshalb nicht geschehen sein, weil ein Vorurteil dagegen bestanden habe, einen explosiblen und zudem stark vibrierenden Verbrennungsmotor auf dem Rücken zu tragen. Dieses Vorurteil habe der Erfinder des Streitpatents, so meint der Beklagte, durch sein Kombinationspatent überwunden. Obwohl das Patent sich zunächst nur unter größten Schwierigkeiten habe durchsetzen können, habe es dann einen ungeahnten wirtschaftlichen Erfolg gehabt und geradezu eine Umwälzung auf dem Gebiete der Schädlingsbekämpfung hervorgerufen.

Ob bei der Kundschaft d. h. im vorliegenden Falle bei den Winzern, Kleinlandwirten und den sich mit dem Vertrieb der Geräte befassenden Personen Bedenken dagegen bestanden, einen Verbrennungsmotor auf dem Rücken zu tragen -- wogegen übrigens schon das auf Grund des deutschen Patents Nr. 415 136 entwickelte und als H[REDACTED]-Motor bekannt gewordene Garten- und Feldgerät sprechen dürfte --, kann nicht entscheidend sein. Die Überwindung eines Vorurteils der Abnehmer und landwirtschaftlichen Fachberater mag ein kaufmännisches und propagandistisches Verdienst

gewesen sein, es besagt aber nichts Entscheidendes für die Erfindungshöhe (vgl. BGH GRUR 1955, 438 - Kunststoffhülle). Der Erfinder des Streitpatents mag einen das Durchschnittsmaß übersteigenden wirtschaftlichen und kaufmännischen Blick gehabt haben, der ihn die wirtschaftliche Verwertbarkeit der Kombination vor seinen Mitbewerbern erkennen ließ, Erfindungshöhe im patentrechtlichen Sinne ist damit jedoch nicht zu begründen. Deher bedarf es der Vernehmung der von dem Beklagten wegen der anfänglichen erheblichen Widerstände bei dem Absatz der Geräte und des später eingetretenen wirtschaftlichen Erfolges benannten Zeugen nicht. Maßgebend ist vielmehr, ob auch die Konstrukteure auf dem in Frage kommenden Gebiet Bedenken gegen eine Kombination der von dem Erfinder vorgeschlagenen Art haben mußten. Dies kann aber nach dem Dargelegten nicht der Fall gewesen sein. Auch damit, daß die durch den Motor hervorgerufenen Erschütterungen nach der Behauptung des Beklagten bei seinem Gerät wegen der gegebenen Verteilung der schwingenden Masse des Motors und der festen Masse der übrigen Kombinationselemente erheblich gemindert waren, läßt sich die Erfindungshöhe nicht begründen. Wenn dies der Fall sein sollte, handelt es sich nur um ein zufälliges, in der Patentschrift nirgends offenbartes Ergebnis, das daher bei der Beurteilung der Frage der Erfindungshöhe nicht herangezogen werden kann. Der Nichtigkeitsrat hat daher mit Recht die Erfindungshöhe für den im Hauptanspruch enthaltenen Erfindungsgedanken verneint.

Gleiches hat für die Neufassung des Patentanspruchs zu gelten, den der Sachverständige unter Verwendung

der für sich allein keinen selbständigen Erfindungsgedanken enthaltenden Unteransprüche zusammengestellt hat. Der Sachverständige schlägt vor, dem Hauptanspruch des Streitpatents unter Zusammenfassung mit den Unteransprüchen folgende Fassung zu geben:

Von einer Person während des Arbeitens tragbare Flüssigkeitsspritze insbesondere zur Schädlingsbekämpfung, dadurch gekennzeichnet, daß alle deren Einzelteile, Spritzflüssigkeitsbehälter, unmittelbar an einen luftgekühlten Kleinverbrennungsmotor angebaute und von ihm angetriebene Pumpe zwischen diesem Behälter und der Spritzdüse, sowie gegebenenfalls Regeleinrichtungen und Filter für die Spritzflüssigkeit zwischen Behälter und Pumpe, in Kombination als vorzugsweise auf dem Rücken tragbares Gerät angeordnet sind.

Auch diese Fassung ist jedoch nicht patentwürdig. Der Sachverständige hat seine Auffassung, daß diese von ihm neu vorgeschlagene Kombination erfinderisch sei, nicht hinreichend begründen können. Es ist auch nicht ersichtlich, welche besonderen Schwierigkeiten der Fachmann hätte überwinden müssen, um zu dieser Kombination zu gelangen. Die unmittelbare Kupplung zwischen Motor und Pumpe ohne Zwischenschaltung von Riemen oder Zahnradgetriebe ist eine jedem Fachmann geläufige Maßnahme. Regelvorrichtung und Ventil sind bei Verwendung eines durchlaufenden Motors nahezu zwangsläufig notwendig, jedenfalls aber ohne weiteres naheliegend. Daher ist auch dieser beschränkte Anspruch nicht gewährbar.

Das Streitpatent kann daher mangels ausreichender Erfindungshöhe nicht als schutzwürdig gelten. Die Berufung des Beklagten mußte deshalb als unbegründet zurückgewiesen werden.

Gemäß §§ 42, 40 PatG waren die Kosten der Berufung einschließlich der durch die Nebenintervention verursachten Kosten, wozu auch etwaige Kosten des Zwischenstreites zu rechnen, in entsprechender Anwendung der §§ 91, 97, 101 ZPO dem Beklagten zur Last zu legen.

Wilde

Birnbach

Krüger-Nieland

Christoph

Spreng

↑