

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 17/70

URTEIL

Verkündet am

12. Juli 1973
Schwingen,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Patentnichtigkeitssache

der Firma Metallit Karl Sch[REDACTED], Inhaber Kaufmann Karl
Sch[REDACTED], Bi[REDACTED], De[REDACTED]straße [REDACTED]/[REDACTED],

Klägerin und Berufungsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Patentanwalt Dipl.-Ing. [REDACTED],
[REDACTED], [REDACTED] -

gegen

die Firma Eu[REDACTED] We[REDACTED] Al[REDACTED] Corporation, Fl[REDACTED],
N. Y. (USA) [REDACTED]-[REDACTED] [REDACTED] nd Street,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED], [REDACTED],
und die Patentanwälte Dipl.-Ing.
[REDACTED] und Dipl.-Ing. [REDACTED],
[REDACTED]/[REDACTED], [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juni 1973 durch die Richter Ballhaus, Dr. Bruchhausen, Ochmann, Bendler und Häußner

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des 3. Senats (Nichtigkeitssenats III) des Bundespatentgerichts vom 28. Oktober 1969 abgeändert:

Das Patent ■■■ wird im Umfang der Patentansprüche 1 und 2 für nichtig erklärt.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte ist Inhaberin des Patents ■■■, das einen Pulverbehälter für einen Flamspritzbrenner betrifft. Das am 27. Dezember 1963 angemeldete Patent ist mit Beschluß der Patentabteilung VI b des Deutschen Patentamts vom 11. Mai 1967 erteilt worden. Die Priorität der Anmeldung in den USA vom 8. Oktober 1963 ist beansprucht. Das Patent hat vier Patentansprüche. Die Patentansprüche 1 und 2 lauten:

- 3 -

- "1. Pulverbehälter für einen Flamspritzenbrenner, dadurch gekennzeichnet, daß die Wandung (40) des Behälters {16} bis auf die Entleerungsöffnung (17) allseitig geschlossen ist, und der Behälter mindestens teilweise aus einem elastischen Material, vorzugsweise aus einem elastischen Kunststoff, ausgebildet ist.
2. Pulverbehälter nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß sein Innenraum einen sich von der Entleerungsöffnung (17, 17 A) nach oben erweiternden Querschnitt aufweist, wobei die Behälterwandung (40, 40 A) mindestens teilweise als Faltenbalg (36, 36 A) ausgebildet ist."

Die Klägerin hat Nichtigkeitsklage erhoben, mit der sie gestützt auf § 13 Abs. 1 Nr. 1 PatG wegen mangelnder Neuheit und Erfindungshöhe

beantragt, das Patent [REDACTED] im Umfange seiner Ansprüche 1 und 2 für nichtig zu erklären.

Die Klägerin macht geltend, schon lange vor dem Prioritätstage seien Kunststoffflaschen und -puderdosen mit bis auf die Entleerungsöffnung allseitig geschlossener Wandung aus elastischem Kunststoff auf dem Markt gewesen, z. B. die Balgsprüher der Firma G [REDACTED], M [REDACTED] & Schw [REDACTED] KG, Ga [REDACTED]-Pa [REDACTED], wie sie in der Zeitschrift "Der praktische Tierarzt", 1958, Heft 6 Seite 191, abgebildet seien. Diese seien mit dem Gegenstand des Hauptanspruches identisch. Jeder Laie wisse, daß eine Luftzutrittsöffnung beim Entleeren der Dosen überflüssig sei, wenn deren Behälter elastisch seien. Das Patent



nutze lediglich die Vorteile der bekannten Mittel aus.
Das liege im Können eines jeden Fachmannes.

Das Bundespatentgericht hat - dem Antrag der Beklagten folgend - die Klage abgewiesen.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin gestützt auf zwei weitere Entgegnungen ihren Antrag auf teilweise Nichtigerklärung des Patents weiter, während die Beklagte die Zurückweisung der Berufung begehrt.

