

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 21/70

URTEIL

Verkündet am

28. November 1972
Schwingen,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma V- - - - - Lift GmbH, Gr- - - - -, G- - - - - Weg - - - - - a,
vertreten durch ihren Geschäftsführer Paul E- - - - - ,
Gr- - - - -, G- - - - - Weg - - - - - a,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. Dr. - - - - -
und Prof. Dr. - - - - - -

gegen

die Maschinenfabrik H- - - - - AG, Dü- - - - - , W- - - - -
straße - - - - - , vertreten durch ihre Vorstandsmitglieder
A. En- - - - - und W. O- - - - - , Dü- - - - - , W- - - - - straße - - - - - ,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. - - - - - -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. November 1972 durch den Vorsitzenden Richter Trüstedt und die Richter Claßen, Ochmann, Bendler und Häußner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Düsseldorf vom 10. Oktober 1969 wird
auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin war Inhaberin des am 24. Oktober 1964 angemeldeten, am 23. März 1967 eingetragenen und durch Zeitablauf am 24. Oktober 1970 erloschenen Gebrauchsmusters , dessen Schutzanspruch 1 nach Teil-
löschung in dem zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits geführten, rechtskräftig abgeschlossenen Lösungsverfahren wie folgt lautet:

"Vorrichtung zum Heben von insbesondere flächigem Gut, mit einem als Zylinderkolbenanordnung mit Zylinder, Kolben und Kolbenstange ausgebildeten Saugkopf, deren Kolbenstange zum Anschluß an ein Hubwerk eingerichtet ist, wobei der unter dem Kolben befindliche Zylinderraum als Saugraum dient und mit einer Belüftungseinrichtung ausgerichtet ist, gekennzeichnet durch die Kombination folgender, teilweise für sich bekannter Merkmale, nämlich

- 3 -

daß zur Abdichtung des Zylinderraumes eine einerseits am Kolben (6), andererseits am Zylinder (7) befestigte Rollenmembran (8) angeordnet ist, wobei der in Achsrichtung zylinderförmig verlängerte Kolben (6) im unteren Bereich (10) des Zylinders (7) mit Spiel geführt ist und im oberhalb liegenden Bereich, in dem die Rollmembran (8) zwischen der Innenwand des Zylinders (7) und der Außenwand des angehobenen Kolbens (6) sich umstülpend bewegt, die Innenwand des Zylinders (7) einen größeren Abstand (9) zur Außenwand des Kolbens (6) aufweist."

Die Beklagte hat ebenfalls Vorrichtungen zum Heben von insbesondere flächigem Gut hergestellt und vertrieben, die die Kläger für schutzrechtsverletzend angesehen hat.

Die Klägerin hat unter anderem beantragt,

I. Die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Meidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe bis zu unbegrenzter Höhe oder Haftstrafe bis zu sechs Monaten zu unterlassen, Vorrichtungen zum Heben von insbesondere flächigem Gut, bestehend aus als Zylinder-Kolbenanordnung ausgeführten Saugkopf, dessen Kolbenstange zum Anschluß an ein Hubwerk eingerichtet ist und der mit einer Belüftungseinrichtung ausgerüstet ist, wobei die Belüftungseinrichtung eine Betätigungseinrichtung aufweist, gewerbsmäßig herzustellen, in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen,



bei denen zur Abdichtung zwischen Kolben und Zylinder einerseits am Zylinder, andererseits am Kolben dichtend eine oder zwei Rollenmembrane befestigt und die Rollmembrane an die Innenfläche, d. h. die dem Kolben zugewandte Fläche des Zylinders in Kolbenlängsrichtung angelegt ist bzw. sind und der Kolben mit Spiel im Zylinder geführt ist,

insbesondere, wenn die Rollmembran am Kolben zwischen einer Dichtfläche am oberen Kolbenrand und einem auf den Kolben aufgesetzten Deckelflansch eingespannt ist,

ferner insbesondere dann, wenn der Zylinder aus zwei über Flansche verschraubten Zylinderteilen besteht und die Rollmembran am Zylinder zwischen den Flanschen eingespannt ist,

ferner insbesondere dann, wenn außerdem die Rollmembran mit einem Flansch zwischen den Flanschen eingespannt ist und an der Zylinderwand anliegt;

2. der Klägerin unter Angabe der Lieferzeiten, -mengen und -preise sowie der Abnehmer darüber Rechnung zu legen, in welchem Umfang sie Gegenstände der unter I, 1 bezeichneten Art nach dem 6. April 1967 gewerbsmäßig her-

gestellt, in Verkehr gebracht, feilgehalten
oder gebraucht hat;
.....

