

11
I ZR 26/61

Verkündet
am 30. Oktober 1962
Grunau, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2426 097

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma Wilhelm F. GmbH., S., vertreten
durch ihren Geschäftsführer, den Kaufmann Wilhelm F. in
S.,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

gegen

die Firma J. & Co. KG., S., Spezial-
Beschlägefabrik, vertreten durch ihren persönlich haftenden
Gesellschafter, den Kaufmann Gerhard F. in S.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 23. Oktober 1962 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Prof. Dr. h.c. Wilde und der Bundesrichter
Dr. Krüger-Nieland, Pehle, Ebel und Claßen

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf
vom 27. Januar 1961 wird auf Kosten der Beklagten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Inhaberin des am 24. Januar 1958 angemeldeten und am 13. März 1958 eingetragenen Gebrauchsmusters Nr. 1 763 283. Das Schutzrecht betrifft "Über ein Eckgetriebe zu verschiebende Schubstangen an einem Dreh-Kipp-Beschlag". Die Schutzansprüche lauteten in ihrer ursprünglichen Fassung:

- "I. Dreh-Kipp-Beschlag mit über ein Eckgetriebe zu verschiebenden Schubstangen, die in oder außerhalb der senkrechten Drehachse und waagrecht Kippachse des Flügels liegen und in Bandrollen des Eckgetriebes gelagert und geführt werden, dadurch gekennzeichnet, daß das Verschieben der Schubstangen (12) durch einen Handhebel (25) über ein Formstück (16) und Glieder (14/17) erfolgt, indem die an den Gliedern (14/17) angebrachten Mitnehmerklauen (15/18) in Aussparungen (13) greifen, die aus dem radialen Umfang des Stangenmaterials der Schubstangen (12) herausgenommen oder eingepreßt sind.
- II. Dreh-Kipp-Beschlag mit über ein Eckgetriebe zu verschiebenden Schubstangen nach Anspruch I, dadurch gekennzeichnet, daß an den Schubstangen (12) ein oder mehrere Aussparungen (13) angebracht sein können, in die die entsprechende Anzahl von an den Gliedern (14/17) befindlichen Mitnehmerklauen (15/18) eingreifen.
- III. Dreh-Kipp-Fensterbeschlag mit über ein Eckgetriebe zu verschiebenden Schubstangen nach Anspruch I und II, dadurch gekennzeichnet, daß das Eckgetriebe aus einer mit Bandrollen (2/3) versehenen Grundplatte (1) besteht, auf welche die mit einem Formstück (16) und Gliedern (14/17) versehene und durch eine Deckplatte abgeschlossene Gehäuseplatte (19) aufgeschraubt wird, wobei die aus der Gehäuseplatte (19) heraustretenden Mitnehmerzapfen (15/18) in die Aussparungen (13) der vorher in die Bandrollen (2/3) eingeschobenen Schubstangen (12) treten können."

- 3 -

Die Beklagte stellt u.a. Dreh-Kipp-Beschläge mit der Bezeichnung "Roto Rekord A" her und vertreibt sie. Die Klägerin hat vorgetragen, die Beklagte verletze das Klagegebrauchsmuster gegenständlich.

Sie hat beantragt,

I. die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Vermeidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe in unbegrenzter Höhe oder Haftstrafe bis zu 6 Monaten zu unterlassen,

Dreh-Kipp-Beschläge mit über ein Eckgetriebe zu verschiebenden Schubstangen, die in Bandrollen des Eckgetriebes gelagert und geführt sind, gewerbsmäßig herzustellen, feilzuhalten, in den Verkehr zu bringen oder zu gebrauchen, bei denen

das Verschieben der Schubstangen durch einen Handhebel über ein Zahnrad-Formstück und die Schubglieder erfolgt, indem die an letzteren sitzenden Mitnehmerklauen in Aussparungen der über die ganze Länge zylindrischen Schubstangen eingreifen,

und auf einer Grundplatte, an welche Bandrollen zur Aufnahme der Schubstangen angeformt sind, eine Gehäuseplatte aufgeschraubt ist, welche zusammen mit einer Deckplatte eine ein- und ausbaufähige, ein Zahnrad-Formstück und Schubglieder enthaltende bauliche Einheit bildet,

und die aus der Gehäuseplatte heraustretenden Mitnehmerklauen in diese Schubstangen-Aussparungen einzuführen sind, nachdem die



1/h

Schubstangen in ihre Bandrollen bei bereits am Fenster oder dergl. befestigter Grundplatte eingeschoben worden sind,

2. der Klägerin unter Angabe der Liefermengen, -zeiten und -preise sowie der Abnehmer Rechnung zu legen, in welchem Umfang sie Handlungen der unter I 1 bezeichneten Art seit dem 1. April 1958 vorgenommen hat,

II. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, ihr allen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die unter I, 1 bezeichneten Handlungen der Beklagten seit dem 1. April 1958 entstanden ist und noch entstehen wird.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Sie hat geltend gemacht, der Raumformgedanke des Klagegebrauchsmusters sei nicht schutzfähig: Der Gegenstand des Schutzrechtes sei nicht neu, sondern gehöre zum Stand der Technik, die Erfindung sei nicht fortschrittlich, weiter fehle ihr die Erfindungshöhe. Die Klägerin habe sie unberechtigt verwarnt, denn ihr sei schon vor Einreichung der Klage der Stand der Technik in allen Einzelheiten bekannt gewesen. Die Beklagte hat in diesem Verhalten der Klägerin einen rechtswidrigen und schuldhaften Eingriff in den eingerichteten Gewerbebetrieb gesehen und behauptet, daß ihr hierdurch ein Schaden entstanden sei. Die Beklagte hat deshalb im Wege der Widerklage Feststellung der Schadensersatzpflicht der Klägerin aus deren angeblich unberechtigter Verwarnung verlangt.