Auf Erfordern des Senats hat Professor Dr. Ing. habil. J. Je [REDACTED], K [REDACTED], das schriftliche Gutachten vom 31. März 1971 mit einer ergänzenden Stellungnahme vom 11. Januar 1972 erstattet. Die Beklagte hat ein Privatgutachten von Prof. Dr. Ing. F. E [REDACTED], A [REDACTED], eingereicht. Der gerichtliche Sachverständigen und der Privatgutachter der Beklagten haben ihre gutachtlichen Äußerungen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erläutert und ergänzt.

Entscheidungsgründe

Die Berufung der Klägerin hat Erfolg.

I.

1. Das Streitpatent [REDACTED] bezieht sich nach seinem Titel und den einleitenden Worten der Beschreibung auf einen Pulverbehälter für einen Flammspritzbrenner. Flammspritzbrenner werden beim Flammspritzen

von Pulvern verwendet, um eine Werkstoffschicht auf ein Grundmaterial aufzutragen. Der Pulvervorratsbehälter sitzt auf dem Flammsspritzbrenner und ist mit diesem durch geeignete Kopplungs- oder Verbindungsstücke starr verbunden. Das Spritzpulver gelangt aus der Entleerungsöffnung des Pulverbehälters durch den Pulverzuführungskanal in den Mischkanal des Brenners. Dort wird es vom Treibgas erfaßt und durch eine Düse in die Spritzflamme an der Spitze des Brenners gebracht. In der Flamme werden die Pulverteilchen beträchtlich erhitzt, so daß sie plastisch werden. Die plastisch gewordenen Pulverteilchen werden durch den Gasstrom auf das entsprechend vorbereitete Grundmaterial geschleudert und bauen dort eine Spritzschicht auf.

2. Das Streitpatent geht von vorbekannten Pulverbehältern für Flammsspritzbrenner aus, die aus Metall gefertigt waren und demzufolge ein starres Gehäuse hatten. Sie bestanden aus einer zylindrischen Büchse, die an ihrem Fuß zur Entleerung des Pulvers trichterförmig ausgebildet war. Damit sich ein bei der Entleerung des Pulverbehälters bildender Unterdruck im Behälter ausgleichen konnte, hatten die vorbekannten Pulverbehälter seitlich (in der Behälterwand) oder im Deckel (auf der der Auslauföffnung entgegengesetzten Seite des Behälters) eine Luftöffnung. Diese Luftöffnung stellte die Verbindung zur Atmosphäre her und bewirkte den Ausgleich eines bei der Entleerung des Behälters entstehenden Unterdrucks im Behälter (Sp. 1 Z. 4 bis 12). Die Streitpatentschrift bezeichnet es als nachteilig, daß aus dieser Luftöffnung leicht Pulver ausfließen kann, wenn der Behälter zum Lagern umgedreht oder in einer Stellung

benutzt werde, in der sich seine im allgemeinen senkrechte Achse in oder unterhalb der horizontalen Arbeitsebene des Brenners befinde. Deshalb sei bei den vorbekannten Pulverbehältern für die Lagerung ein besonderer Verschluß der Luftöffnung also insgesamt ein zweifacher Verschluß erforderlich; außerdem sei die Verwendbarkeit des Brenners in bezug auf seine möglichen Arbeitsstellungen eingeschränkt (Sp. 1, Z. 13 - 28). Dem Streitpatent liegt die Aufgabe zugrunde, diese Nachteile zu vermeiden (Sp. 1, Z. 29/30). Die Streitpatentschrift nennt als Aufgabenstellung, einen Pulverbehälter zu schaffen, der einen einwandfreien Pulverausfluß in die Mischkanäle des Flamm-spritzbrenners ermöglicht und der für die möglichen Arbeitsstellungen des Brenners weite Grenzen zuläßt (Sp. 1, Z. 31 - 38).

Was den letzten Punkt angeht, so hebt die Streitpatentschrift bei der Schilderung der Ausführungsbeispiele der Erfindung hervor, daß aus dem erfindungsgemäßen Pulverbehälter auch dann Pulver aus der Entleerungsöffnung ausfließen könne, wenn der Behälter waagrecht gehalten werde; es könne sogar in einer senkrecht aufwärts führenden Richtung Pulver durch die Entleerungsöffnung ausströmen (Sp. 4, Z. 42 - 26 und 51 - 53).