- II. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet
ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen,
der dieser aus den unter I, 1 bezeichneten,
nach dem 6. April 1967 begangenen Handlungen
entstanden ist oder noch entstehen wird.

Die Beklagte hat

Klagabweisung

beantragt. Sie hat die Schutzfähigkeit des Klagegebrauchs-
musters verneint und darüber hinaus eine Schutzrechtsver-
letzung in Abrede gestellt.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß ver-
urteilt. Das Oberlandesgericht hat deren Berufung zurück-
gewiesen.

Nachdem die Parteien in der Revisionsinstanz den
Rechtsstreit wegen des Unterlassungsanspruchs überein-
stimmend für erledigt erklärt haben, begehren sie inso-
weit, der jeweils anderen Partei die Kosten aufzuerlegen.
Im übrigen beantragt die Beklagte,

das angefochtene Urteil aufzuheben und die
Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt

die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist nicht begründet.

I. 1. Das Berufungsgericht ist von der Schutzfähigkeit des Klagegebrauchsmusters ausgegangen und hat den angegriffenen Vakuum-Heber der Beklagten als gegenständliche Schutzrechtsverletzung beurteilt. Im einzelnen hat es dazu ausgeführt:

Bei Vakuum-Hebern vorbekannter Art, die einen aus Zylinder und Kolben bestehenden Saugkopf aufwiesen, verursache die Abdichtung zwischen Kolben und Zylinder mittels eines in die Kolbenumfangsfläche eingelegten Dichtungsringes oder einer am Kolben befestigten Dichtungsmanschette Reibungen und sogar einen Reibungsschluß, so daß insbesondere bei kleineren Hebern das Anheben des Kolbens gleichzeitig zum Anheben des Zylinders führe und damit die Aufnahme des Gutes verhindere. Durch die Erfindung solle eine volle Dichtwirkung bei Vermeidung von Reibungskräften zwischen Kolben und Zylinder erreicht werden. Gelöst werde die Aufgabe des Klagegebrauchsmusters durch die Verwendung einer an sich bekannten Rollmembran zwischen Kolben und Zylinder anstelle des vorbekannten Dichtringes oder der vorbekannten Dichtungsmanschette, wobei die Rollmembran an die Innenfläche des Zylinders in Kolbenlängsrichtung angelegt und der Kolben mit Spiel im Zylinder geführt sei. In der Gebrauchsmusterschrift sei zwar kein Hinweis darauf enthalten, daß die Führung mit Spiel im unteren Teil des Zylinders dazu diene, eine Stabilisierung der gesamten Baueinheit

herbeizuführen, wenn beim Anheben oder Transport des Gutes Momente aufträten, die den Zylinder mit der anhaftenden Last aus der Normallage zu bewegen suchten, d. h. wenn in bezug auf die Lage der Kolbenstange außermittig angreifende und auf eine Verkantung und Verklemmung hinwirkende Kräfte aufträten. Die von der Klägerin hervorgehobene Stabilisierung beim Auftreten außermittiger Kräfte durch die Führung des Kolbens im unteren Teil des Zylinders sei kein von der eigentlichen Aufgabe des Klagegebrauchsmusters abweichender Erfindungsgedanke, vielmehr liege er innerhalb des Aufgabebereichs dieses Schutzrechts und sei auch für den Fachmann aus der Gebrauchsmusterschrift erkennbar. Bei Verwendung einer Rollmembran, die zwischen Zylinderinnenwand und Kolbenaußenwand angeordnet sei, ergebe sich zwangsläufig in den Teilen des Zylinderbereichs, in denen die Rollmembran abrolle, ein erhebliches Spiel. In diesem Bereich könne eine Führung des Kolbens nicht stattfinden, die indessen offensichtlich notwendig sei, weil beim Anheben und Transport des Gutes manchmal Kräfte auftreten könnten, die den Zylinder aus der Normallage zu bewegen suchten. Um daher überhaupt die zur Vermeidung von Reibungskräften geeignete Rollmembran verwenden zu können, habe der Erfinder den Zylinder so gestaltet, daß er im oberen Teil einen relativ weiten Abstand zwischen Zylinder und Kolbenaußenwand lasse, um Platz für die Abrollbewegung der Rollmembran zu schaffen, während er im unteren Teil den Zylinder mit geringerem Durchmesser gestalte und nur soviel Spiel lasse, daß einerseits eine Reibung zwischen Kolben und Zylinder vermieden werde,