Die Klägerin hat Abweisung der Widerklage begehrt.

Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Klageantrag zu I und II der Klage verurteilt und die Widerklage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte nur insoweit Berufung eingelegt, als Verurteilung gemäß den Anträgen der Klage erfolgt ist. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

In einem von der Beklagten angestrebten Lösungsverfahren ist nach Verkündung des Berufungsurteils der Beschluß der Gebrauchsmusterabteilung II des Deutschen Patentamts vom 9. März 1962 ergangen, dessen erkennender Teil lautet:

Das Gebrauchsmuster 1 763 283 wird dadurch teilweise gelöscht, daß an die Stelle der eingetragenen 3 Schutzansprüche folgende 2 Schutzansprüche treten:

- "1. Eckgetriebe für wahlweise um eine untere waagerechte Achse kippbare oder um eine seitliche lotrechte Achse schwenkbare Flügel von Fenstern, Türen oder dergleichen, mit einer Grundplatte, an der die Bandrollen für die die Schwenkachse bzw. die Kippachse bildenden Schubstangen angeformt sind, sowie mit einer Gehäuseplatte zur Aufnahme des mit dem Handhebel verbundenen Formstückes, das über Schubglieder mit nach unten abgebogenen in die Bandrollen eingreifenden Mitnehmerklauen mit den Schubstangen verbunden ist, dadurch gekennzeichnet, daß die Gehäuseplatte (19) mit dem Formstück (16), den Schubgliedern (14, 17), dem Handhebel (25) und dem Mitnehmerbolzen (7) mittels einer Deckplatte zu einer Baueinheit zusammengefaßt ist und die Schubstangen (12) zum Kuppeln mit den Mitnehmerklauen (15, 18) der Schubglieder (14, 17) segmentförmig aus dem Material der Schubstange (12) herausgenommene oder ausgeprägte Aussparungen (13) aufweisen und daß Schrauben zum Befestigen der mit den Getriebeteilen verbundenen Gehäuseplatte (19) auf der Grundplatte (1) vorgesehen sind.
2. Eckgetriebe nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß an den Schubstangen (12) mehrere Aussparungen (13) angeordnet sind, in die die entsprechende Anzahl von an den Schubgliedern (14, 17) befindlichen Mitnehmerklauen (15, 18) eingreift."

Im übrigen wird der Lösungsantrag abgewiesen.

Von den Kosten des Verfahrens werden die amtlichen jeder Partei zur Hälfte auferlegt, die außeramtlichen gegeneinander aufgehoben.

Die Beklagte erstrebt im Wege der Beschwerde an das Bundespatentgericht die gänzliche Löschung des Klagegebrauchsmusters und hat Abschrift der Beschwerdebegründungsschrift vom 14. August 1962 vorgelegt. Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat erklärt, daß sie den Teillöschungsbeschuß vom 9. März 1962 nicht anfechten, anderseits aber dem Verlangen der Beklagten nach gänzlicher Löschung des Klagegebrauchsmusters widersprechen werde.

Unter Hinweis auf das noch schwebende Lösungsverfahren beantragt die Beklagte vorsorglich die Aussetzung des vorliegenden Verletzungsstreites (§ 11 GebrMG); in der Sache selbst verfolgt die Beklagte ihr Verlangen nach Klageabweisung weiter. Die Klägerin widerspricht dem Aussetzungsverlangen und bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Der rechtlichen Beurteilung durch das Revisionsgericht ist die durch den Beschluß der Gebrauchsmusterabteilung II des Deutschen Patentamtes vom 9. März 1962 eingeschränkte Fassung der Ansprüche zugrunde zu legen, nachdem die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat erklärt hat, ihr Schutzrecht nur noch in dem dort zuerkannten engeren Umfang verteidigen zu wollen. Ohne Bedeutung ist hierbei, daß der Teillöschungsbeschuß zeitlich nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ergangen ist (Urteil des erkennenden Senats vom 9. Januar 1962, GRUR 1962, 299, 305 - Sportschuh).

2. Während der neue Anspruch 2 gegenüber dem ursprünglichen Anspruch II lediglich sprachliche Verbesserungen und eine Klarstellung dahingehend bringt, daß die dort vorgesehene Ausfüh-

rung gegenüber derjenigen des Hauptanspruches die Besonderheit einer Mehrheit von Aussparungen und von Mitnehmerklauen aufweist, faßt der neue Hauptanspruch 1 die Merkmale der ursprünglichen Ansprüche I und III dahingehend zusammen, daß ein Eingreifen von Mitnehmerklauen (der Zahnstangen = Schubglieder) in Aussparungen (der Schubstangen) für sich allein noch nicht genügt (so der ursprüngliche Anspruch I), sondern als Voraussetzung der Schutzfähigkeit zusätzlich zu fordern ist, daß die Gehäuseplatte und deren Inhalt (Formstück, Zahnstangen, Handhebel, Mitnehmerbolzen) mittels der Deckplatte zu einer Baueinheit zusammengefaßt ist und daß weiter die Verbindung dieser Baueinheit mit der Grundplatte durch Schrauben erfolgt (Merkmale des ursprünglichen Anspruchs III).