Die dem Streitpatent zugrunde liegende Aufgabe ist demnach darin zu sehen, einen Pulverbehälter für Flamm-spritzbrenner zu schaffen, bei dem ohne einen zusätzlichen Verschluß der Zuluftöffnung während der Arbeit mit dem Brenner und bei der Lagerung des Pulverbehälters

ein unbeabsichtigter Pulverausfluß aus dem Behälter vermieden wird und bei dem die Verwendbarkeit des Brenners erweitert wird, weil ein einwandfreier Pulverausfluß aus der Entleerungsöffnung selbst in schwierigen Lagen (waagrecht oder senkrecht aufwärts) möglich sei.

3. Zur Lösung dieser Aufgabe wird vorgeschlagen, a) den Behälter bis auf die Pulverausfluß- (Entleerungs-) Öffnung allseitig zu verschließen und b) den Behälter mindestens teilweise aus einem elastischen Material auszubilden (Sp. 1, Z. 39 bis 45). Bei der Beschreibung der Lösung an der zitierten Stelle und im Patentanspruch 1 ist zwar nur von einer geschlossenen "Wandung" (40) des Behälters die Rede. Ersichtlich ist damit aber neben der Wandung auch der Deckel (obere Abschluß) des Behälters gemeint. Die Ausbildung des Behälters aus einem elastischen Kunststoff ist im Anspruch 1 nur vorzugsweise vorgeschlagen. Dieses nur fakultative Merkmal muß bei der Beurteilung der Schutzzfähigkeit des Streitpatents zunächst außer Betracht bleiben, weil die Stoffauswahl insoweit in das Belieben des Fachmanns gestellt ist.

4. Gegenstand des obligatorischen Teils des Hauptanspruchs des Streitpatents ■■■■■, der die zwingend vorgeschriebenen Merkmale der Erfindung enthält, ist demnach ein Pulverbehälter für einen Flamspritzbrenner, der zwei Merkmale aufweist:

- a) Der Behälter ist bis auf die Pulverausfluß-
Öffnung allseitig geschlossen und ist

- b) mindestens teilweise aus einem elastischen Material ausgebildet.

II.

Im Verlaufe des Berufungsverfahrens hat sich ergeben, daß das Streitpatent nicht das technische Problem löst, den Flamspritzbrenner durch den erfindungsgemäßen Pulverbehälter auch in ungünstigen Arbeitsstellungen verwenden zu können, wenn sich der Pulverbehälter in oder unterhalb der Waagerechten befindet. Die Beklagte hat eingeräumt, daß die Grenzen der möglichen Arbeitsstellungen des Brenners mit aufgesetztem Pulverbehälter beim Flamspritzen dort liegen, wo kein einwandfreier Zufluß des Pulvers zu den Mischkanälen des Brenners mehr erfolgen könne. Sie hält die in den Figuren 11 bis 13 der Patentzeichnungen abgebildeten Ausführungsbeispiele selbst für ungeeignet, weil sie außerhalb vernünftiger Stellungsgrenzen lägen. Im Laufe der Berufungsverhandlung waren sich beide Parteien darüber einig, daß der Pulverbehälter nach dem Streitpatent funktionsuntüchtig ist, wenn sich die Behälterentleerungsöffnung in einer senkrecht aufwärts gerichteten Lage oder in einer solchen Schräglage befindet, in der die Behälterachse den Pulverschüttwinkel nicht erreicht. In derartigen Lagen kann auch aus dem Pulverbehälter nach dem Streitpatent kein Pulver durch die Entleerungsöffnung in den Mischkanal des Brenners ausströmen, so daß der erfindungsgemäße Pulverbehälter nach dem Streitpatent für diese ungünstigen Arbeitsstellungen beim Flamspritzbrennen unbrauchbar ist. Bei der weiteren Beurteilung des Streit-

patents ist demnach zu berücksichtigen, daß der erfindungsgemäße Pulverbehälter nur dann ein einwandfreies Flamspritzen ermöglicht, wenn er in einer solchen Lage gehalten wird, bei der die Schwerkraft des Pulvers einen einwandfreien Pulverausfluß ermöglicht.

III.

Der oben (I 4) beschriebene Gegenstand des Streitpatents ist neu.