andererseits aber noch beim Auftreten außermittiger Kräfte der Kolben im Zylinder geführt werde. Dies erkenne der Fachmann, wenn er den jetzigen Schutzanspruch 1 bzw. den ursprünglichen Schutzanspruch 2 in Verbindung mit der Zeichnung lese. Das werde auch offensichtlich vom Patentamt im parallellaufenden Patenterteilungsverfahren angenommen. Dieses habe zum Ausdruck gebracht, daß die besondere Ausgestaltung von Kolben und Zylinder in Zusammenwirkung mit der Rollmembran das Wesentliche der Erfindung ausmache. Es habe in den neu vorgeschlagenen Patentanspruch ausdrücklich das Merkmal hineingenommen, daß im unteren Teil des Zylinders der Kolben mit Spiel geführt sei und im oberen Bereich des Zylinders die Zylinderwand einen größeren Abstand zur Kolbenwand aufweise. Damit bestehe ein hinreichender Grund zu der Feststellung, daß die Führung des Kolbens im unteren Teil des Zylinders auch zum Zwecke der Stabilisierung mit zum offenbarten Gegenstand der Erfindung gehöre.

Die Beklagte mache vergeblich geltend, daß bei ihrem, dem angegriffenen Vakuum-Heber, die Kolbenstange mittels einer Platte und eines Führungsringes weiter oberhalb geführt werde. Auf die Führung der Kolbenstange in diesem Bereich komme es nicht an. Welche Führung insoweit nach dem Schutzrechtsgegenstand bestehe, lasse die Gebrauchsmusterschrift völlig offen. Wesentlich sei nur die Führung des Kolbens samt Kolbenstange im unteren Bereich des Zylinders. Insoweit liege bei der angegriffenen Ausführungsform eine gleiche Gestaltung wie beim Klagegebrauchsmustergegenstand vor. Der Zylinder der Verletzungsform weise

nämlich entsprechend dem Klagegebrauchsmuster im unteren Bereich eine Verjüngung auf, in der der Kolben und mit ihm auch die Kolbenstange mit Spiel geführt werde. Das spreche eindeutig dafür, daß es auch der Beklagten darum gehe, die durch Reibung auftretenden Nachteile nicht eintreten zu lassen. Auch die übrigen im Unterlassungsantrag enthaltenen baulichen Merkmale der einzelnen Schutzansprüche seien in der angegriffenen Ausführungsform vorhanden. Insoweit habe die Beklagte nichts bestritten, so daß bei der Verletzungsform unbedenklich von der Verwendung gleicher oder gleichwertiger Mittel ausgegangen werden könne.

2. Hiergegen wendet sich die Revision.

Zunächst ist sie der Ansicht, daß wegen der Teillöschung des Klagegebrauchsmusters das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden müsse. Darüber hinaus macht sie geltend, das Berufungsgericht sei unter Verletzung der §§ 1, 5, 11 und 15 Gebrauchsmustergesetz sowie der §§ 148, 286, 403 ff ZPO zu einer rechtsfehlerhaften Auslegung des Klagegebrauchsmusters gelangt. Wenn das Berufungsgericht ausführe, die von der Klägerin hervorgehobene Stabilisierung beim Auftreten außermittiger Kräfte durch die Führung des Kolbens im unteren Teil des Zylinders liege für den Fachmann erkennbar innerhalb des Aufgabenbereichs des Klagegebrauchsmusters, so lasse das erkennen, daß es den technischen Sachverhalt nicht richtig verstanden und deshalb zu technisch

unmöglichen Schlußfolgerungen gelangt sei. Falsch sei bereits die erste vom Berufungsgericht vertretene Ansicht, nämlich, daß in den Teilen des Zylinderbereichs, in denen die Rollmembran abrolle, eine Führung des Kolbens nicht stattfinden könne. Das Gegenteil zeige die Verletzungsform, bei der die Führung des Kolbens durch den auf seinem Boden befestigten Führungszyylinder und die Bohrung durch die Platte, die durch einen mit der Platte verbundenen Führungsring verlängert sei, erfolge. Sowohl die Platte als auch der mit ihr verbundene Führungsring liege eindeutig in den Teilen des Zylinderbereichs, in dem die Rollmembran abrolle. Das habe das Berufungsgericht unter Verletzung von § 286 ZPO nicht beachtet. Seine Ausführungen seien insoweit technisch falsch. Es sei auch ganz offensichtlich von der irrigen Auffassung ausgegangen, daß der Kolben starr an dem Hubwerk befestigt sei und dadurch zur Stabilisierung des Zylinders beitragen könne, wenn beim Aufheben und Transport des Gutes Kräfte aufträten, die den Zylinder aus der Normallage zu bewegen suchten. Davon könne aber keine Rede sein. Die Führung des Kolbens innerhalb des Zylinders habe mit der Frage der Stabilität nichts zu tun. Sie habe lediglich die Aufgabe und den Zweck, sicherzustellen, daß der Kolben sich parallel zu der Innenfläche des Zylinders bewege und nicht aus der Umgebung der Zylinderwand herausgelangen könne. Das Berufungsgericht habe die technische Funktion der Führung des Kolbens innerhalb des Zylinders verkannt. Es habe auch übersehen, daß bei einer Vorrichtung der fraglichen Art sich das Problem der Verkantung im Bereich der Rollmembran durch außermittig angreifende Kräfte deshalb

