

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 24/70

URTEIL

Verkündet am

10. Juli 1973
Schwingen,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma S[REDACTED]-Werke Gesellschaft mit beschränkter
Haftung für Fabrikate nach S[REDACTED]'s Fußpflegesystem,
vertreten durch ihren Geschäftsführer Ernst Bi[REDACTED],
Be[REDACTED]-En[REDACTED] bei F[REDACTED] (M[REDACTED]), F[REDACTED]
Straße [REDACTED] - [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Heinrich Ad. Ber[REDACTED], Fabrik orthopädischer
Mittel KG, vertreten durch ihre persönlich haftenden
Gesellschafter Walter Heinrich Ber[REDACTED] und Hans Peter
Ber[REDACTED], H[REDACTED]-Lo[REDACTED], L[REDACTED]straße [REDACTED] - [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

25

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juli 1973 durch den Vorsitzenden Richter Trüstedt und die Richter Ballhaus, Dr. Bruchhausen, Bendler und Häußer

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main vom 18. Dezember 1969 wird, soweit der Rechtsstreit nicht in der Hauptsache erledigt ist, zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision und des in der Hauptsache erledigten Teils des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin war ausschließliche Lizenznehmerin an dem Patent ■■■ (Klagepatent). Sie ist ermächtigt, Ansprüche aus dem Schutzrecht geltend zu machen.

Das am 6. Juli 1954 angemeldete Patent ■■■ wurde am 19. März 1959 unter der Bezeichnung "Medizinisches Polster mit Schlaufe" mit sechs Patentansprüchen erteilt. Der Patentanspruch 1 des inzwischen durch Zeitablauf erloschenen Klagepatents hat folgenden Wortlaut:

- 3 -

"1. Medizinisches Polster, dadurch gekennzeichnet, daß es aus einer Schnittform erhalten wird, die aus zwei den fertigen Polsterkörper bildenden Teilen und einem diese Teile verbindenden halsförmigen Teil, der beim fertigen Polster eine aus der Ebene des Polsterkörpers herausragende, zum Überschieben über eine Zehe oder einen Finger dienende Schlaufe bildet, besteht."

Die Beklagte stellt medizinische Fußpolster her und vertreibt sie unter der Bezeichnung "Mo[REDACTED]". Ein solches Polster besteht aus Schaumgummi und wird aus einem Formstück hergestellt. Dabei ist mit dem eigentlichen Polsterkörper ein halsförmiger Ansatz verbunden, der auf der einen Seite in einen längeren Schenkel übergeht, während auf der anderen Seite des halsförmigen Ansatzes ein kürzerer, stummelförmiger Schenkelansatz vorhanden ist. Diese beiden Teile werden miteinander verbunden und bilden so die Befestigungsschlaufe, die bei dem fertigen Polster aus der Ebene des Polsterkörpers herausragt. Die Gestaltung des von der Beklagten hergestellten "Mo[REDACTED]"-Fußpolsters im einzelnen ist aus den von der Klägerin mit Schriftsätzen vom 12. Juni 1968 und 10. November 1969 übergebenen Mustern zu ersehen.

Die Klägerin sieht darin eine Verletzung des Klagepatents und hat die Beklagte auf Unterlassung, sowie auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht in Anspruch genommen.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt.



Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin, nachdem der Unterlassungsantrag von den Parteien mit Rücksicht auf den Ablauf des Klagepatents für erledigt erklärt worden ist, ihr Klagebegehren im Ergebnis mit folgender Antragsfassung weiter:

1. Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser dadurch entstanden ist, daß die Beklagte in der Zeit vom 1. Juli 1965 bis zum 6. Juli 1972 medizinische Polster hergestellt, feilgehalten und/oder in den Verkehr gebracht hat, welche dadurch gekennzeichnet waren, daß
 - a) das Polster aus einer Schnittform mit angeschnittenem halsförmigen Teil gefertigt war und
 - b) dieser halsförmige Teil dergestalt eine Schlaufe bildete, daß diese aus der Ebene des Polsterkörpers herausragte und zum Überschieben des Polsters über eine Zehe oder einen Finger geeignet war.
2. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin durch Vorlage eines Verzeichnisses Auskunft über die Anzahl der in der Zeit vom 1. Juli 1965 bis 6. Juli 1972 hergestellten und ver-

triebenen medizinischen Polster gemäß
Ziffer 1 und über die hierfür erzielten
Erlöse zu erteilen.