1. Nur zwei der im Erteilungsverfahren entgegengesetzten Druckschriften betreffen Flamspritzbrenner mit Pulverbehältern.

a) Die deutsche Auslegeschrift  schildert eine Flamspritzpistole für pasten- oder pulverförmiges Spritzgut (Sp. 1, Z. 7). Der Behälter (5) ist mit einer Wärmeisolation (6) und mit einem Deckel (4) versehen (Sp. 3, Z. 54 bis 56 und Figur 1); weitere Angaben über die Ausbildung des Behälters enthält diese Druckschrift nicht. Der gerichtliche Sachverständige entnimmt der Zeichnung, daß mindestens zwischen dem Deckel und dem Behälterrand ein Spiel vorhanden sei, das einen stellenweisen Luftzutritt ermögliche. Er hat zur Überzeugung des Senats ausgeführt, daß ohne eine Luftzufuhr bei einem pastenförmigen Behälterinhalt, wie ihn die Auslegeschrift vorsehe, keine Entleerung des Behälters möglich sei.

b) Die USA-Patentschrift  zeigt einen Flamspritzbrenner mit einem unten trichterförmig (coni-

cal) ausgebildeten Pulverbehälter (30/31), dessen Deckel (28) mit Luftöffnungen (29) versehen ist (Sp. 4 Z. 14 - 19 und Figuren 1 und 4 der Zeichnung). Von derartigen Behältern geht das Streitpatent aus (siehe oben I 2).

2. Eine Vielzahl der im Einspruchsverfahren entgegengehaltenen Druckschriften betrifft Farbspritz- und Sprühvorrichtungen, deren Farb- oder Spritzbehälter entweder nicht näher beschrieben oder starr ausgebildet sind. Nur auf drei der Spritz- und Sprühgeräte betreffenden Entgegenhaltungen sei näher eingegangen, alle übrigen liegen weiter vom Streitpatent ab und bedürfen deshalb keiner näheren Erörterung.

a) Die Unterlagen des deutschen Gebrauchsmusters  beschreiben einen Behälter für eine Spritzpistole zum Versprühen von Öl oder Farbe, der aus durchsichtigem, zähelastischem Kunststoff besteht und leicht, unzerbrechlich, verbeulungssicher und säurebeständig ist (S. 2). Der in dieser Entgegenhaltung beschriebene Grad der Elastizität lehrt den Fachmann nicht, den Pulverbehälter so elastisch zu machen, daß seine Wandung (unter Einschluß des Deckels) auf den bei der Entleerung entstehenden Unterdruck im Behälterinnern reagieren kann. Das Merkmal b) des Streitpatents ist deshalb durch diese Entgegenhaltung nicht vorweggenommen.

b) Die Farbspritzvorrichtung nach der deutschen Patentschrift  zeigt einen zweiteiligen Farbbehälter o und n), dessen Hälften an der Verbindungsstelle je einen Flansch haben, zwischen denen ein umstülperbarer

Manschettensack (p) befestigt ist. Die mit Farbe gefüllte Manschette (p) wird unter Druck gesetzt und die Farbe so in den Farbkanal der Pistole gedrückt. Im Unterschied zum Gegenstand des Streitpatents besteht der Behälter aus einem äußeren starren und einem elastischen inneren Teil. Der innere Farbbehälter (p) ist zwar elastisch. Er wird jedoch von außen unter Druck gesetzt. Nicht jedes beim Flammsspritzen verwendete Pulver kann wie eine Flüssigkeit aus dem Pulverbehälter ausgedrückt werden, wie der gerichtliche Sachverständige auf Seite 12 seines schriftlichen Gutachtens einräumt, weil es bei einer Druckanwendung zu Brückenbildungen kommt.

c) Die Spritz- oder Sprühvorrichtung nach dem deutschen Gebrauchsmuster [REDACTED] besteht aus einem Zylinder und einem Einsatzbehälter aus Gummi. Ein Druckkolben drückt die Füllung des Einsatzbehälters aus der Auslaßöffnung. Auch bei dieser Vorrichtung ist ein äußerer starrer Zylinder und ein innerer elastischer Einsatzbehälter vorhanden. Diese Vorrichtung ist wegen des ausgeübten Druckes auf das Spritzgut für Pulverbehälter eines Flammsspritzbrenners ungeeignet, weil sich pulverförmiges Gut wegen der bei Druckanwendung auf das Gut eintretenden Brückenbildung nicht auspressen läßt.