3. Die hierin zum Ausdruck kommende Beschränkung des klägerischen Schutzrechtes würde indes nur dann rechtliche Bedeutung gewinnen, wenn die Klägerin ihr Klagebegehren auf die weite Fassung des ursprünglichen Anspruchs I abgestellt hätte. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Klägerin hat in ihrem Klageantrag I 1, auf den die übrigen Klageanträge Bezug nehmen, nur solche Ausführungen des Eckgetriebes durch die Beklagte beanstandet, bei denen "... auf einer Grundplatte ... eine Gehäuseplatte aufgeschraubt ist, welche zusammen mit einer Deckplatte eine ein- und ausbaufähige, ein Zahnrad-Formstück und Schubglieder enthaltende Baueinheit bildet ...". Sie hat also lediglich für eine Ausführung gemäß dem ursprünglichen Anspruch III und dessen, gegenüber dem alten Anspruch I zusätzlichen Merkmalen, die in den neuen Anspruch 1 aufgenommen worden sind, Schutz begehrt.

Der Teillöschungsbeschluß der Gebrauchsmusterabteilung hat also keine neue Sachlage geschaffen, die eine eigene abschließende Entscheidung durch das Revisionsgericht hindern würde oder die den Ausführungen des Berufungsurteils die Eigenschaft nehmen könnte, Gegenstand der rechtlichen Überprüfung durch das Revisionsgericht zu sein.

4. Die weitere Rechtshängigkeit des Lösungsverfahrens in der Beschwerdeinstanz könnte nur dann eine Aussetzung des Verletzungsstreites rechtfertigen, wenn entweder der Teillösungsbeschluß der Gebrauchsmusterabteilung erkennen ließe, daß in rechtlich fehlerhafter Weise dem Verlangen der Beklagten nach gänzlicher Löschung des Klagegebrauchsmusters nicht entsprochen oder wenn nach dem Erlaß des Teillösungsbeschlusses neues zusätzliches Material beigebracht wäre, das ein gänztliches Obsiegen der Beklagten in der Beschwerdeinstanz als wahrscheinlich erscheinen ließe. An beidem fehlt es hier. Die von der Beklagten dem erkennenden Senat vorgelegte Beschwerdebegründungsschrift vom 14. August 1962 läßt keine Gesichtspunkte hervortreten, die nicht schon vom Tatsachenrichter des vorliegenden Verletzungsrechtsstreites eine eingehende und - wie unten im einzelnen darzulegen ist - rechtsirrtumsfreie Wertung erfahren hätten. Die Beschwerdebegründungsschrift ist - ebenso wie die Revisionsbegründungsschrift - bemüht, die vom Berufungsgericht vorgenommene Wertung durch eine solche anderer Art zu ersetzen, wobei die Revision insbesondere hervorkehrt, daß die Vorteile, die dem Klagegebrauchsmuster gegenüber vorbekannten Ausführungsformen zukommen - mögen diese Vorteile unstreitig oder mögen sie vom Berufungsgericht festgestellt sein -, durch Nachteile erkaufte seien und daß angesichts des Standes der Technik eine erfinderische Leistung zu verneinen sei. Ob diesem Vorbringen der Revision aus Rechtsgründen zu folgen ist oder nicht, kann auf Grund des schon vorliegenden Materials vom erkennenden Senat abschließend beurteilt werden. Der Antrag auf Aussetzung des Verletzungsstreits ist demnach unbegründet.

II. 1. Zum Gegenstand des Klagegebrauchsmusters hat das Berufungsgericht ausgeführt: Bei Dreh-Kipp-Beschlägen sei bekannt gewesen, die beiden Schubstangen in einer senkrechten und in einer waagrechten Bandrolle eines Eckgetriebes zu lagern und zu führen. Hierbei sei die Verbindung der Schubstangen mit

den im Getriebegehäuse angeordneten Formstücken (Zahnräder oder dergl.) durch ein aus der Achsrichtung der Schubstangen umgebogenes Ende oder aber durch Zahnstangen hergestellt worden, die an den Schubstangen befestigt waren.

Der Erfinder des Klagegebrauchsmusters habe es als nachteilig empfunden, daß die Schubstangenenden in einem besonderen Arbeitsgang umgebogen oder aber mit besonderen Vorrichtungen versehen werden mußten, die das Einhaken in die Zahnstangen des Getriebes ermöglichen sollten. Weiter habe der Erfinder die unlösbare Verbindung von Grundplatte einerseits und von Gehäuseplatte mit den in ihr liegenden Getriebeteilen andererseits als ungünstig gewertet, da dies eine Anschraubung des Eckgetriebes nur als Ganzes zugelassen habe: Sowohl die Ausbildung der Schubstangen als auch die feste Verbindung von Grundplatte und Gehäuseplatte hätten die Anbringung des Beschlages erschwert.

Der Erfinder habe sich daher die Aufgabe gestellt, die Schubstangenenden in der Herstellung wie in der Anbringungsmöglichkeit einfacher zu gestalten und das in der Gehäuseplatte befindliche eigentliche Eckgetriebe zu einer baulichen Einheit auszubilden, die als Ganzes auf die Grundplatte aufgeschraubt werden könne. Er habe diese Aufgabe gelöst durch die Anbringung von Aussparungen am Ende der Schubstangen. In diese Aussparungen hätten Mitnehmerklauen einzugreifen, die an besonderen Zahnstangen (= Gliedern) anzubringen seien, wobei letztere wieder in kraftschlüssiger Verbindung mit dem Zahnrad und damit mit dem Bedienungshebel stünden. Zur Erlangung von zwei selbständigen Bauelementen des gesamten Eckgetriebes (Grundplatte und Gehäuseplatte mit Inhalt) sei die Gehäuseplatte durch eine Deckplatte abzuschließen, um ein Herausfallen der in der Gehäuseplatte befindlichen Getriebeteile (Zahnrad, Zahnstangen) zu vermeiden.

