

12
I ZR 30/61

Verkündet

am 30. Oktober 1962

Grunau, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamt der
Geschäftsstelle

2426 098

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

In dem Rechtsstreit

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

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

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

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

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

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. Januar 1961 aufgehoben.

Der Rechtsstreit ist hinsichtlich des Unterlassungsantrags in der Hauptsache erledigt.

Im übrigen wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin war Inhaberin des am 27. Oktober 1956 angemeldeten, am 14. August 1958 eingetragenen und nach Verlängerung mit Ablauf des 27. Oktober 1962 erloschenen Gebrauchsmusters Nr. 1 772 412. Dieses betrifft einen Dreh-Kipp-Beschlag zum wahlweisen Drehen oder Kippen eines Fensters oder einer Tür: über ein Eckgetriebe bewirken die im Überschlag des Flügels verdeckt liegenden Schubstangen eine Ver- oder Entriegelung eines oder auch mehrerer Fischbandpaare, die am senkrechten und am waagerechten Holz des Flügelrahmens (Fensterrahmens, Fensterflügels) und des Blendrahmens jeweils korrespondierend angeordnet sind. Im Hauptanspruch wird eine vorteilhafte Gestaltung des Eckgetriebekastens unter Schutz gestellt. Der Anspruch 4 lautete in ursprünglicher Fassung:

"Dreh-Kipp-Beschlag mit im Überschlag des Flügels verdeckt liegenden Schubstangen nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß die vorzugsweise waagerechten und senkrechten Flügelfischbänder mit einem beispielsweise zylindrischen Fitschenstift versehen sind, dessen eines Ende rechtwinklig der Stiftachse abgebogen ist und kraftschlüssig in eine entsprechende Aussparung der Schubstange greift, wodurch mit dem Verschieben der Schubstange eine Längsverschiebung des Fitschenstiftes in der Bandrolle erfolgt."

Die Beklagte stellt her und vertreibt ebenfalls Dreh-Kipp-Beschläge, bei denen die Schubstangen verdeckt im Holz des Fensterflügels liegen. Diese Beschläge stimmen mit den kennzeichnenden Merkmalen des (ursprünglichen) Anspruchs 4 des Klagegebrauchsmusters überein mit dem einzigen Unterschied, daß die form- und kraftschlüssige Verbindung zwischen Fitschenstift und Schubstange nicht durch eine Abbiegung des Stiftes, sondern durch eine angeschweißte Platte ("Iappen") bewirkt wird.



Die Klägerin, die für den ursprünglichen wie für den später eingeschränkten Anspruch 4 ihres inzwischen erloschenen Gebrauchsmusters einen selbständigen Schutz beansprucht und in der Abweichung bei dem angegriffenen Beschlag ein technisches Äquivalent sah, hat zunächst die Beklagte verwahrt, die dann ihrerseits vor dem Landgericht Mannheim negative Feststellungsklage erhoben hat. Daraufhin hat die Klägerin mit der Behauptung, die Beklagte habe ihr Gebrauchsmuster rechtswidrig und schuldhaft verletzt, vor dem Landgericht Düsseldorf die vorliegende Klage erhoben und Unterlassung, Feststellung der Schadensersatzpflicht und Rechnungslegung verlangt. Entsprechend dem Antrag der Beklagten hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die erstinstanzliche Entscheidung abgeändert und wie folgt erkannt:

I. Die Beklagte wird verurteilt,

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, Beschläge für Drehkipppfenster mit im Flügel verdeckt liegenden Schubstangen und einem oder mehreren am Flügel und am Rahmen angeordneten Fischbandpaaren gewerbsmäßig herzustellen, feilzuhalten, in den Verkehr zu bringen oder zu gebrauchen, bei denen in den am Fensterflügel befestigten Fischbändern ein zylindrischer Stift verschiebbar gelagert ist, der mit einem angeschweißten Lappen in eine entsprechende Aussparung einer Schub- und Zugstange eingreift;
2. der Klägerin unter Angabe der Liefermengen, Lieferzeiten und Lieferpreise sowie der Abnehmer Rechnung zu legen, in welchem Umfang sie Handlungen der unter Ziff. I 1 gekennzeichneten Art seit dem 1.9.1958 vorgenommen hat.

II. Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch die unter Ziff. I 1 gekennzeichneten Handlungen entstanden ist und noch entstehen wird.

III. Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt mit Ausnahme von 1/5 der Kosten erster Instanz, welche die Klägerin zu tragen hat.

Die Belastung der Klägerin mit 1/5 der Kosten erster Instanz erfolgte, weil die Klägerin ihr Unterlassungsbegehren ursprünglich auch auf eine Ausführungsform erstreckt hatte, welche die Beklagte unstreitig nie benutzt hat; in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht hatte die Klägerin insoweit keinen Antrag mehr gestellt, was vom Berufungsgericht als teilweise Klagerücknahme gewertet wurde.

Nach Verkündung des Berufungsurteils ist in der mit umgekehrtem Rubrum geführten Gebrauchsmusterlöschungssache der Beschluß der Gebrauchsmusterabteilung II des Deutschen Patentamts vom 25. Mai 1962 ergangen, dessen erkennender Teil lautet:

Das Gebrauchsmuster Nr. 1 772 412 wird dadurch teilweise gelöscht, daß an die Stelle des eingetragenen Anspruchs 4 folgender Anspruch 4 tritt:

"Dreh-Kipp-Beschlag mit im Überschlag des Flügels verdeckt liegenden Schubstangen, bei dem in den senkrechten und waagerechten Flügelfischbändern je ein Fitschenstift längsverschiebbar gelagert ist, der mit einem Ansatz in die Schubstange eingreift, insbesondere nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß das eine Ende des Fitschenstiftes rechtwinklig zur Stiftachse abgebogen ist und in eine an sich bekannte Ausnehmung der Schubstange lose eingesteckt ist."

In übrigen wird der Löschungsantrag abgewiesen.

Von den Kosten des Verfahrens werden 1/4 der Antragstellerin, 3/4 der Antragsgegnerin auferlegt.

Gegen diesen Teillöschungsbeschluß hat die Beklagte Beschwerde an das Bundespatentgericht eingelegt mit dem - über den ursprünglichen, nur eine engere Fassung des Anspruches 4 bezweckenden erstinstanzlichen Antrag hinausgehenden - neuen Antrag, den Anspruch 4 in vollem Umfange zu löschen. Die Klägerin hat den Teillöschungsbeschluß bisher nicht angefochten; sie hat jedoch in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat erklärt, daß sie den Fortbestand des Klagegebrauchsmusters zumindest in dem durch den Teillöschungsbeschluß zuerkannten Umfang verteidigen werde.

Die Beklagte ist der Auffassung, durch den Teillöschungsbeschluß sei klargestellt, daß die angegriffene Ausführungsform nicht in den Schutzbereich des Klagegebrauchsmusters falle: Gegenstand der Erfindung sei nur eine solche Ausgestaltung des Fitschenstiftes, bei der dessen umgebogenes Ende nicht also ein an den Fitschenstift angeschweißter Lappen - in die Aussparung der Schubstange eingreife. Sie beantragt deshalb Aufhebung des Berufungsurteils und Klageabweisung, hilfsweise Aussetzung des Verletzungsrechtsstreites bis zur rechtskräftigen Erledigung des Lösungsverfahrens.

Die Klägerin widerspricht dem Aussetzungsverlangen, indem sie der Auslegung, welche die Beklagte dem Teillöschungsbeschluß gibt, entgegentritt, und beantragt ihrerseits Zurückweisung der Revision. Vorsorglich erklärt sie im Hinblick auf das mit Ablauf des 27. Oktober 1962 erfolgte Erlöschen des Klagegebrauchsmusters den Unterlassungsanspruch mit Wirkung von diesem Zeitpunkt in der Hauptsache für erledigt.