Die Beklagte erstrebt die Zurückweisung des Rechts-
mittels.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht hat das Vorliegen einer Patent-
verletzung verneint, weil die Beklagte mit der angegrif-
fenen Ausführungsform auch nicht durch gleichwirkende
Mittel in den Schutzbereich des Klagepatents eingreife.
Die Revision wendet sich dagegen und rügt insbesondere
die Verletzung von § 6 PatG. Das Rechtsmittel kann im
Ergebnis keinen Erfolg haben.

I. Die Auslegung des Klagepatents unterliegt der
vollen Nachprüfung des Revisionsgerichts (vgl. Benkard,
Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 5. Aufl.
§ 47 PatG Rdn. 88; Klauer/Möhring, Patentrechtskommen-
tar, 3. Aufl. § 47 PatG Anm. 90; Reimer, Patentgesetz
und Gebrauchsmustergesetz, 3. Aufl., § 47 PatG Anm. 134
und die jeweils angegebene Rechtsprechung).

1. Das Klagepatent befaßt sich nach seiner Bezeich-
nung und der Einleitung seiner Beschreibung (Sp. 1
Z. 1 - 4) mit einem insbesondere zur Verwendung an den
Füßen bestimmten medizinischen Polster, das eine aus
der Ebene des Polsterkörpers herausragende Schlaufe be-

sitzt und aus einem Stück hergestellt ist. Bei der Verwendung des Polsters wird die Schlaufe über eine Zehe oder einen Finger gezogen, wobei es beim Tragen durch die Schlaufe in der richtigen Stellung gehalten wird (Sp. 1 Z. 5 - 8).

Das Klagepatent geht von verschiedenen bekannten medizinischen Polstern zur Behandlung von Fußleiden aus, die eine Schlaufe aufweisen. So seien aus einem Stück hergestellte Polster bekannt, bei denen Schlaufe und Polster in einer Ebene angeordnet seien. Bei diesen Polstern sei nachteilig, daß die Schlaufe beim Überziehen über die Zehe aus ihrer natürlichen Lage herausgebracht werden müsse; dadurch bildeten sich Falten, die sich beim Gebrauch unangenehm bemerkbar machten (Sp. 1 Z. 9 - 17). Bei anderen bekannten Polstern würden diese Nachteile dadurch behoben, daß die Schlaufe aus der Ebene (des Polsterkörpers) herausgebogen sei. Schlaufe und Polster seien bei diesen Polstern jedoch getrennt voneinander herzustellen; dies bedeute eine Verteuerung (Sp. 1 Z. 17 - 22).

Dem Klagepatent liegt die Aufgabe zugrunde, diese Nachteile bekannter Polster bei einem medizinischen Polster zu vermeiden, das aus einer Schnittform erhalten wird und das im fertigen Zustand eine aus der Ebene des Polsterkörpers herausragende, zum Überziehen über eine Zehe oder einen Finger dienende Schlaufe bildet (Sp. 1 Z. 23 - 30). Dementsprechend wird in der Beschreibung darauf hingewiesen, daß bei dem erfindungsgemäßen Polster durch die aus der Ebene des Polsterkörpers herausstehende Schlaufe die Zehe glatt und ohne Falten-

bildung umfaßt werde (Sp. 4 Z. 40 - 43), und daß ein weiterer Vorteil dieses Polsters in der einfachen und billigen Herstellung liege (Sp. 5 Z. 3 - 4).

Durch die erfindungsgemäße Ausgestaltung des medizinischen Polsters nach dem Klagepatent sollen demnach folgende Vorteile erreicht werden:

- a) einfache und billige Herstellung durch Verwendung einer einzigen Schnittform;
- b) glattes und faltenloses Umfassen der Zehe mittels einer aus der Ebene des Polsterkörpers herausragenden Schlaufe.