Gegenstand des Klagegebrauchsmusters, d.h. der in der Raumform in Erscheinung tretende Erfindungsgedanke, sei demnach die Kombination folgender Merkmale:

a) Das Eckgetriebe des Dreh-Kipp-Beschlages besteht aus einer Grundplatte, auf die eine Gehäuseplatte aufgeschraubt wird, in der ein Formstück und zwei Zahnstangen (Glieder) gelagert sind,

b) die an den Zahnstangen angebrachten Mitnehmerklauen greifen in Aussparungen der sonst vollzylindrisch geformten Schubstangen ein,

c) eine Deckplatte schließt das Gehäuse von unten ab und schützt das Formstück und die Zahnstangen gegen Herausfallen, so daß eine bauliche Einheit entsteht.

2. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts zur Frage des Gegenstandes der Erfindung sind rechtsfehlerfrei und als solche von der Revision nicht angegriffen. Das Berufungsgericht hat, indem es die Verschraubung der Grund- und der Gehäuseplatte sowie ferner die Herstellung einer Baueinheit der Gehäuseplatte und der in ihr befindlichen Getriebeteile mittels der Deckplatte als erfindungswesentlich ansah, lediglich die Ausführung gemäß dem alten Anspruch III als schutzfähig gewertet, damit aber andererseits den Erfindungsgegenstand in einer Weise bestimmt, wie es durch den neuen Anspruch 1 in der Folgezeit gemäß dem Teillöschungsbeschluß vom 9. März 1962 geschehen ist.

III. Das Berufungsgericht hat Neuheit, technischen Fortschritt und eine dem Gebrauchsmuster genügende Erfindungshöhe bejaht. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision können keinen Erfolg haben.

1. Neuheit.

a) Deutsche Patentschrift 914 470 (Wilhelm F. [REDACTED]).

Das Berufungsgericht erachtet als wesentlich, daß bei einer Ausführung gemäß der vorveröffentlichten Patentschrift 914 470 das Eckgetriebe ein ankerähnliches Formstück in Gestalt einer drehbaren Scheibe aufweist, die mit zwei Ausschnitten zum unmittelbaren Eingreifen der umgebogenen Schubstangenenden versehen ist, während das Klagegebrauchsmuster als Kern des Getriebes außer dem Formstück (Zahnrad) noch zwei Zahnstangen enthält. Hierdurch sei die Verbindung mit den Schubstangen in anderer Weise bewirkt, abgesehen von der Notwendigkeit, bei der Ausführung gemäß Patentschrift 914 470 die Schubstangenenden in einem besonderen Arbeitsgang umzubiegen.

Die Revision ist demgegenüber der Auffassung, hinsichtlich der vorveröffentlichten Patentschrift 914 470 habe das Berufungsgericht bei Prüfung der Neuheit nur den Anspruch und die Zeichnung, nicht aber die Beschreibung berücksichtigt, wo es auf Seite 1, Z. 25 - 32 heißt:

"Wenn es zweckmäßig sein sollte, kann das Formstück auch derart ausgebildet sein, daß es eine oder mehrere Nasen aufweist, die in Aussparungen an den Schubstangen oder in an denselben sich befindenden Gliedern mit Aussparungen oder dergl. eingreifen und so die Verbindung zwischen den Schubstangen und dem Formstück hergestellt wird".

Die Revision entnimmt daraus, daß die Patentschrift 914 470 als Kern des Getriebes nicht nur ein ankerähnliches, sondern auch ein zahnradähnliches Formstück als bekannt ausweist, in das die Aussparungen der Schubstangen eingreifen können.

Diese Auffassung ist unzutreffend.

Zur Auslegung der vorstehend im Wortlaut zitierten Stelle hat der erkennende Senat bereits in seinem Urteil vom 14. Juli 1961 (GRUR 1962, 29 ff - Dreh-Kipp-Beschlag) Stellung genommen. Die damaligen Ausführungen erfolgten im Rahmen eines Verletzungsprozesses, und zwar bei Prüfung der Frage, ob die Verwendung eines Zahnrades als Formstück mit kraftschlüssig verbundener Zahnstange (damals angegriffene Ausführungsform) der im damaligen Klagepatent 914 470 empfohlenen Verwendung eines Ankers äquivalent sei. Der erkennende Senat hat dies in dem genannten Urteil vom 14. Juli 1961 verneint und seine im Urteil des vorangegangenen Nichtigkeitsverfahrens (Urteil vom 6. Mai 1960, GRUR 1960, 427 - Fensterbeschlüge) bereits gegebene Deutung dieser Stelle in der Patentbeschreibung nochmals dahingehend bestätigt, daß "keine Wesensänderungen, sondern allenfalls konstruktive Formänderungen in den Patentschutz einbezogen werden können. Damit ist gewährleistet, daß dieser Satz der Beschreibung nicht etwa zu einer ausdehnenden Auslegung in der Richtung führen kann, als ob auch die Kraftübertragung mittels Zahnrad und Zahnstange mit in den Patentschutz des Streitpatents einbezogen werden könnte".

Die damaligen Ausführungen erfolgten im Rahmen der Untersuchung zum Schutzzumfang des Patents 914 470. Sie haben damit für die Prüfung der jetzt zur Entscheidung gestellten Frage, ob die zitierte Stelle der Patentbeschreibung als druckschriftliche Vorveröffentlichung neuheitsschädlich ist, zwar keinen unmittelbaren Bezug. Die Fragestellung damals und jetzt ist jedoch eng miteinander verwandt; war damals zu ermitteln, was die Patentinhaberin als Schutz beanspruchen wollte und konnte, so ist jetzt zu prüfen, was der Fachmann dieser Patentschrift am Prioritätstag des hier streitigen Gebrauchsmusters als technische Lehre oder Anregung entnehmen konnte.