Die Beklagte stimmt dieser Erledigungserklärung zu.

Entscheidungsgründe:

A. Einfluß des Lösungsverfahrens.

Inhaltliche Änderungen gewerblicher Schutzrechte, aus denen Ansprüche hergeleitet werden, sind in der Revisionsinstanz auch dann zu berücksichtigen, wenn diese Änderungen (Erlöschen infolge Zeitablaufs, Vernichtung, Teilvernichtung oder Beschränkung) erst nach Abschluß der Tatsacheninstanzen eingetreten sind (ständige Rechtsprechung des erkennenden Senats, zuletzt eingehend dargelegt im Urteil vom 6. Juli 1962 - I ZR 74/59 - Rosenzüchtung, abgedruckt in NJW 1962, 2058).

Entsprechend den insoweit übereinstimmenden Anträgen war deshalb der Unterlassungsanspruch in der Hauptsache für erledigt zu erklären, da im Zeitpunkt der Verkündung der jetzigen Entscheidung das Gebrauchsmuster 1 772 412 nicht mehr besteht, aus dem die Klägerin ein Unterlassungsbegehren herleiten könnte.

Zum andern folgt aus dem Grundsatz, daß für die vorzunehmende rechtliche Prüfung das Schutzrecht in seinem jeweils gegebenen Bestande, Inhalt und Umfang maßgeblich ist, daß hinsichtlich des nicht erledigten Teiles des Rechtsstreites die dem Klagegebrauchsmuster durch den Teillösungsbeschluß vom 25. Mai 1962 gegebene enge Fassung zugrunde zu legen ist, nicht also die ursprüngliche Eintragung, an der das Berufungsgericht seine Prüfung noch ausgerichtet hatte.

In dem zitierten Urteil des erkennenden Senats vom 6. Juli 1962 ist dargelegt, daß diese aus dem Wesen gewerblicher Schutzrechte sich ergebende Besonderheit dazu führen kann, daß auch Urteile, die nicht an einem Rechtsfehler leiden, vom Revisionsrichter aufzuheben sind, einzig deshalb,

um der Tatsacheninstanz eine Prüfung auf Grund der veränderten Tatsachen- und Rechtslage zu ermöglichen. Ist solchenfalls der Rechtsstreit in tatsächlicher Hinsicht nicht zur Entscheidung reif, so muß die Sache zurückverwiesen werden.

Eine prozessuale Lage dieser Art ist im vorliegenden Falle gegeben. Der erkennende Senat sieht sich auf Grund des im Lösungsverfahren neu unterbreiteten Materials daran gehindert, den teilweise sachlich überholten Inhalt des Berufungsurteils zur Grundlage seiner rechtlichen Beurteilung zu machen. Auch eine Aussetzung des Verletzungsrechtsstreits ist nicht zweckentsprechend. Wird das Klagegebrauchsmuster nicht voll gelöscht - was im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht abzusehen ist -, so würde der Senat später wiederum vor der Frage stehen, ob der Sachverhalt zur Endentscheidung reif ist.

B. Berufungsurteil.

Das Berufungsgericht führt aus: Durch das Gebrauchsmuster 1 772 412 (ursprünglicher Anspruch 4) sei - zusätzlich zu der Gestaltung des Eckgetriebes (Anspruch 1) - die besondere Ausbildung der Flügelfischbänder unter Schutz gestellt. Unter Flügelfischbändern versteht das Berufungsgericht - ebenso wie die Gebrauchsmusterschrift - die mit den Fensterflügeln (Fensterrahmen, Flügelrahmen) fest verbundenen Fischbänder im Unterschied zu denjenigen Bändern, die am Blendrahmen fest angebracht sind und die an anderer Stelle der Gebrauchsmusterschrift (Bl. 5) als "Rahmenfischbänder" bezeichnet werden. Der Erfinder gehe, so führt das Berufungsgericht aus, von solchen Beschlägen aus, bei denen die Verbindung zwischen Blendrahmen und Flügel aus korrespondierend an beiden Teilen befestigten Fischbandpaaren bestehe. Die Ver- und Entriegelung

dieser Fischbandpaare werde durch einen Fitschenstift bewirkt, der mit der Schubstange in Verbindung stehe. Erfindungsgemäß solle