2. Zur Lösung dieser Aufgabe wird in der Patentbeschreibung (Sp. 1 Z. 23 - 30) und im Patentanspruch 1 des Klagepatents vorgeschlagen, das Polster aus einer Schnittform herzustellen, die aus zwei den fertigen Polsterkörper bildenden Teilen und einem diese Teile verbindenden halsförmigen Teil besteht, wobei dieser halsförmige Teil am fertigen Polster eine aus der Ebene des Polsterkörpers herausragende Schlaufe bildet, die zum Überziehen über eine Zehe oder einen Finger dient. Zur Herstellungsweise des so ausgestalteten Polsters führt die Beschreibung erläuternd aus (Sp. 1 Z. 31 - 38), daß einer der den Polsterkörper bildenden Teile der Schnittform so um seine Achse gedreht werde, daß er zusammen mit dem anderen Teil den fertigen Polsterkörper bilde, wobei gleichzeitig der die beiden Polsterteile verbindende halsförmige Teil in die aus der Ebene des Polsterkörpers herausragende Schlaufe verwandelt

werde. Die Befestigung der beiden Teile des Polsterkörpers könne durch Verkleben erfolgen (Sp. 1 Z. 52 - 53; Sp. 3 Z. 17 - 19; Sp. 3 Z. 55 - 57).

3. Gegenstand des Patentanspruchs 1 des Klagepatents ist demnach ein medizinisches Polster, das durch eine Kombination folgender Merkmale gekennzeichnet ist:

- (1) Es wird aus einer Schnittform erhalten;
- (2) die Schnittform besteht
 - (a) aus zwei Teilen, die (zusammen) den fertigen Polsterkörper bilden und
 - (b) einem die beiden Teile des Polsterkörpers verbindenden halsförmigen Teil;
- (3) der halsförmige Teil bildet beim fertigen Polster eine aus der Ebene des Polsterkörpers herausragende Schlaufe, die zum Überschieben über eine Zehe oder einen Finger dient.

II. 1. Die von der Beklagten hergestellte und vertriebene Ausführungsform eines medizinischen Fußpolsters besteht nach den auf Grund des übereinstimmenden Sachvortrags der Parteien getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts aus einem einzigen Formstück. Das Berufungsurteil fährt dann fort, aus der Ebene des Polsterkörpers rage aus einem halsförmigen Ansatz ein Streifen heraus, der auf der einen Seite als längerer Schenkel ausgebildet, auf der anderen Seite nur als stummelförmiger Ansatz vorhanden sei (BU S. 2). Daraus könnte hergeleitet werden, daß schon der Streifen an dem halsförmigen Ansatz aus der Ebene des Polsterkörpers

herausragt. Durch diese Formulierung des Berufungsurteils soll jedoch erkennbar zum Ausdruck gebracht werden, daß die zur Bildung der Schlaufe vorgesehenen Teile des Formstücks außerhalb des eigentlichen Polsterkörpers liegen (vgl. auch BU S. 7 unten). Auf Grund der Feststellungen des Berufungsgerichts läßt sich deshalb die angegriffene Ausführungsform - abgesehen von der Herstellung aus einem Formstück - weiter wie folgt konkretisieren: An den eigentlichen Polsterkörper schließt sich ein halsförmiger Ansatz an; dieser geht auf der einen Seite in einen Streifen über, der als längerer Schenkel ausgebildet ist, während auf der anderen Seite des halsförmigen Ansatzes nur der stummelförmige Ansatz eines Schenkels vorhanden ist; die beiden Schenkelteile bilden nach ihrer Verbindung die Befestigungsschlaufe des Polsters, die bei dem fertigen Polster aus der Ebene des Polsterkörpers herausragt.