Insoweit sprechen aber schon die sehr zurückhaltend gefaßten Eingangsworte ("wenn es zweckmäßig sein sollte, kann...") gegen eine Deutung dahingehend, daß der Patentinhaber in diesem

Satze sein eigenes Lösungsprinzip -geringe Anzahl der Getriebe-
teile - und die davon erwarteten Vorzüge - Verlässlichkeit des
Funktionierens - irgendwie hätte in Frage stellen wollen.
Näher lag für den Patentinhaber die Besorgnis, daß Dritte be-
müht sein würden, den Schutzbereich des Patents zu entkommen,
etwa durch geringfügige Umgestaltung des ankerähnlichen Form-
stücks in ein mehr zahnradähnliches Gebilde oder auch durch
kleine Veränderungen der Schubstangen hinsichtlich des Ein-
hakemechanismus. Dabei war die weitere Besorgnis nicht von der
Hand zu weisen, daß diese Dritten sich darauf berufen würden,
durch die Verstärkung der kraftschlüssigen Verbindung werde
die Umsetzung der - vom Bedienungshebel ausgehenden - Drehbe-
wegung in die Schubbewegung der Schubstangen noch gefördert
und verbessert. Solchen Versuchen konnte nur durch die Ver-
stärkung der Kraftschlüssigkeit, nicht durch deren Lockerung,
wie es bei Verwendung von selbständigen, nur lose in die Aus-
sparungen der Schubstangen eingreifenden Zahnstangen der Fall
ist, begegnet werden. Wenn also an dieser Stelle der Beschrei-
bung von "Nasen" gesprochen wird, "die in Aussparungen an den
Schubstangen oder in an denselben sich befindende Glieder
mit Aussparungen oder dergl. eingreifen", so kann man unter
der "Verbindung", die "zwischen den Schubstangen und dem Form-
stück hergestellt wird", nur eine solche verstehen, die zwar
zwischen "Formstück" und "Glieder" (als dem Ende der Zahnstange)
Spielraum läßt, nicht aber eine solche, welche "die mit Aus-
sparungen versehenen Glieder" und die eigentlichen Schubstan-
gen als zwei getrennte Teile faßt. Vielmehr können als "an
denselben (= Schubstangen) sich befindende Glieder mit Aus-
sparungen" nur solche Vorrichtungen verstanden werden, die
durch Verschweißen, Anschraubung oder in ähnlicher Weise eine
dauerhafte und feste Verbindung mit den Schubstangen einge-
gangen sind. Dem entspricht es, daß an der Beschreibungs-
stelle über eine Mitnehmerklaue und über deren wichtige Funk-
tion, die Schubbewegung in eine andere Ebene zu verlagern,
überhaupt nichts gesagt ist. Von der Lösung des Patentes

914 470 aus - es handelt sich im Gegensatz zum Klagegebrauchsmuster nicht um einen aufschraubbaren, sondern um einen einlaßbaren Beschlag - kam solche Verlagerung der Schubbewegung in eine andere Ebene mittels der Mitnehmerklaue überhaupt nicht in Betracht. Es ist also keine Zufälligkeit, daß die in der Beschreibung auf S. 1 Zeile 25 ff aufgewiesene Lösung in der Zeichnung der Patentschrift keinen Niederschlag gefunden hat, denn - im obigen Sinne verstanden - hielt sie sich durchaus im Rahmen des Anspruches und bedurfte daher auch keiner zeichnerischen Verdeutlichung.

b) Deutsche Gebrauchsmusterschrift 1 712 182 (Winkhaus).

Bei einer Ausführung gemäß der vorveröffentlichten Gebrauchsmusterschrift 1 712 182 - so führt das Berufungsurteil weiter aus - seien zwar neben dem Formstück Zahnstangen vorhanden, die Schubstangen seien jedoch mit Hilfe eines aufwärts gebogenen Hakens in der Ausnehmung oder Mitnehmerklaue der Zahnstangenteile befestigt. Außer dem schon erwähnten Nachteil in der Fertigung (Umbiegen der Stangenenden) gestalte diese Konstruktion auch das Einführen der Schubstangen wesentlich schwieriger. Weiter fehle die bauliche Einheit, welche die gesonderte Befestigung der Grundplatte, sodann die Einführung der Schubstangen in die Bandrollen und als Schlußakt die einheitliche Aufsetzung aller in der Gehäuseplatte zusammengefaßten Getriebeteile gestatte.

Die Revision ist demgegenüber der Auffassung, es sei lediglich eine kinematische Umkehr, wenn bei der Lösung nach dem Winkhaus-Patent die mit Haken versehenen Schubstangenenden in Ausnehmungen (Ösen) der Zahnstangen eingriffen und nicht - wie beim Klagepatent - die Mitnehmerklauen der Zahnstangen in Ausnehmungen der Schubstangen.

Diese Auffassung der Revision ist unrichtig. Sie verkennet, daß es nicht auf den Endzustand des Verbundenseins der beiden Elemente, sondern auf den Verbindungsvorgang und die hierbei auftretenden, mehr oder minder großen Schwierigkeiten ankommt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes gestaltet sich das Einhaken wegen der örtlichen Fixierung der im rechten Winkel zueinander angebrachten, zur Aufnahme der Schubstangenenden vorgesehenen Fischbandrollen wesentlich anders, und zwar wesentlich schwieriger als die Einführung der Stangen in diese Führungsrollen und die anschließende Anpassung von Mitnehmerklaue und Ausnehmung bei gleichzeitigem Aufsetzen der Gehäuseplatte. Eine - technisch bedeutungslose - bloße kinematische Umkehr liegt nicht vor, da die beiden Ausführungen mit anderen Mitteln einen andersartigen Effekt erreichen, wobei im Rahmen der Neuheitsprüfung dahinstehen mag, ob die Ersetzung von Klaue und Ausnehmung durch Haken und Öse einen Vorteil darstellt oder nicht. Die beiden Verbindungselemente sind in den beiden Fällen jeweils andersartig, es ist nicht so, als ob lediglich der Sitz derselben Verbindungselemente vertauscht worden wäre.

c) Vorbenutzungen (Drehkippschlag Aubifex. Zeichnung F 60-01, Zeichnungen F 71-01, F 71-01-02-01 und F 71-01-04).