- a) der Fitschenstift längsverschieblich in der Hülse des Flügelfischbandes gelagert sein,
- b) das eine Ende des Stiftes rechtwinklig abgebogen sein und in eine Aussparung der Schubstange eingreifen, so daß eine Längsverschiebung der Schubstange eine eben- solche Längsverschiebung des Stiftes in der Hülse zum Zwecke der Ver- und Entriegelung zur Folge habe.

Durch diese Anordnung werde materialsparend und auf einfachste Art die für Beschläge der fraglichen Art erforderliche form- und kraftschlüssige Kupplung zwischen Fitschenstift und Schubstange erreicht. Nach außen offene Führungsschlitze, in die beim Anstrich Fremdkörper eindringen könnten, würden vermieden. Auch ermögliche diese Anordnung, die Fischbandpaare wahlweise an verschiedenen Stellen am Fenster anzubringen, da bei den Schubstangen vorsorglich mehrere Aussparungen für den eingreifenden Fitschenstift vorgesehen werden könnten.

Diese vorteilhafte Ausbildung erachtet das Berufungsgericht auch gegenüber dem von der Beklagten vorgetragenen Stand der Technik für neu:

Bei der vorveröffentlichten Gebrauchsmusterschrift 1_685_551 aus dem Jahre 1954 bestehe die Ent- und Verriegelungsverbindung zwischen (Blend-) Rahmen und Flügel nicht aus einem Fischbandpaar mit Fitschenstift, sondern aus einem einzelnen Fischband mit korrespondierendem Bügel, wobei beide Teile durch eine Art Fitschenstift (Lagerbolzen) miteinander verriegelt würden. Auch die kraft- und formschlüssige Kupplung zwischen dem Stift (Lagerbolzen) und der Schubstange sei

abweichend gestaltet: der Stift greife nicht mit einer Abbiegung unmittelbar in eine entsprechende Aussparung der Schubstange ein, vielmehr sei an der Schubstange ein besonders vorspringendes Kupplungsblech angebracht, in dem dann seinerseits Aussparungen für eine Abwinklung des Stiftes vorgesehen seien. Diese Zwischenschaltung eines besonderen Kupplungsbleches sei nicht nur aufwendiger und nachteiliger bei der Produktion, sondern hindere vor allem, wahlweise mehrere Stellen zum Anbringen der Ver- und Entriegelungsverbindung vorzusehen, da ungenutzte und vorspringende Kupplungsbleche anders als bloß ungenutzte Aussparungen bei der Anbringung der verdeckten Schubstangen stören würden.

Bei dem von der Beklagten angeblich offenkundig vorbenutzten Beschlag gemäß Zeichnung F 8-04 sei abweichend vom Klagegebrauchsmuster der Fitschenstift nicht längsverschieblich in der Hülse des Flügelfischbandes gelagert, sondern bilde mit dieser Hülse eine starre Einheit, die nur als Ganzes durch Betätigung der Schubstange verschiebbar sei. Für diese Ausführung seien bei der Montage größere Ausfräsungen im Fensterflügel nötig, ferner sei es hierbei im Unterschied zu den erfindungsgemäßen Beschlägen unvermeidlich, daß nach außen offene Führungsschlitze blieben, in die namentlich beim Anstrich Fremdkörper eindringen könnten.