2. Auf Grund der Auslegung des Klagepatents und der so zu verstehenden Feststellungen des Berufungsgerichts zur Ausführungsform des Verletzungsgegenstands ergibt sich demnach, daß die Verletzungsform mit dem Klagepatent insoweit übereinstimmt, als sie aus einer einzigen Schnittform hergestellt wird und das fertige Polster eine aus der Ebene des Polsterkörpers herausragende Schlaufe aufweist, die zum Überschieben über eine Zehe dient. Anders als beim Klagepatent wird bei der Verletzungsform der eigentliche Polsterkörper nicht aus zwei Teilen gebildet, die durch einen halsförmigen Teil verbunden sind, der nach dem Zusammenfügen der beiden Teile des Polsterkörpers die zum Überschieben über eine Zehe dienende Schlaufe bildet.

Vielmehr besteht der eigentliche Polsterkörper der Verletzungsform aus einem Stück, während die Schlaufe dadurch hergestellt wird, daß der auf der einen Seite des halsförmigen Ansatzes befindliche längere Schenkel mit dem auf der anderen Seite des Halsansatzes befindlichen stummelförmigen Ansatz eines Schenkels verbunden wird.

III. Das Berufungsgericht gelangt abweichend von der Entscheidung des Landgerichts zur Abweisung der Klage. Es wendet sich gegen die vom Landgericht vertretene Auffassung, die Beklagte verwende bei dem von ihr hergestellten und vertriebenen Fußpolster zur Lösung der gleichen Aufgabe gleichwirkende Mittel und greife deshalb in den Schutzbereich des Klagepatents ein. Damit werde dem Klagepatent ein zu weiter Schutzbereich zugemessen.

1. Zwar sei - so führt das Berufungsgericht aus - der Schutzbereich des Klagepatents nicht auf den reinen Wortlaut seiner Ansprüche zu beschränken, da die geschützte Erfindung durch keine der von der Beklagten entgegengehaltenen druckschriftlichen Vorveröffentlichungen, nämlich die britische Patentschrift [REDACTED] und die US-Patentschrift [REDACTED], neuheitsschädlich völlig vorweggenommen sei.

Bei dem britischen Patent [REDACTED] sei nicht daran gedacht, Polster und Schlaufe aus einem Stück herzustellen. Aus der Patentbeschreibung und der beigelegten Zeichnung ergebe sich vielmehr, daß die Schlaufe ge-

trennt hergestellt und dann auf dem Polster befestigt werde.

Auch das US-Patent ■■■ löse die gleiche Aufgabe nicht mit den gleichen oder doch im wesentlichen übereinstimmenden Mitteln, wie sie das Klagepatent vorschlage. Zwar liege auch der dort beschriebenen Erfindung die Aufgabe zugrunde, ein leicht zu befestigendes medizinisches Fußpolster zu schaffen. Dabei stehe jedoch weniger die Einstückigkeit des Polsters und der Schlaufe im Vordergrund, wenngleich sie für möglich gehalten werde. Es werde auch nicht vorgeschlagen, die Schlaufe durch das Drehen der einen Polsterkörperhälfte um ihre Achse herzustellen, wie dies beim Klagepatent vorgesehen sei.

2. Das Berufungsgericht führt dann weiter aus, die beiden Entgegenhaltungen und die im Klagepatent enthaltenen Angaben über den Stand der Technik zeigten jedoch, daß es sich bei dem Erfindungsgegenstand des Klagepatents nicht um die erste Lösung der zugrunde liegenden Aufgabe handle. Vielmehr ergebe sich daraus, daß auf diesem Gebiet häufig gearbeitet worden sei, und daß dabei mehrere brauchbare Lösungen für die Herstellung der Schlaufen vorgeschlagen worden seien. Unter solchen Umständen sei der Schutzbereich eines Patents von vornherein sehr eng. Er erfasse solche Mittel als Gleichwerte nicht, die zwar zur Lösung der gleichen Aufgabe eingesetzt würden, mit dem vom Erfinder angegebenen Mittel aber wenig oder nichts gemeinsam hätten. So sei es auch im Streitfall.