Zu den angeblich offenkundig benutzten Ausführungen bemerkt das Berufungsgericht:

Der Beschlag Aubifex nehme die Raumform des Klagegebrauchsmusters schon deshalb nicht vorweg, weil er nur eine einzige, senkrecht stehende Schubstange aufweise; die Aufgabe, über ein Eckgetriebe mehrere Schubstangen gleichzeitig zu bewegen, sei dort also nicht behandelt. Bei der Ausführung gemäß Zeichnung F 60-01 handle es sich um ein "Umschaltgetriebe" für Leichtmetallfenster, nicht um einen Dreh-Kipp-Beschlag mit Eckgetriebe. Die Schubstange sei im Rahmen selbst untergebracht,

und das Getriebe weise keine selbständigen, im rechten Winkel zueinander geführten Zahnstangen auf, vielmehr nur ein Kranzsegment und einen Zahnstangenteil, die mittels einer "Deckplatte" im Getriebegehäuse zusammengeschlossen seien. Es fehle jedoch die Grundplatte, das Getriebe werde unmittelbar auf den Fensterrahmen aufgeschraubt. Schließlich stelle eine Ausführung gemäß den Zeichnungen F 71-01, F 71-01-02-01 und F 71-01-04 zwar ein Eckgetriebe dar, bei dem Grund- und Gehäuseplatte nicht fest miteinander verbunden seien. Es fehle aber die Deckplatte, die die Getriebeteile zusammenfasse.

Die Revision hält demgegenüber bei der Konstruktion Aubifex den Umstand für nicht wesentlich, daß dort nur eine einzige Schubstange vorhanden ist; sie unterstreicht demgegenüber, daß diese Konstruktion bereits das Prinzip der Baueinheit verwirkliche, das lediglich noch einer Übertragung auf das Eckgetriebe bedürfe. In dem Beschlag gemäß Zeichnung F 60 sieht die Revision eine lediglich durch die Besonderheiten der Verwendung (Leichtmetallfenster) bedingte Sonderkonstruktion: der Flügelrahmen, auf dem die Gehäuseplatte aufgeschraubt sei, stelle der Sache nach die Grundplatte dar. Schließlich meint die Revision, die Konstruktion gemäß Zeichnung F 71 (für Fenster aus Kunststoff) enthalte alle Merkmale des Klagegebrauchsmusters bis auf die fehlende Deckplatte, welche die Gehäuseplatte und deren Inhalt zusammenfassen solle; diese Deckplatte sei aber durch den Beschlag gemäß Zeichnung F 60 bereits bekannt.

Diese Angriffe der Revision sind unbegründet. Im vorliegenden Falle ist das Neue und Erfinderische in einer bestimmten Kombination mehrerer Merkmale zu sehen, die im einzelnen freilich schon bekannt waren. Zur Aufgabe gehört hierbei die Verwendung der Vorrichtung als Eckgetriebe und damit die Möglichkeit zu gleichzeitiger Bewegung zweier, senkrecht zueinander stehender Schubstangen; diese Aufgabenstellung fehlt bei der

Aubifex-Konstruktion und beim Beschlag gemäß Zeichnung F 60. Wesentlich ist weiter das Vorhandensein einer Deckplatte, deren Zweck darin besteht, die Gehäuseplatte mit ihrem Inhalt zu einer baulichen Einheit zusammenzufassen; daran fehlt es bei der Konstruktion gemäß Zeichnung F 71. Weiter ist wesentlich das Vorhandensein einer Grundplatte und die Möglichkeit ihrer gesonderten Anbringung. Entgegen der Auffassung der Revision ist beim Beschlag gemäß Zeichnung F 60 der Flügelrahmen, auf den die Gehäuseplatte aufzuschrauben ist, der fehlenden Grundplatte nicht gleichzustellen, denn der Beschlag gemäß Zeichnung F 60 ist nicht nur eine "Sonderkonstruktion" für Leichtmetallfenster, sondern für diesen seinen besonderen Zweck schlechthin und einzig bestimmt; dies findet auch darin sichtbaren Ausdruck, daß die Schubstange nicht vollzylindrisch geformt ist, sondern ein gestanztes Flacheisen darstellt, das in einem entsprechenden Profil eng geführt wird.

Die bezüglich der Neuheit erhobenen Revisionsangriffe erweisen sich demnach als unbegründet.

2. Fortschritt:

a) Bei Prüfung des technischen Fortschritts hat das Berufungsgericht vor allem die Lösung gemäß Patent 914 470 mit derjenigen des Klagegebrauchsmusters verglichen und die Vorzüge der letzteren Lösung zumal in der einfachen Befestigung der Schubstangen an den Zahnstangen (Glieder) und in der wesentlich einfacheren Anbringung des Gesamtbeschlages gesehen (zunächst Aufschrauben der Grundplatte auf die Flügelecke des Fensters, dann Einschieben der Schubstangen in die Bandrollen der Grundplatte, sodann provisorisches Aufsetzen des gesamten, eine Einheit bildenden Getriebegehäuses, Anzeichnen und Einsägen der Schlitz für die Führbänder und deren Anbringung am Rahmen, erst dann Einschieben der Schubstangen vom Eckgetriebe aus in die Bandrollen und - getrennt hiervon und erst als Schlußakt - Aufsetzen und Anschrauben des Getrie-