Die erfindungsgemäße Ausbildung sei demnach neu und bei größter Einfachheit in Herstellung und Montage mit mehreren Vorteilen verbunden, die bei den vorbekannten Beschlägen nur gesondert vorhanden seien. Selbst wenn es für den Durchschnittsfachmann naheliegen möchte, die Ver- und Entriegelungsverbindung nach der vorveröffentlichten Gebrauchsmusterschrift dahingehend abzuwandeln, daß an die Stelle eines einzelnen Fischbandes und eines Bügels ein Fischbandpaar treten solle, sei damit die erfindungsgemäße einfache Kupplung des beweglichen Stiftes mit der Schubstange

noch nicht erreicht. Hierzu hätte es vielmehr einer weiteren Vereinfachung durch Fortlassen des Kupplungsbleches bedurft, wozu aber der vorbenutzte Beschlag der Beklagten, weil diesem der bewegliche Stift fehle, keine unmittelbare Anregung gegeben habe. Dieser vorbenutzte Beschlag aus dem Jahre 1956 spreche im Gegenteil dafür, daß es nicht nahelag, die Lehre des Gebrauchsmusters aus dem Jahre 1954 in Richtung auf das Klagegebrauchsmuster fortzuentwickeln, wenn man mit den an sich bekannten Fischbandpaaren arbeiten wollte.

Das Berufungsgericht setzt sich sodann mit dem landgerichtlichen Urteil auseinander, das in der Verwendung eines am Fitschenstift angeschweißten Lappens anstelle der rechtwinkligen Abbiegung des Stiftes gleichfalls eine äquivalente Maßnahme gesehen habe. Entgegen der erstinstanzlichen Entscheidung ist das Berufungsgericht der Auffassung, es handle sich um ein glattes technisches Äquivalent, das in den Schutzbereich des Klagegebrauchsmusters falle, weil der vorbekannte Stand der Technik diese Ausgestaltung noch nicht vorgegeben habe. Eine Beschränkung des Klagegebrauchsmusters auf seinen engsten Gegenstand scheide aus: der angegriffene Beschlag stehe der erfindungsgemäßen Anordnung weit näher als dem vorbekannten Stand der Technik.

Das Berufungsgericht hat demnach das Unterlassungsbegehren der Klägerin als berechtigt anerkannt und darüber hinaus eine Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatz und zur Rechnungslegung bejaht, da die Beklagte vor Aufnahme der Produktion die erforderlichen Nachforschungen nicht vorgenommen und die Verwarnung seitens der Klägerin nicht beachtet habe.

C. Der Teillöschungsbeschuß vom 25. Mai 1962.

I. Inhalt.

Hißt man diese Ausführungen des Berufungsgerichts lediglich an dem ihm seinerzeit vorliegenden Material, so lassen die Ausführungen - entgegen der Auffassung der Revision - rechtliche Fehler nicht erkennen. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts haben indes ihre Entscheidungserheblichkeit und ihre Eignung, alleinige Grundlage für die Rechtsfindung des Revisionsgerichts zu sein, dadurch verloren, daß im Lösungsverfahren weiteres Material bei Prüfung auf Neuheit, Fortschritt und Erfindungshöhe Verwendung gefunden hat, wobei die Gebrauchsmusterabteilung die deutsche Gebrauchsmusterschrift 1 727 515 als entscheidend für die angeordnete Beschränkung des Anspruchs 4 wertete. Dort handelt es sich um den zylindrischen Fitschenstift eines Dreh-Kipp-Beschlages, "dessen eines Ende mit einem rechtwinklig zur Stiftachse angeordneten Ansatz versehen ist, der in eine Schubstange eingreift, wodurch mit dem Verschieben der Schubstange eine Längsverschiebung in der Bandrolle erfolgt" (S. 6 des Teillöschungsbeschlusses). Demgemäß hat der (ursprünglich) "eingetragene Anspruch 4 keinen Bestand, da er gegenüber dem bekannten Gebrauchsmuster (= GM 1 727 515) unzureichend abgegrenzt ist" (a.a.O. S. 6). Gegenüber dem Beschlag nach dem Gebrauchsmuster 1 727 515 weise "der Gegenstand des eingetragenen Anspruchs 4 den Unterschied auf, daß das eine Ende des Fitschenstiftes rechtwinklig zur Stiftachse abgewinkelt ist und in eine Ausnehmung der Schubstange lose eingesteckt ist, was im Anspruch in nicht eindeutiger Weise durch die Worte "und kraftschlüssig in eine entsprechende Aussparung der Schubstange greift" zum Ausdruck gebracht ist" (a.a.O. S. 6 ff). Bei dem Beschlag gemäß Gebrauchsmuster 1 727 515 sei dagegen "der in die Schubstange eingreifende Ansatz an der Schubstange befestigt" (a.a.O. S. 7). Zu berücksichtigen sei ferner, daß