Auf Grund des US-Patents [REDACTED] [REDACTED] habe es für den Durchschnittsfachmann des einschlägigen Fachgebiets nahegelegen, eine Befestigungsschleife vorzuschlagen, die es erlaubte, das Fußpolster auch an einer anderen als der dort vorgesehenen Stelle des Vorfußes zu tragen. Es habe sich angeboten, die Schleife nicht nur am oberen Ende, sondern auch außerhalb des eigentlichen Polsterkörpers anzubringen, um so das Polster weiter nach hinten unter den Fuß schieben zu können. Diesen Weg habe die Beklagte eingeschlagen, die damit von dem in der Entgegenhaltung offenbarten Erfindungsgedanken Gebrauch mache und sich deshalb im Bereiche des Standes der Technik bewege. Daran werde auch dadurch nichts geändert, daß bei der angegriffenen Ausführungsform - anders als bei der Entgegenhaltung - die Schleife aus zwei nachträglich miteinander zu verbindenden Schenkeln bestehe. Der entscheidende Schritt zur einstückigen Schnittform für das Polster und zu der unter Vermeidung der Faltenbildung aus der Ebene des Polsterkörpers herauszubiegenden Schleife sei schon bei dem vorbeschriebenen Fußpolster getan worden.

Zudem habe bei der angegriffenen Ausführungsform der durch das Herausrücken der Schlaufenteile aus dem Polsterkörper entstehende Hals keine Funktion. Dagegen werde bei dem Klagepatent aus dem halsförmigen Teil die Schleife gebildet, wenn der damit zusammenhängende Teil des Polsterkörpers um seine Achse gedreht und auf dem anderen Teil des Polsterkörpers angebracht werde. Dadurch werde ein technischer Fortschritt erreicht, den die Verletzungsform nicht biete. Diese verwende deshalb das im Klagepatent zur Lösung der gestellten Aufgabe vorgeschlagene technische Mittel nicht.

IV. Das angefochtene Urteil kann mit der vorstehend wiedergegebenen Begründung nicht ohne klarstellende Ergänzungen Bestand haben.

1. Dem Berufungsgericht kann nicht gefolgt werden, wenn es den Schutz für gleichwirkende Lösungsmittel schon deshalb versagt, weil diese durch den Stand der Technik nahegelegt seien. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat zwar in einer Reihe von Entscheidungen den jeweiligen Stand der Technik im Zusammenhang mit dem Schutz der Gleichwerte berücksichtigt und darauf hingewiesen, daß sich die Einbeziehung glatter patentrechtlicher Äquivalente in den Schutzbereich eines Patents durch den vorbekannten Stand der Technik verbieten könne (RGZ 119, 70, 73 f.; BGHZ 3, 365, 371 - Gummisohle; BGH GRUR 1955, 139, 140 - Eiserner Grubenausbau), auch wenn die angegriffene Ausführungsform dem freien Stand der Technik nur nahestehe (BGH GRUR 1962, 29, 31 - Drehkipppbeschlag; BGH Urteil vom 9. Februar 1962 - I ZR 30/60 - Turmdrehkran). Zwischenzeitlich erfolgte jedoch insoweit eine Klarstellung dahin, daß bei Vorbekanntsein eines äquivalenten Arbeitsmittels (für sich allein betrachtet) der Äquivalenzschutz nicht zu versagen sei; nur wenn die gesamte Kombination des Patentanspruchs mit einem (oder mehreren) dem Klagepatent gegenüber funktionsgleich ausgetauschten Arbeitsmitteln voll und ganz vorbekannt sei, falle sie nicht in den Schutzbereich des Klagepatents (BGH Urteil vom 17. Januar 1967 - Ia ZR 50/66 - Biegsame Geweberohre; BGH GRUR 1972, 597, 599 - Schienenschalter II; vgl. auch Schramm, Der Patentverletzungsprozeß, 1965, S. 135; Benkard aaO. § 6 Rdn. 152; Klaurer/Möhring aaO. § 6 PatG Anm. 37).

Dementsprechend wurde den als Verletzer in Anspruch Genommenen auch die Berufung darauf, daß die angegriffene Ausführungsform dem Stand der Technik näherstehe als dem Klagepatent, für den Fall versagt, daß die Merkmale eines Patents in teils identischer und in teils glatt äquivalenter Weise benutzt werden, und es wurde nur die Berufung auf eine völlige Vorwegnahme des Patents mit der Folge der Beschränkung auf den unmittelbaren Gegenstand des Patents und des Ausschlusses selbst der glatten Äquivalente vom Schutzzumfang des Patents zugelassen (BGH GRUR 1972, 597, 599).

Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, daß die Erfindung des Klagepatents durch den entgegengehaltenen Stand der Technik nicht völlig vorweggenommen wird, und es hat deshalb zutreffend eine Beschränkung des Schutzbereichs des Klagepatents auf den reinen Wortlaut seiner Ansprüche abgelehnt. Das Berufungsgericht ist weiterhin davon ausgegangen, daß die angegriffene Ausführungsform durch das US-Patent **■ ■ ■ ■** nahegelegt werde. Damit hat es ersichtlich eine Feststellung, daß die als glatt äquivalent beanspruchte angegriffene Ausführungsform durch den Stand der Technik vollständig vorbekannt sei, nicht treffen wollen. Auch insoweit ist ein Rechtsfehler nicht erkennbar. Unter der Voraussetzung, daß die angegriffene Ausführungsform des Fußpolsters der Beklagten dem Klagepatent glatt äquivalent ist, könnte es deshalb nicht auf die Frage ankommen, ob sie insgesamt oder hinsichtlich einzelner Lösungsmittel dem Stand der Technik nähersteht als dem Klagepatent oder ob sie durch den Stand der Technik nahegelegt wird.

2. Die Frage der Verletzung des Klagepatents durch teils identische, teil äquivalente Benutzung seiner Merkmale durch die angegriffene Ausführungsform entsteht indessen im Streitfall nicht.

Das Berufungsgericht ist ersichtlich davon ausgegangen, daß der angegriffenen Ausführungsform des Fußpolsters der Beklagten dieselbe Aufgabe zugrunde liegt wie dem Klagepatent, nämlich die durch Verwendung einer einzigen Schnittform einfache und billige Herstellung eines Fußpolsters, bei dem die Zehe durch eine aus der Ebene des Polsterkörpers herausragende Schlaufe glatt und faltenlos umfaßt wird (vgl. oben I Ziff. 1). Es hat weiterhin erkennbar angenommen, daß die angegriffene Ausführungsform zur Lösung dieser Aufgabe zwar von dem Klagepatent verschiedene, in ihrer Funktion jedoch übereinstimmende und die gleiche Wirkung entfaltende Mittel verwendet, wenn bei dem aus einer Schnittform hergestellten Fußpolster in der angegriffenen Ausführungsform die aus der Ebene des eigentlichen Polsterkörpers herausragende Schlaufe durch Verbindung der an dem halsförmigen Ansatz angebrachten Schenkelteile hergestellt wird.

Zur Feststellung einer patentrechtlichen Äquivalenz genügt indessen nicht schon die Verwendung unterschiedlicher Lösungsmittel in übereinstimmender Funktion und mit gleicher Wirkung. Darüber hinaus muß vielmehr das für den Patentschutz in Anspruch genommene unterschiedliche Lösungsmittel der angegriffenen Ausführungsform im Sinne des konkreten Erfindungsgedankens des Klagepatents gleichwirkend, von ihm also umfaßt

sein (BGH GRUR 1960, 478, 481 - Blockpedale; GRUR 1962, 29, 31 - Drehkipppbeschlag; GRUR 1964, 606, 608 - Förderband; GRUR 1969, 534, 536 - Skistiefelverschluß). Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt.