3. Die Klägerin hält dem Streitpatent die Veröffentlichung in der Zeitschrift "Der praktische Tierarzt", Heft 6 aus 1958, Seite 191, die französische Patentschrift [REDACTED] und die schweizerische Patentschrift [REDACTED] entgegen. Sie macht ferner geltend, der in der Zeitschrift "Der praktische Tierarzt" abgebildete Behäl-

ter, der aus einem bis auf die Entleerungsöffnung geschlossenen Faltenbalg aus Polyäthylen bestehe, sei von der Firma G■■■■, M■■■■ & Schw■■■■ KG, Ga■■■■-Pa■■■■■■■■■■, schon vor dem Jahre 1957 nicht nur an die Firma Gr■■■■■■■■■■, sondern auch in größeren Stückzahlen an die Firma B■■■■ in Ha■■■■■■■■■■ geliefert worden. Die genannten Puderquetschdosen (auch Balgsprüher genannt), die nach der Veröffentlichung in "Der praktische Zierarzt" bei einer Aufschwemmung mit Wasser auch für Instillationen (Einträufelungen) geeignet sind, sind nicht für Flamm-spritzbrenner bestimmt. Sie werden vielmehr durch Zusammendrücken des Faltenbalges betätigt. Wegen der erkennbaren äußeren Druckanwendung sind sie nicht als Pulverbehälter für Flamm-spritzbrenner anzusehen, mögen sie auch an sich die beiden kennzeichnenden Merkmale des Streitpatents, nämlich das bis auf die Entleerungsöffnung allseitige Geschlossensein des Behälters und dessen Ausbildung aus einem elastischen Material erfüllen. Deshalb ist weder die Veröffentlichung in "Der praktische Tierarzt" und noch die offenkundige Vorbenutzung des Balgsprühers (Pulverquetschdose) neuheitsschädlich. Das gleiche gilt für die Flüssigkeits- und Pastenbehälter nach der französischen Patentschrift ■■■■■■■■■■ und die Quetschtube nach der schweizerischen Patentschrift ■■■■■■■■■■.

IV.

Was den technischen Fortschritt anlangt, so ist der Gegenstand des Streitpatents nur mit dem in der USA-Patentschrift ■■■■■■■■■■ gezeigten Pulverbehälter

für Flammsspritzbrenner und mit der Flammsspritzpistole nach der Auslegeschrift  vergleichbar. Gegenüber den genannten Pulverbehältern hat der Gegenstand des Streitpatents den Vorteil, daß ein unbeabsichtigter Pulverausfluß vermieden wird, wenn der Behälter auf seinem ebenen Deckel stehend oder auf der Seitenwandfläche liegend gelagert wird. Er erübrigt einen zusätzlichen Verschuß der Luftöffnung. Außerdem wird die Handhabung des Brenners mit aufgesetztem Pulverbehälter erleichtert, wenn er, ohne daß Pulver fließt, zur vorbereitenden Bearbeitung (Erhitzen) der Auftragsstelle benutzt wird. Er braucht dabei nicht immer sorgfältig mit der Luftöffnung nach oben gehalten zu werden, damit kein Pulver ausfließt; auch in einer Schräglage des Behälters, in der sonst unbeabsichtigt Pulver austreten könnte, ist mangels Luftöffnung ein solcher Pulveraustritt wirksam verhindert. In einer geeigneten Lage (vgl. oben zu II) ermöglicht der Pulverbehälter nach dem Streitpatent jedenfalls bei intermittierenden Betrieb des Flammsspritzens einen einwandfreien Pulverausfluß in den Brenner. Darüber waren sich die Parteien in der Berufungsverhandlung einig.

V.

Der Gegenstand des Streitpatents (siehe oben I 4) ist jedoch nicht erfinderisch.