"ein Beschlag unter der Bezeichnung "Roto-Rekord V" in Heft 10 der Zeitschrift "Baubeschlag-Magazin" 4. Jahrgang 1956, bekannt geworden ist, bei dem der - an der flügelseitigen Scharnierhälfte befestigte - Fitschenstift mittels eines abgewinkelten Lappens in eine Ausnehmung der Schubstange lose eingesteckt ist. Es handelt sich hierbei um den Beschlag "F 8-04", dessen offenkundige Vorbenutzung von der Antragstellerin behauptet worden ist. Die für das lose Einstecken eines Ansatzes bestimmte Ausnehmung der Schubstange ist somit als bekannt vorauszusetzen" (a.a.O. S. 7).

Der Teillöschungsbeschuß wertet also (a) die rechtwinklige Abbiegung des Fitschenstiftendes und (b) die lose Einsteckbarkeit des Fitschenstiftansatzes (nicht notwendig des rechtwinklig abgebogenen Fitschenstiftendes, sondern etwa auch eines am Stift angeschweißten Lappens) in eine Ausnehmung der Schubstange als einzeln für sich bereits bekannt und erachtet lediglich die Kombination "beider im kennzeichnenden Teil enthaltenen Merkmale" (a.a.O. S. 9) als neu und fortschrittlich, da "durch die einfache Abwicklung des Fitschenstifts und durch das lose Einstecken der Schubstange die Herstellung des Beschlages vereinfacht wird" (a.a.O. S. 8 ff).

II. Revision und Revisionserwiderung.

Die Parteien geben dem Teillöschungsbeschuß eine stark unterschiedliche Deutung:

1. Die Klägerin sieht das Schwergewicht der Ausführungen darin, daß der Ansatz des Fitschenstifts in die Ausnehmung der Schubstange lose einsteckbar ist. Gerade daran aber fehle es bei dem erstmals im Lösungsverfahren berücksichtigten Gebrauchsmuster 1 727 515. Die Beklagte mache dagegen von diesem Merkmal eines lose einsteckbaren Fitschenstiftansatzes Gebrauch. Daß nicht das umgebogene Fitschenstiftende, sondern ein ange-

schweißter Lappen von der Beklagten verwendet werde, sei rechtlich unerheblich: es liege ein glattes, zumindest aber ein technisches Äquivalent vor.