Der konkrete Erfindungsgedanke des Klagepatents besteht, wie oben (I Ziff. 2 und 3) dargelegt wurde, bei allen Ausführungsformen des vorgeschlagenen Fußpolsters darin, daß bei der zur Herstellung des Fußpolsters verwendeten Schnittform der eigentliche Polsterkörper durch zwei Teile gebildet wird, die durch einen halsförmigen Teil verbunden sind, der nach dem Zusammenfügen der Teile des Polsterkörpers die aus dessen Ebene herausragende Schlaufe bildet. Bei der angegriffenen Ausführungsform wird der eigentliche Polsterkörper nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht durch zwei Teile gebildet, die durch einen halsförmigen Teil verbunden sind. Vielmehr besteht der eigentliche Polsterkörper der Verletzungsform von Anfang an nur aus einem Stück, während die Schlaufe durch die Verbindung der zwei Schenkelteile gebildet wird, in die der sich an den Polsterkörper anschließende halsförmige Ansatz übergeht (vgl. oben II Ziff. 1 und 2). Die angegriffene Ausführungsform des Fußpolsters der Beklagten macht demnach jedenfalls von dem durch das Klagepatent vorgesehenen Merkmal der zweiteiligen Ausbildung des Polsterkörpers (Merkmal 2 a der oben erstellten Merkmalsanalyse des Klagepatents) keinen Gebrauch. So ist erkennbar auch das Berufungsurteil zu verstehen, wenn es ausführt, die Verletzungsform verwende die im Klagepatent zur Lösung der gestellten Aufgabe vorgeschlagenen technischen Mittel

nicht, weil sie keinen halsförmigen Teil aufweise, der nach Verbindung der beiden Polsterkörperteile die aus dem Polsterkörper herausragende Schlaufe bildet.

Da somit die Beklagte bei ihrer Ausführungsform nicht von sämtlichen Kombinationsmerkmalen des Klagepatents Gebrauch macht, kann eine gegenständliche Benutzung des Klagepatents nicht angenommen werden.

3. Es ist demnach noch zu prüfen, ob die Beklagte durch die Benutzung einer schutzfähigen Unterkombination der Merkmale 1, 2 b und 3 des Klagepatents in dessen Schutzbereich eingreift. Darauf hat sich die Klägerin in der Revisionsverhandlung vor allem gestützt.

Ein diese Unterkombination charakterisierender und sowohl das Klagepatent als auch die Ausführungsform der Beklagten umfassender allgemeiner Erfindungsgedanke kann nur so umschrieben werden, daß ein aus einer Schnittform erhaltenes Fußpolster eine außerhalb des eigentlichen Polsterkörpers liegende und aus der Ebene des Polsterkörpers herausragende Schlaufe aufweist, die zum Überschieben über eine Zehe dient.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der so umschriebene allgemeine Erfindungsgedanke alle übrigen Voraussetzungen der Schutzfähigkeit eines solchen, nämlich Herleitbarkeit aus dem Klagepatent, Offenbarung, Neuheit und Fortschrittlichkeit aufweist, da jedenfalls die erforderliche Erfindungshöhe fehlt.

Die Unterkombination der genannten Merkmale wurde durch die US-Patentschrift [REDACTED] nahegelegt. Das Berufungsgericht hat im Zusammenhang mit dieser Entgegnung zutreffend festgestellt, daß dort die Möglichkeit der Herstellung von Polster und Schlaufe aus einer Schnittform aufgezeigt wird, wobei die Schlaufe nicht unter Faltenbildung aus ihrer Ebene herausgebogen werden muß, sondern bei dem fertigen Fußpolster aus der Ebene des Polsterkörpers herausragt. In Übereinstimmung mit dem Berufungsurteil kann es dann aber auch als naheliegend angesehen werden, die Befestigungsschlaufe nicht nur wie bei dem entgegengehaltenen Fußpolster am oberen Ende des Polsterkörpers, sondern außerhalb des eigentlichen Polsterkörpers anzubringen, wenn es darum ging, das Tragen des Fußpolsters statt am Zehenballen unter einer beliebigen Stelle des Fußes zu ermöglichen. Dies stellt allenfalls eine handwerkliche Routineleistung dar, die gegebenenfalls nach einigen Versuchen erbracht werden konnte. Keinesfalls kann aber die fragliche Unterkombination als das Ergebnis erfinderischen Bemühens betrachtet werden.

V. Nach allem hat das Berufungsgericht durch das angefochtene Urteil im Ergebnis zutreffend eine Verletzung des Klagepatents durch die angegriffene Ausführungsform des Fußpolsters der Beklagten verneint. Die Revision gegen dieses Urteil war deshalb zurückzuweisen.

VI. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91 a,
97 Abs. 1 ZPO.

Trüstedt

Ballhaus

Bruchhausen

Bendler

Häüßer