überhaupt nicht stelle, weil derartige Vorrichtungen an einer ringförmigen, an der Kolbenstange befestigten Öse an ein Hubwerk angehängt würden und infolge der allseitigen Beweglichkeit der Gesamtvorrichtung sich ohne jeden nennenswerten Widerstand den jeweils angreifenden Kräften anpasse. Auch außermittig angreifende Kräfte bewirkten lediglich ein Abweichen der gesamten Vorrichtung von der senkrechten Hängelage, aber niemals ein Verschieben des Zylinders gegenüber dem Kolben oder ein Verkanten im Bereich der Rollmembran. Die entsprechenden Ausführungen im Berufungsurteil entbehrten mithin jeder realen Grundlage und zeigten, daß das Berufungsgericht ohne Einholung des von der Revisionsklägerin beantragten Sachverständigengutachtens nicht hätte entscheiden dürfen, da es den technischen Sachverhalt ganz offensichtlich nicht verstanden habe.

In dem nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist eingereichten Schriftsatz vom 28. Oktober 1971 hat die Beklagte weiter ausgeführt, das Berufungsgericht habe das Führungsspiel zwischen Zylinder und Kolben verkannt. Während nach dem Klagegebrauchsmuster der Kolben fest über die Kolbenstange geführt werde und zwischen Kolben und Zylinder ein Spiel im Sinne von Abstand vorliege und damit eine Reibung dieser beiden Teile ausgeschlossen sei, werde bei der Verletzungsform der Kolben durch den Zylinder geführt; ein die Gleitreibung zwischen Kolben und Zylinder ausschaltendes Spiel sei nicht vorhanden. Bei der Verletzungsform liege sowohl eine andere Aufgabe als auch eine andere Lösung vor: Beide zu vergleichenden Vakuum-Heber gingen aus von einem Vakuum-Heber,

bei dem die Abdichtung zwischen Kolben und Zylinder durch einen in die Kolbenumfangsfläche eingelegten Dichtungsring oder einer am Kolben befestigten Dichtungsmanschette erfolgte. Während nun aber nach dem Klagegebrauchsmuster die bei dieser Ausführungsform gemäß dem Stand der Technik vorhandene Gefahr einer Abhebung des Zylinders ohne ausreichenden Unterdruck aufgabengemäß dadurch beseitigt werden sollte, daß man eine Gleitreibung zwischen Zylinder und Kolben ausschalte, bestehe die demgegenüber ganz andere Aufgabe der angegriffenen Ausführungsform darin, die obige Gefahr dadurch zu beseitigen, daß man einen die Gleitreibungskraft zwischen Kolben und Zylinder überwindenden Anpreßdruck des Zylinders gegen das anzuhebende Gut erzeuge. Dieser werde durch an dem Zylinder befestigte und umgelenkte Ketten dadurch erzeugt, daß an den Umlenrollen die Kolbenstange befestigt sei. Auf diese Weise wirke die auf den Kolben ausgeübte Hubkraft als Anpreßdruck, so daß ein Anheben des Zylinders von dem hochzuhebenden Gut trotz der zwischen Kolben und Zylinder auftretenden erheblichen Reibung unmöglich sei, d. h. also, daß bei der angegriffenen Ausführungsform im Gegensatz zu dem Gegenstand des Klagegebrauchsmusters eine erhebliche Reibung, die sich aufgrund der Passung zwischen Kolben und Zylinder ergebe, in Kauf genommen werden könne. Die Wirkungsweisen der beiden Ausführungsformen seien völlig unterschiedlich. Da ein die Gleitreibung zwischen Zylinder und Kolben ausschließendes Spiel bei der durch die Klage angegriffenen Ausführungsform nicht vorliege, erschöpfe sich die Gemeinsamkeit mit dem Gegenstand des Klagegebrauchsmusters in der Anwendung einer Rollmembran als solcher.