Die Beklagte führt als entscheidendes Argument für das Vorliegen ausreichender Erfindungshöhe ins Feld, daß die Aufgabe, die Luftöffnungen der vorbekannten

Pulverbehälter zu verschließen, für einen Durchschnittsfachmann nicht nahegelegen habe. Der Fachmann habe sich wegen eines für unüberwindbar gehaltenes Vorurteils gehindert gesehen, die Luftöffnung am Behälter zu schließen, weil er befürchtet habe, daß dann ein einwandfreier Pulverabfluß in den Mischkanal unmöglich werde. Der allseitig bis auf die Entleerungsöffnung geschlossene elastische Pulverbehälter habe den entscheidenden Vorteil gebracht, daß der unbeabsichtigte Ausfluß des teuren Pulvers bei der Lagerung des Behälters und bei der Handhabung des Brenners mit aufgesetztem Pulverbehälter vermieden werde. Außerdem wirke sich die Elastizität des Behälters fördernd auf den gleichmäßigen Ausfluß des Pulvers aus der Entleerungsöffnung aus, wenn der Brenner innerhalb vernünftiger Stellungsgrenzen gehandhabt werde.

Der Beklagten ist zuzugeben, daß sich der durchschnittliche Fachmann auf dem Gebiet der Herstellung von Schweißgeräten, dem Flamspritzbrenner und deren Zubehör zuzurechnen sind, im Zeitpunkt der Anmeldung des Streitpatents daran gehindert gesehen hat, die den nachteiligen unbeabsichtigten Pulverausfluß verursachenden Luftöffnungen an starren Pulverbehältern zu verschließen. Er mußte nämlich befürchten, daß wegen der dadurch beim Ausströmen des Pulvers eintretenden Druckverhältnisse kein einwandfreier Pulverausfluß aus einem starren Gehäuse mehr erfolgen könne, wenn dieses bis auf die enge Entleerungsöffnung allseitig geschlossen werde. Die Lösung nach dem Streitpatent trägt dieser Auffassung des Durchschnittsfachmanns

Rechnung. Sie geht nicht etwa dahin, das starre Gehäuse des Pulverbehälters allseitig bis auf die Ausflußöffnung zu verschließen, sondern besteht darin, das geschlossene Gehäuse des Pulverbehälters elastisch auszubilden, damit es den bei der Entleerung eintretenden Druckverhältnissen nachgeben kann. Dementsprechend heißt es in der Streitpatentschrift, bei der Entleerung des Behälters zögen sich die Faltenbalgen und die sonst ebene Kopffläche mitsamt der Wandung des Behälters entsprechend dem im Behälter entstehenden Unterdruck zusammen. Die nach innen gerichtete Deformierung des Behälters verhindere eine Druckverminderung in dessen Inneren. Beim Druckausgleich nehme umgekehrt der Behälter infolge seines elastischen Gehäuses die nun nach außen gerichtete Bewegung ohne weiteres auf (Sp. 3, Z. 51 - 67).

Der gerichtliche Sachverständige hat in der Berufungsverhandlung zur Überzeugung des Senats ausgeführt, daß es zur Zeit der Anmeldung des Streitpatents im Bereich des durchschnittlichen Fachkönnens eines Fachmannes auf dem Gebiet der Herstellung von Schweißgeräten gelegen habe, einen Verschluß der Luftöffnung bei einem starren Pulverbehälter eines Flammsspritzbrenners dann in Erwägung zu ziehen, wenn zugleich durch eine elastische Ausbildung der Gehäusewandung den bei der Entleerung des Pulverbehälters eintretenden Druckverhältnissen Rechnung getragen und dafür gesorgt werde, daß die Behälterwand dem im Inneren des Pulverbehälters entstehenden Unterdruck nachgeben könne. Dem Fachmann seien die bei der Entleerung eines starren, aber allseitig