2. Die Beklagte hält demgegenüber die rechtwinklige Abbiegung des Fitschenstiftendes für allein bedeutsam und versteht auch den Teillöschungsbeschluß in diesem Sinne. Sie ist also der Auffassung, daß ihre eigene Ausführungsform schon wegen der Verwendung eines angeschweißten Lappens nicht mehr unter das eingeschränkte Klagegebrauchsmuster falle und daß die Frage der Äquivalenz nicht gestellt sei. In der Beschwerdebegründungsschrift vom 2. Oktober 1962, die Gegenstand der Verhandlung vor dem erkennenden Senat war, bezeichnet die Beklagte die beiden Merkmale (rechtwinklige Abbiegung des Fitschenstiftendes und loses Einstecken in eine Ausnehmung der Schubstange) als bloße Aggregation und bestreitet einen funktionellen Zusammenhang der beiden Merkmale: der lose Eingriff solle die wahlweise Anbringung an verschiedenen Stellen des Fensters ermöglichen, die rechtwinklige Abbiegung des Fitschenstiftendes sei dagegen ein reiner Fertigungsverteil. Das wahlweise Einsetzen des Fischbandstiftes könne völlig unabhängig von seiner Abbiegung erfolgen, also auch bei angeschweißtem Ansatz; umgekehrt könne ein rechtwinklig abgebogener Stift statt lose eingesteckt auch mit der Schubstange fest verbunden werden. Zumindest sei die lose Einsteckbarkeit als Erfindungsgedanke nicht offenbart, die Formulierung "kraftschlüssig eingreifen" lasse auch die Deutung als feste Verbindung zu, die Zeichnung für sich allein genüge jedenfalls nicht als Offenbarung eines solchen Erfindungsgedankens. Andererseits sei in der - gleichfalls erst im Lösungsverfahren erstmals angezogenen - schweizerischen Patentschrift 208 308 entgegen der von der Gebrauchsmusterabteilung vorgenommenen Wertung nicht ein fest, sondern ein lose eingreifen-der Stift gezeigt, eine feste Verbindung des Stiftansatzes mit der Schubstange hätte dort auch keinen Sinn gehabt.

III. Ergebnis.

Soweit die Parteien des jetzigen Rechtsstreits bei Auslegung des Teillöschungsbeschlusses die Schwerpunkte an unterschiedlicher Stelle zu setzen suchen, spricht demgegenüber eine unbefangene Auslegung dafür, daß die Gebrauchsmusterabteilung den beiden Merkmalen (umgebogenes Fitschenstiftende und lose Einsteckbarkeit) gleiches Gewicht zuerkennen wollte. Darauf deutet zumindest die gemeinsame Übernahme in den kennzeichnenden Teil des neuen Anspruchs 4, die Formulierung "beider Merkmale" auf Seite 9 des Beschlusses und die Erwägung, daß das neue Material, soweit es von der Gebrauchsmusterabteilung als nicht neuheitsschädlich befunden ist, damit abgetan wird, daß es entweder an der rechtwinkligen Abbiegung des Fitschenstiftendes oder an der losen Einsteckbarkeit fehle.

Von diesem im Teillöschungsbeschuß nur erwähnten neuen zusätzlichen Material ist dem Senat außer der schon erwähnten deutschen Gebrauchsmusterschrift 1 722 515 nur die schweizerische Patentschrift 208 308 bekannt, deren beigelegte Zeichnung allerdings mit der Revision möglicherweise dahin zu deuten ist, daß dort der Zapfen des Stiftes - entgegen der Meinung der Gebrauchsmusterabteilung - lose in die Schubstangenausnehmung eingreift. Zur endgültigen Klärung dieses Punktes wird es jedoch einer Berücksichtigung der Beschreibung bedürfen, wie umgekehrt die Beschreibung der deutschen Gebrauchsmusterschrift 1 722 515 auch zur Klärung der Frage anzuziehen ist, ob der dort vorgesehene "Scharnierzapfen (15)" mit dem angeschweißten Lappen der Ausführungsform der Beklagten gleichgesetzt werden kann.

Eine Überprüfung all dieser die Neuheitsfrage betreffenden Einzelheiten ist dem Revisionsgericht im gegenwärtigen Stand des Verfahrens ebenso versagt wie eine Wertung des neu

beigebrachten Materials auf die Frage des technischen Fortschritts und der Erfindungshöhe hin. Es kommt hinzu, daß auch die Frage, ob das Merkmal der losen Einsteckbarkeit des Fitschenstiftansatzes im Gebrauchsmuster hinreichend offenbart ist, zunächst trichterlicher Prüfung und Würdigung bedarf.

Das angefochtene Urteil war also, soweit der Rechtsstreit durch Ablauf der Schutzdauer keine Erledigung in der Hauptsache gefunden hat, aufzuheben. Bei dieser Sachlage erschien es angebracht, dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz zu übertragen.

Wilde	Krüger-Nieland	Pehle	Ebel	Claßen
-------	----------------	-------	------	--------