II. Die Angriffe der Revision greifen nicht durch.

1. Nach rechtskräftiger Beendigung des Gebrauchsmusterlöschungsverfahrens, das zwischen der Beklagten und der Rechtsnachfolgerin der Klägerin hinsichtlich des Klagegebrauchsmusters, der Firma D■■■■ AG, Du■■■■, stattgefunden hat, steht es zwischen den Parteien fest, daß das Klagegebrauchsmuster rechtsbeständig war, soweit der Löschantrag zurückgewiesen worden ist. (§ 11 Satz Gebrauchsmustergesetz). Der Verletzungsrichter muß daher ohne eigene Prüfung davon ausgehen, daß insoweit alle Schutzvoraussetzungen des aufrechterhaltenen Klagegebrauchsmusters gegeben waren. Ebenso muß er die ausgesprochene Teillöschung hinnehmen, die gegen jedermann wirkt.

2.a) Die nach dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht eingetretenen Veränderungen im Anspruch 1 des Klagegebrauchsmuster durch die rechtskräftige Entscheidung im Lösungsverfahren sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs [vgl. u.a. BGHZ 3, 365, 367 f; GRUR 1955, 593 f - Kabelschelle; Urteil vom 3. Juli 1962 Ia ZR 74/62 - Rosenzüchtung - ; GRUR 1964, 433, 436 - Christbaumbehang⁷ auch in der Revisionsinstanz zu beachten. Der erkennende Senat muß daher das Klagegebrauchsmuster seiner Entscheidung in der Fassung zugrunde legen, die es durch den Beschluß des Deutschen Patentamts vom 23. September 1970 - Gm 1 957 480 Lö I - 55/69 - , bestätigt durch den Beschluß des Bundespatentgerichts vom 18. Mai 1971 - 5 W (pat) 465/70 - , erhalten hat.

2. b) Das Klagegebrauchsmuster befaßt sich nach den Angaben in der Gebrauchsmusterschrift mit einem sogenannten Vakuum-Heber. Das ist eine Vorrichtung zum Heben von insbesondere flächigem Gut, bestehend aus einem als Zylinder-Kolbenanordnung ausgeführten Saugkopf, dessen Kolbenstange zum Anschluß an ein Hubwerk eingerichtet ist, und der mit einer Belüftungseinrichtung ausgerüstet ist. Nach dem in der Gebrauchsmusterschrift angegebenen und im Lösungsverfahren entgegengehaltenen Stand der Technik waren derartige Hubvorrichtungen bekannt, bei denen die Abdichtung zwischen Kolben und Zylinder durch einen in die Kolbenumfangsfläche eingelegten Dichtungsring oder durch eine am Kolben befestigte Dichtungsmanschette erfolgte. Diese Dichtungsmittel waren nachteilig, denn sie verursachten eine Reibung zwischen Kolben und Zylinder, die so groß sein konnte, daß beim Anheben des Kolbens über den Reibungsschluß auch der Zylinder angehoben wurde. Dadurch konnte sich der zum Aufnehmen des Gutes erforderliche Unterdruck zwischen Kolben und Gut nicht bilden und das Gut wurde nicht aufgenommen.

Dem neugefaßten Schutzanspruch 1, von dem das Revisionsgericht auszugehen hat, sowie der Beschreibung des Klagegebrauchsmusters ist die Aufgabe zu entnehmen, eine Hubvorrichtung der genannten Art zu schaffen, bei der trotz voller Dichtwirkung über den gesamten Kolbenhub eine Reibung zwischen Kolben und Zylinder vermieden und der Kolben so ausgebildet wird, daß er sich bei zentrischer Lastaufnahme ohne Berührung mit der Zylinderwand bewegt, sich jedoch bei außermittiger Lastaufnahme

zur Verringerung der Beanspruchung der Kolbenstange an der Zylinderwand abstützen kann. Wenn das Berufungsgericht die Aufgabe des Klagegebrauchsmusters darin gesehen hat, eine "volle Dichtwirkung bei Meidung von Reibungskräften zwischen Kolben und Zylinder zu erreichen", so kann diese Formulierung zu der irrigen Ansicht führen, daß auch die Erzielung der vollen Dichtwirkung ein wesentliches Ziel der Erfindung war. Das ist aber nicht der Fall. Die Abdichtung zwischen Kolben und Zylinder als solche war bereits nach dem Stand der Technik zufriedenstellend gelöst. Allein die dafür verwendeten Mittel und die Ausgestaltung des Kolbens bedingten die genannten Nachteile, deren Beseitigung mit der vorgeschlagenen Raumform aufgabengemäß angestrebt wird.