bis auf die Ausflußöffnung verschlossenen Pulverbehälters entstehenden Druckverhältnisse im Innern des Behälters erkennbar gewesen. Der Fachmann hätte deshalb niemals allein die Luftöffnungen des starren Behälters verschlossen, sondern dabei immer gleichzeitig Maßnahmen im Auge gehabt, um den dabei eintretenden für den Pulverabfluß nachteiligen Druckverhältnissen begegnen zu können. Als eine hierfür in Betracht kommende Maßnahme habe die elastische Ausbildung des Behältergehäuses im Bereich derjenigen konstruktiven Mittel gelegen, die dem Durchschnittsfachmann ohne erfinderischen Aufwand zur Verfügung gestanden hätten. Es ist nicht ersichtlich, daß der gerichtliche Sachverständige aus seiner Sicht als Hochschullehrer in Kenntnis der Lehre des Streitpatents das Fachkönnen des Durchschnittsfachmanns zur Zeit der Anmeldung des Streitpatents überbewertet hätte. Zwar gab es im Stande der Technik kein unmittelbares Vorbild für die Lehre nach dem Streitpatent. Der Fachmann konnte jedoch damit rechnen, daß sich der allseitig geschlossene elastische Pulverbehälter bei einem in seinem Innern auftretenden Unterdruck infolge des äußeren höheren atmosphärischen Drucks ebenso verhalten würde wie die elastische Tube nach der französischen Patentschrift  oder der sog. Balgsprüher für Puder nach der Zeitschrift "Der praktische Tierarzt", 1958, Heft 6, Seite 191, auf die ein äußerer manueller Druck ausgeübt wird, wobei ein der druckbelasteten Wand vorgelagertes Luftpolster den Pulverausfluß unterstützt.

Für die Erfindungshöhe der Lehre nach dem Streitpatent spricht auch nicht der Umstand, daß starre Pul-

verbehälter mit Luftöffnungen seit längerer Zeit bekannt sind, ohne daß bis zur Anmeldung des Streitpatents jemand auf den Gedanken gekommen wäre, den Pulverbehälter allseitig verschlossen und elastisch auszubilden. Es ist zwar anzuerkennen, daß der Pulverbehälter nach dem Streitpatent den vorbekannten starren Pulverbehältern überlegen ist (siehe oben IV). Der Senat vermag jedoch ein dringendes und über lange Zeit unge löst gebliebenes Bedürfnis in bezug auf die Vermeidung eines unbeabsichtigten Pulverausflusses aus dem Pulverbehälter nicht anzuerkennen. Es sind keine Versuche bekannt geworden, die diesem Bedürfnis auf andere, weniger vorteilhafte Weise abhelfen wollten. Angesichts der Tatsache, daß eine Luftöffnung im Pulverbehälter beim Flamspritzen unbestreitbare Vorteile für einen einwandfreien Pulverausfluß aus der Entleerungsöffnung bietet und daß es einfache Verschlüsse gibt, um die Luftöffnung bei der Lagerung des Behälters und bei Arbeitsgängen des Brenners, bei denen kein Pulver aus dem Behälter strömt, z. B. beim Erhitzen der Auftragstelle, wirksam zu verschließen, damit das teure Pulver nicht unbeabsichtigt auslaufen kann, kann das Bedürfnis für die Lehre des Streitpatents nicht als besonders groß gewertet werden.

Nach alledem erweist sich der Gegenstand des Streitpatents (siehe oben I 4) mangels Erfindungshöhe nicht als rechtsbeständig.

VI.

Das fakultative Merkmal des Patentanspruchs 1, nämlich die Ausbildung des Behälters aus elastischem Kunststoff, sowie die Merkmale des Anspruchs 2 (der nach oben erweiterte Querschnitt des Behälterinnenraumes und die Ausbildung der Behälterwandung als Faltenbalg) stellen lediglich zweckmäßige Gestaltungen der zwingend vorgeschriebenen Lehre nach dem Hauptanspruch des Streitpatents ohne eigenen erfinderischen Gehalt dar. Auch insoweit ist das Streitpatent deshalb auf Antrag der Klägerin für nichtig zu erklären. Die von der Beklagten angeregte Neufassung des Patentanspruchs 1 als Verfahrens- oder Verwendungsanspruch wäre nur dann in Erwägung zu ziehen gewesen, wenn sich die Lehre nach den Patentansprüchen 1 und 2 als rechtsbeständig erwiesen hätte.

VII.

Das angefochtene Urteil ist demnach abzuändern und der Klage durch Nichtigerklärung des Streitpatents

im Umfang der Patentansprüche 1 und 2 stattzugeben.
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 42 Abs. 3, 40
Abs. 2 und 36 q Abs. 1 Satz 2 PatG.

Ballhaus

Bruchhausen

Ochmann

Bendler

Häüßer