begehäuses). Diese Art der Anbringung ermögliche den erstmaligen Farbanstrich vor Anbringung des Getriebegehäuses und eine entsprechend einfache Montage beim Nachstreichen des Fensters oder bei der Reinigung. Von besonderem Vorzug sei, daß die Schubstangen gerade eingeführt und nicht verbogen würden. Demgegenüber hätten die Vorführungen der Beklagten gezeigt, daß im Falle einer ähnlichen - freilich anleitungswidrigen - Anbringung des Beschlages nach Patent 914 470 eine Verbiegung der Stangen sich nicht vermeiden lasse. Einen weiteren technischen Fortschritt hat das Berufungsgericht mit der Begründung angenommen, daß die Schubstangen gemäß Klagegebrauchsmuster in einem einzigen Arbeitsgang geschnitten und mit Aussparungen versehen werden könnten, während die Umbiegung von Stangen gemäß der Ausführung Patent 914 470 zusätzlichen Arbeitsaufwand erfordere. Gegenüber diesen Vorzügen falle der Mehraufwand an Material (Deckplatte, Zahnstangen) nicht ins Gewicht.

b) Die Revision beanstandet, das Berufungsgericht habe das Klagegebrauchsmuster im Verhältnis zu den übrigen Entgegenhaltungen nicht einer gesonderten Prüfung hinsichtlich des technischen Fortschrittes unterzogen. Soweit es mit dem Patent 914 470 verglichen wurde, bestreitet die Revision herstellungsmäßige Vorzüge des ersteren, da wegen der gebotenen Verjüngung der Schubstangenspitzen das Abschneiden der Stangen durch Abdrehen vorzunehmen sei, was die gleichzeitige Anbringung der Aussparungen hindere. Vorzug des Beschlages nach Patent 914 470 sei der einfache Aufbau. Die Beklagte habe "durch praktische Vorführung des Beschlages nach der deutschen Patentschrift 914 470 unter Beweis gestellt, daß der Beschlag nach der deutschen Patentschrift 914 470 leichter anzuschlagen und auszuwechseln ist als der Beschlag gemäß Klagegebrauchsmuster". Eine solche mit dem Klagegebrauchsmuster konforme Anschlagsweise werde seit 1954 den Interessenten demonstriert, die Anschlagsweise sei also offenkundig

vorbenutzt; die zeitweilige Verbiegung der Stangen habe keinen Einfluß auf deren Funktionsfähigkeit, man könne sie ja zurückbiegen.

c) Soweit die Revision eine gesonderte Prüfung des technischen Fortschritts gegenüber einzelnen Entgegenhaltungen vermißt, ist diese Prüfung bezüglich der Beschlüge Aubifex und Zeichnung F 60 in der Feststellung des Berufungsgerichts enthalten, daß es sich insoweit nicht um Beschlüge mit Eckgetrieben handele; damit ist die Andersartigkeit der Aufgabe herausgestellt, ferner die nicht gleichzeitige Bewegung zweier Schubstangen als Nachteil gegenüber dem Klagegebrauchsmuster bezeichnet. Ähnliches gilt, soweit bei dem Beschlag gemäß Zeichnung F 71 auf das Fehlen einer Deckplatte hingewiesen wird; auf die Frage der Einsparung von Arbeitszeit als solche kommt es insoweit nicht entscheidend an, vielmehr ist allein bedeutsam, daß die Montage nicht durch einheitliche Aufsetzung des gesamten Getriebegehäuses erfolgen kann.

Soweit bei Beschlügen gemäß Gebrauchsmuster 1 712 182, ebenso aber auch bei Beschlügen gemäß Patent 914 470 auf die bloße Möglichkeit einer Montage ähnlich derjenigen des Beschlages gemäß Klagegebrauchsmuster von der Revision hingewiesen wird, ist im angefochtenen Urteil überzeugend dargelegt, daß solcher Montageweise Nachteile und Gefahren gegenüberstehen (Mehraufwand an Arbeit, Verbiegen der Stangen, Störungen in der Funktionsfähigkeit). Zudem hat das Berufungsgericht dem Umstand die größte Bedeutung beigemessen, daß - jedenfalls bei dem Beschlag gemäß Patent 914 470 - solche Montage der schriftlichen Anleitung widersprechen würde. Wie eine Holzschraube, die eingehämmert wird, auch dann faktisch und rechtlich nicht zum Nagel wird, wenn diese ihrem Wesen und Verwendungszweck widersprechende Montierung recht geschickt und ohne Schaden erfolgt, so kann auch der Fortschritt des Klagegebrauchsmusters nicht mit der Begründung in Frage

gestellt werden, daß die dort vorgesehene Montierung auch bei anderen Konstruktionen zwar der schriftlichen Montageanweisung widerspreche, aber immerhin ohne endgültigen Schaden möglich sei. Die in diesem Zusammenhang von der Revision erhobenen Rügen einer Übergehung von Beweisangeboten sind also unbegründet. Die zur Erläuterung des Parteivortrages stattgefundene praktische Vorführung der Modelle vor dem Berufungsgericht hatte diesem ausgereicht, um sich die richterliche Überzeugung für die Urteilsfindung zu verschaffen. Darin kann ein Verfahrensverstoß nicht erblickt werden.