Zur Lösung dieser Aufgabe wird vorgeschlagen, eine einerseits am Kolben, andererseits am Zylinder dichtschießend befestigte Rollmembran anzuordnen und den in Achsrichtung zylinderförmig verlängerten Kolben im unteren Bereich des Zylinders mit Spiel zu führen. Im oben liegenden Bereich, in welchem die Rollmembran zwischen der Innenwand des Zylinders und der Außenwand des angehobenen Kolbens sich umstülpend bewegt, soll die Innenwand des Zylinders einen größeren Abstand zur Außenwand des Kolbens aufweisen. Wie das Patentamt und das Bundespatentgericht in ihren Entscheidungen im Lösungsverfahren hervorgehoben haben, denen der Senat folgt, beruht die vorgeschlagene Ausbildung von Kolben und Zylinder auf der selbstverständlichen Erkenntnis des Fachmannes, daß die Rollmembran einwandfrei funktionieren

muß und insbesondere bei außermittiger Lastaufnahme nicht durch den Kolben an der Zylinderwand festgeklemmt werden darf. Um das reibungslose Umstülpen der Rollmembran beim Hub zu ermöglichen, ist daher der Abstand zwischen Kolben und Zylinder in diesem, dem oberen Bereich größer. Um andererseits bei außermittiger Lastaufnahme ein Festklemmen der Rollmembran oder überhaupt eine Störung ihrer Umstülpbewegung zu vermeiden, bedarf es der Abstützung des Kolbens im unteren Zylinderbereich und seiner Führung durch die Zylinderwand. Das Wesentliche der Erfindung des Klagegebrauchsmusters ist es, Kolben und Zylinder so auszubilden, daß die Rollmembran bei allen Betriebsbedingungen ihre Funktion sicher erfüllen kann.

Der Gegenstand der Erfindung des Klagegebrauchsmusters ist demnach in einer Raumform verwirklicht, die durch die folgenden Merkmale gekennzeichnet ist:

Eine Vorrichtung zum Heben von insbesondere flächigem Gut mit einem Saugkopf,

(1) der besteht aus

- a) einem Zylinder,
- b) einem Kolben,
- c) einer Kolbenstange, die zum Anschluß an ein Hubwerk eingerichtet ist,
- d) einer Belüftungseinrichtung

(2) und wobei

- a) der unter dem Kolben befindliche Zylinder-
raum als Saugraum dient,

- Oberbegriff -

- b) (zur Abdichtung des Zylinderraumes) eine
einerseits am Kolben, andererseits am Zy-
linder befestigte Rollmembran angeordnet ist,

- c) der Kolben

- aa) in Achsrichtung zylinderförmig verlängert
ist,

- bb) im unteren Bereich des Zylinders mit Spiel
geführt ist,

- cc) im oberhalb liegenden Bereich des Zylinders,
dort, wo sich die Rollmembran umstülpend
bewegt, einen größeren Abstand zur Innen-
wand des Zylinders aufweist.

- kennzeichnender Teil -

3. Von diesem Gegenstand der Erfindung hat die Be-
klagte nach den Feststellungen des Berufungsgericht gegen-
ständlich Gebrauch gemacht, denn sie verwendet ebenfalls
eine Vorrichtung, die aus einer Zylinder-Kolbenanordnung
mit einer Rollmembran zu Abdichtung besteht, und bei der
der Kolben des im unteren Bereich verjüngten Zylinders
mit Spiel geführt wird.

4. a) Die Teillöschung eines Gebrauchsmusters nach
der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungs-
gericht hat grundsätzlich zur Folge, daß das Revisions-
gericht nicht lediglich, wie sonst, das angefochtene
Urteil auf seine Vereinbarkeit mit Recht und Gesetz
nachzuprüfen hat, sondern die auf Verletzung des Klage-
gebrauchsmusters gestützte Klage von einer anderen

Rechtsgrundlage aus beurteilen und dabei auch selbständig das Klagegebrauchsmuster auslegen und seinen Schutzzumfang bestimmen muß. Indessen liegen die Verhältnisse hier deswegen anders, weil das Berufungsgericht die erst nach seiner letzten mündlichen Verhandlung vorgenommene Änderung des Schutzanspruchs 1) bereits im angefochtenen Urteil rechtlich wie tatsächlich berücksichtigt und sowohl bei der Auslegung des Klagegebrauchsmusters den zu berücksichtigenden technischen Sachverhalt als auch den auf die angegriffene Ausführungsform bezüglichen technischen Sachverhalt vollständig aufgeklärt hat. Ob die Änderung im Anspruchswortlaut den Gegenstand der Erfindung verändert hat, konnte dahinstehen, denn das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung bereits auch die Erfindungsmerkmale zugrunde gelegt, die der im Lösungsverfahren neugefaßte Schutzanspruch 1) beschreibt. Es ist dazu durch eigene Ermittlung dessen, was die Gebrauchsmusterschrift dem Fachmann offenbart, und unter Berücksichtigung der sachkundigen Ausführungen des Patentamts im parallellaufenden Patenterteilungsverfahren (Bescheid vom 29. Januar 1969) gelangt. Diese Feststellungen, die sich mit denen des Patentamts und des Bundespatentgerichts im Lösungsverfahren decken, hat das Berufungsgericht schließlich auch bei der Beurteilung der Verletzungsform berücksichtigt. Es besteht mithin rechtlich kein Anlaß, die Sache allein wegen der Änderungen im Schutzanspruch 1) an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

b) Die gegen die Auslegung des Klagegebrauchsmusters gerichteten Angriffe der Revision gehen fehl.

In den Ausführungen des Berufungsgerichts kann ein Rechtsfehler nicht erkannt werden. Nach ihnen betrifft der in der vorgeschlagenen Raumform erkennbare Gegenstand der Erfindung nicht nur die Verwendung einer Rollmembran, sondern darüber hinaus die Gewährleistung der Funktion der Rollmembran während des gesamten Hubvorganges. Ihre Festklemmung insbesondere bei außermittiger Lastaufnahme sowie eine Reibung zwischen Zylinder und Kolben sollen durch die besondere Gestaltung dieser beiden Teile vermieden werden. Im einzelnen ist dafür in der Gebrauchsmusterschrift vorgeschlagen, den Kolben im unteren Bereich des Zylinders mit Spiel zu führen und im oberen Bereich so viel Abstand zwischen Kolben und Zylinder zu lassen, daß die Rollmembran ihre Umstülpbewegungen ungehindert ausführen kann. Die Führung des Kolbens erfolgt nach dieser Anordnung im unteren Zylinderbereich, wo er sich bei außermittigem Kraftangriff an der Zylinderwand abstützen kann. Weder der Gebrauchsmusterschrift noch den Entscheidungen im Lösungsverfahren ist zu entnehmen, daß die Führung des Kolbens nur oder auch im oberen Zylinderbereich erfolgt.

Es ist kein Grund vorhanden, daß das Revisionsgericht die angegriffene, aber rechtsfehlerfreie Auslegung des Klagegebrauchsmusters durch eine andere ersetzt. Auch die Angriffe der Revision wegen der Nichtheranziehung eines Sachverständigen sind unbegründet.

Die technische Materie ist überschaubar und verständlich, und dem Berufungsgericht standen darüberhinaus die sachkundigen Äußerungen des Patentamts im parallel laufenden Patenterteilungsverfahren zu Verfügung. Das Lösungsverfahren hat bestätigt, daß das Berufungsgericht den technischen Sachverhalt vollständig erkannt und verstanden hat. Es hat daher nicht verfahrenswidrig gehandelt, wenn es einen Sachverständigen nicht herangezogen hat. Soweit sich diese Verfahrensrüge auf die Feststellung des Rechtsbestandes des Klagegebrauchsmusters bezieht, hat sie sich durch die Bindungswirkung des § 11 Satz 3 Gebrauchsmustergesetz erledigt.

c) Die mit Schriftsatz vom 28. Oktober 1971 geltend gemachten Revisionsgründe können wegen Verstreichens der Revisionsbegründungsfrist nicht berücksichtigt werden (§ 554 Abs. 6 ZPO). Das trifft insbesondere auf die Rüge zu, das Berufungsgericht habe nicht erkannt, daß bei der Verletzungsform kein die Gleitreibung zwischen Kolben und Zylinder ausschaltendes Spiel vorhanden sei, vielmehr ein Reibungswiderstand im unteren Bereich des Zylinders in Kauf genommen werde. Insoweit hat das Berufungsgericht festgestellt, in diesem Bereich des Zylinders weise die Vorrichtung nach der Verletzungsform die gleiche Gestaltung auf, wie die nach dem Klagegebrauchsmuster, nämlich, daß der Zylinder dort verjüngt sei und der Kolben mit Spiel geführt werde. An diese tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts ist das Revisionsgericht gebunden, es sei denn, sie sind verfahrensrechtlich fehlerhaft zustande gekommen (vgl. § 286 ZPO). Eine solche Rüge ist aber nicht rechtzeitig erhoben worden. Die Ansicht der Revision, diese Fest-

stellungen des Berufungsgerichts beruhten auch auf irrigen technischen Vorstellungen, so daß es sich um eine sachlichrechtliche Rüge handele, kann nicht geteilt werden.