Ob der vom Berufungsgericht angenommene Vorzug in der Fertigung bei Schubstangen nach dem Klagegebrauchsmuster besteht, kann auf sich beruhen. Der Hinweis der Revision auf die Notwendigkeit der Verjüngung der Schubstangenenden überzeugt jedenfalls nicht, da die Verjüngung nicht an den dem Getriebe zugekehrten Stangenenden, wo die Aussparungen anzubringen sind, sondern äußerstenfalls an den entgegengesetzten Enden, die durch die Halterollen zu führen sind, eine technische Notwendigkeit ist. Selbst dann aber, wenn das Berufungsgericht den von der Klägerin behaupteten Vorzügen der Fertigung ein zu großes Gewicht gegenüber der Einfachheit im Mechanismus bei Beschlügen gemäß Patent 914 470 sollte zuerkannt haben, würden doch die sonstigen Vorzüge des Beschlages gemäß dem Klagegebrauchsmuster bei der Montage, beim Anstrich, beim Nachstreichen und bei der Reinigung ihr Gewicht behalten.

Am bedeutsamsten ist hierbei, daß die Zusammenfassung der Gehäuseplatte und der Getriebeteile mittels der Deckplatte zu einer Baueinheit auf der einen Seite und die Trennbarkeit dieser Baueinheit von der Grundplatte auf der anderen Seite es ermöglicht, den für die Schubstangen benötigten Führungsrollen, die am unteren und am seitlichen Schenkel des Flügelrahmens anzubringen sind und deren örtliche Fixierung im Interesse störungsfreier Ver- und Entriegelung unter

genauester Berücksichtigung von Schubstangenlänge und Schubstangenweg beim Umschaltvorgang zu erfolgen hat, bereits bei der versuchsweisen Montage ihren festen und endgültigen Sitz zu geben, der auch bei etwaiger späterer Wiederentfernung der Gehäuseplatte anlässlich von Reparaturen oder Neuanstreich nicht mehr verändert zu werden braucht. Erreicht wird dies durch die Abnehmbarkeit der Gehäuseplatte und der in ihr eingebetteten Getriebeteile, wobei als Folge der Entfernung der Mitnehmerklauen die in den Bandrollen und in den Flügelrahmenschenkeln befindlichen Schubstangen trotz ihrer rechtwinkligen Stellung zueinander verschiebbar und entfernbar werden. Alle vorbekannten Konstruktionen, soweit sie Eckgetriebe betreffen, zwingen demgegenüber dazu, wegen der frühzeitigen Einführung der Schubstangen in das kompakte - beim Winkhaus-Patent z.B. durch Vernietung von Grund- und Gehäuseplatte zusammengefaßte - Eckgetriebe und wegen der dadurch bewirkten starren, unverschieblichen rechtwinkligen Stellung der beiden Schubstangen zueinander entweder die endgültige und feste Anbringung wenigstens der einen an einem der Flügelrahmenschenkel befindlichen Führungsrollen zeitlich getrennt von der provisorischen Fixierung ihres Sitzes mit der endgültigen Montage vorzunehmen oder aber diese endgültige Montage unter Verbiegen der Schubstangen, vorübergehender Lockerung der Grundplatte oder mit ähnlichen Aushilfen zu bewerkstelligen; noch spürbarer als bei der Erstanbringung wird dieser Nachteil, wenn die Öffnung oder zeitweilige Entfernung des Eckgetriebes geboten ist. Wenn bei solcher Sachlage das Berufungsgericht den technischen Fortschritt der Lösung gemäß dem Klagegebrauchsmuster gegenüber den vorbekannten Ausführungsformen bejaht hat, so kann darin ein Rechtsfehler nicht erblickt werden, mögen auch die in der Klagegebrauchsmusterschrift erwarteten herstellungsmäßigen Vorteile kein sonderliches Gewicht haben.

3. Erfindungshöhe:

Schließlich ist auch die für ein Gebrauchsmuster erforderliche Erfindungshöhe im angefochtenen Urteil ohne Rechtsverstoß bejaht worden. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die einfache Einbauweise beim Beschlag gemäß Klagegebrauchsmuster verblüffend ist, stellt eine ausreichende und - entgegen der Revision - auch nachprüfbare Gesamtwertung schon um deswillen dar, weil die Einzelmerkmale der Kombination bekannt waren, niemand aber auf den Gedanken gekommen ist, den Beschlag in dieser Weise zu vereinfachen.

Nach allen ist der Unterlassungsanspruch begründet.

IV. Gegenüber der Feststellung schuldhaften Verhaltens der Beklagten als einer Voraussetzung der Schadensersatz- und der Rechnungslegungspflicht glaubt die Revision, sich auf die erwirkte Teillöschung des Klagegebrauchsmusters berufen zu können. Dieses Vorbringen ist nicht schlüssig: Wie oben zu I und II im einzelnen dargelegt ist, hat der Beschluß der Gebrauchsmusterabteilung vom 9. März 1962 in seinem für die jetzige Klägerin günstigen Teil das Klagegebrauchsmuster in einem Umfang bestätigt, welcher die hier angegriffene Ausführungsform mitumfaßt. Damit ist in schlüssiger Weise auch die Möglichkeit einer schuldhaften Verletzung des zuerkannten Schutzrechtes im Teillöschungsbeschluß bejaht.

Die Feststellungen des Berufungsgerichts zur Frage des Verschuldens (BU S. 19 ff), die bereits auf der Grundlage einer gemäß dem späteren Teillöschungsbeschluß eingeschränkten Schutzberechtigung der Klägerin getroffen sind (vgl. oben zu II 2), sind als solche von der Revision nicht gesondert angegriffen. Da auch die gegenständliche Verletzung des Klage-

schutzrechtes außer Streit steht, sind Rechtsfehler des angefochtenen Urteils, auch soweit dieses die Verpflichtung zum Schadensersatz feststellt und zur Rechnungslegung verurteilt, nicht erkennbar.

Nach allem war die Revision in vollem Umfange als unbegründet bei Kostenfolge nach § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Wilde

Krüger-Nieland

Pehle

Ebel

Claßen