Das Revisionsgericht mußte daher seiner Prüfung die vom Berufungsgericht festgestellte Verletzungsform zugrunde legen, bei der das Spiel zwischen Kolben und Zylinder im unteren Bereich des Zylinders eine Reibung zwischen diesen beiden Teilen vermeidet, aber bei außer-mittigem Kraftangriff eine Abstützung des Kolbens ermöglicht und damit die Aufgabe des Klagegebrauchsmusters löst. Mit ihrem Vortrag, bei ihrer Vorrichtung werde der Kolben ohne Spiel durch den Zylinder geführt, kann die Beklagte somit schon aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht gehört werden. Ob darüber hinaus die Verletzungsform sonstige Vorteile oder in anderen Bereichen eine andere Gestaltung aufweist, also etwa zusätzlich ein Anpreßdruck gegen das aufzunehmende Gut erzeugt wird, ist im Rahmen dieses Verletzungsstreits unwesentlich und daher nicht zu untersuchen. Bereits durch die Verwendung einer Rollmembran und die mit dem Klagegebrauchsmuster übereinstimmende Gestaltung und Anordnung im unteren Bereich des Zylinders hat die Beklagte die Aufgabe des Klagegebrauchsmusters mit gleichen Mitteln gelöst. Sie hat dadurch das Klagegebrauchsmuster gegenständlich verletzt. Die konstruktiven Abweichungen bei der Verletzungsform bedingen nach den tatrichterlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht, daß die Beklagte von einer anderen technischen Lehre als der des Klagegebrauchsmusters Gebrauch gemacht hat.

Soweit das Berufungsgericht aus seinen Feststellungen gefolgert hat, daß mit einer Vorrichtung nach der Verletzungsform auch die gleiche technische Wirkung erzielt werde wie mit einer Vorrichtung nach dem Klagegebrauchsmuster, nämlich die durch die Reibung zwischen Kolben und Zylinder auftretenden Nachteile zu vermeiden, ist das eine dem Revisionsgericht verschlossene tatrichterliche Beweiswürdigung, gegen die die Beklagte keine Verfahrensrüge erhoben hat.

d) Die Änderung des Schutzanspruchs 1) hat auch den Ausführungen des Berufungsgerichts zum Verschulden der Beklagten nicht die Grundlage entzogen.

Grundsätzlich ist der Glaube an den mangelnden Bestand eines Gebrauchsmusters nicht entschuldbar. Das Berufungsgericht hat keine Tatsachen festgestellt, die hier zu einer Abweichung von diesem Grundsatz nötigten. Aber auch die andere Beurteilung des Gegenstandes der Erfindung und der Verletzungsform durch die Beklagte beruht auf deren unentschuldbarer irriger Vorstellung. Die Änderung des Schutzanspruchs 1) gründet sich nämlich allein auf die übereinstimmende Feststellung von Patentamt, Patentgericht und Berufungsgericht darüber, was der Fachmann der Gebrauchsmusterschrift als offenbart entnimmt. Das hat das Berufungsgericht bei der Beurteilung des Verschuldens der Beklagten berücksichtigt. Ein Rechtsfehler ist nicht festzustellen, zumal die entsprechenden tatsächlichen Feststellungen nicht angegriffen sind.

Das Berufungsurteil erweist sich somit als rechtsfehlerfrei.

III. Einer zeitlichen Begrenzung der Verurteilung zur Rechnungslegung bedurfte es im Urteilsspruch nicht, da es sich von selbst versteht, daß die Klageansprüche auch zeitlich vom Rechtsbestand des Klagerechts abhängen.

IV. Soweit die Parteien wegen des Unterlassungsanspruchs den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, waren die Erklärungen auch in der Revisionsinstanz zulässig. Über die insoweit gestellten Kostenanträge war nach § 91 a ZPO zu entscheiden. Diese Kosten waren nach dem Sach- und Streitstand der Beklagten aufzuerlegen.

45

- 24 -

Im übrigen folgt die Kostenentscheidung aus
§ 97 Abs. 1 ZPO.

Trüstedt

Claßen

Ochmann

Bendler

Häuser