

47

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

GebrMG §§ 1, 5, 11 15

- a) Die ordentlichen Gerichte können im Verletzungsprozeß auch die sog. absoluten Schutzvoraussetzungen eines Gebrauchsmusters, beispielsweise das Raumformerfordernis, nachprüfen, die im Gebrauchsmustereintragungsverfahren geprüft werden. Sie sind nicht auf die Nachprüfung derjenigen Schutzvoraussetzungen eines Gebrauchsmusters beschränkt, die im Eintragungsverfahren nicht geprüft werden.
- b) Zur Frage des Raumformerfordernisses eines Gebrauchsmusters nach § 1 GebrMG.

BGH, Urt. v. 3. Oktober 1968 - X ZR 27/67 - KG Berlin

LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 27/67

URTEIL

Verkündet am
3. Oktober 1968
Oechsler
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hans-Frieder S [REDACTED], B [REDACTED],
D [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Kauffrau Käthe K [REDACTED] geb. K [REDACTED] unter
der Firma Z [REDACTED] & K [REDACTED], B [REDACTED], H [REDACTED]
Straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Oktober 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Spreng und der Bundesrichter Dr. Löschner, Schneider, Ballhaus und Dr. Bruchhausen

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 3. Januar 1967 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist eingetragener Inhaber des Gebrauchsmusters 1 893 383, das ein verschlossenes Lotterielos betrifft. Der Kriminalobermeister a.D. Horst F. [REDACTED] hat das Gebrauchsmuster am 13. November 1963 angemeldet und am 14. Mai 1964 auf den Kläger übertragen. Die Schutzdauer des am 21. Mai 1964 in die Gebrauchsmusterrolle eingetragenen Gebrauchsmusters ist inzwischen verlängert worden.

Der Schutzanspruch hat folgenden Wortlaut:

Verschlossenes Lotterielos, dadurch gekennzeichnet, daß für Teile des Aufdrucks eine in allen organischen Lösungsmitteln lösliche Druckfarbe verwendet wird.



Die Beklagte hat für die von ihr hergestellten Lose der DRK-Sachwertlotterie 1965 eine Druckfarbe benutzt, die in organischen Lösungsmitteln löslich ist.

Der Kläger nimmt die Beklagte deshalb wegen Verletzung seines Gebrauchsmusters auf Unterlassung in Anspruch.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu sechs Monaten zu unterlassen, bei der Herstellung von Lotterielosen eine Druckfarbe zu verwenden, die in organischen Lösungsmitteln löslich ist, und/oder mit einer solchen Druckfarbe hergestellte Lose in den Verkehr zu bringen.

Die Beklagte hat

Klageabweisung

beantragt.

Sie hat die Schutzfähigkeit des Gebrauchsmusters in Abrede gestellt. Es fehle an der Raumform, am Fortschritt und an der Erfindungshöhe. Seit Jahrzehnten seien Auslauf-farben zum Druck von Wertpapieren bekannt und druckschriftlich vorbeschrieben. Die Beklagte habe schon im Frühjahr 1963 ein umschlagloses Lotterielos mit reagierenden Druck-farben hergestellt und einem Kunden angeboten. Deshalb stehe der Beklagten ein Vorbenutzungsrecht zu. Außerdem habe ihr Angestellter H. [REDACTED] dem Kriminalobermeister a.D. F. [REDACTED] die Idee von der Verwendung der Auslauffarben bei Losen vermittelt. Der Kläger handele daher arglistig, wenn er die Beklagte aus dem so erlangten Gebrauchsmuster in Anspruch nehme.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Kammergericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der Revision beantragt der Kläger,

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils des Kammergerichts vom 3. Januar 1967 nach den vom Kläger in der Berufungsinstanz zuletzt gestellten Anträgen zu erkennen,

hilfsweise,

die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. 1. Das Kammergericht hält sich zur Prüfung der Frage berechtigt, ob ein eingetragenes Gebrauchsmuster einen in einer Raumform in Erscheinung tretenden Erfindungsgedanken verkörpert. Eine ausschließliche, den Verletzungsrichter bindende Prüfungskompetenz der Gebrauchsmusterstelle bestehe nicht. Der Verletzungsrichter sei nicht gehindert zu prüfen, ob der Erfindungsgedanke in einer Raumform verkörpert sei.

Dem ist entgegen der Ansicht der Revision auch in den Fällen zuzustimmen, in denen die Gebrauchsmusterstelle die Verkörperung des Anmeldegegenstandes in einer Raumform, die sog. Modellfähigkeit, nach einer Prüfung bejaht hat. In der Rechtsliteratur ist diese Frage umstritten. Einerseits wird darauf hingewiesen, der Verletzungsrichter dürfe von der Bejahung der Modellfähigkeit des Anmeldegegenstandes durch die Gebrauchsmusterstelle nicht abweichen (so früher Reimer, Patentgesetz, 2. Aufl. 1958, Anm. 5 zu § 5 GebrMG; Tetzner, Patentgesetz, 2. Aufl., Fußnote 65 zu § 1 GebrMG und Schramm, Der Patentverletzungsprozeß, 1965, S. 11 und GRUR 1965, 249, 251). Andererseits wird - insbesondere mit Rücksicht auf den Mangel eines unter Mitwirkung der Kontrolle der Öffentlichkeit erfolgenden Eintragungsverfahrens und die Verschiedenheit des Gebrauchsmustereintragungsverfahrens gegenüber dem Patenterteilungsverfahren - die Prüfungsbefugnis des Verletzungsrichters bejaht (so jetzt Reimer, Patentgesetz, 3. Aufl. 1968, Anm. 5 zu § 5 GebrMG; Trüstedt, GRUR 1954, 244, 245 ff; Klauer/Möhrling, Patentgesetz 1940, § 5 GebrMG Anm. 3 zu a); Benkard, Patentgesetz, 4. Aufl. 1963, § 5 GebrMG Rdn. 19). Das Reichsgericht hat zu dieser Streitfrage nicht ausdrücklich Stellung genommen; es hat aber in Verletzungsstreiten wiederholt die Prüfungsbefugnis für sich in Anspruch genommen (vgl. RG GRUR 1937, 1084, 1085; 1940, 154, 156).

2. Das Gebrauchsmustergesetz bestimmt in § 5, daß die Eintragung eines Gebrauchsmusters die Wirkung hat, daß allein dem Inhaber das Recht zusteht, gewerbsmäßig das Muster nachzubilden, die durch Nachbildung hervorgebrachten Gegenstände in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen. Vor dem Inkrafttreten des Gebrauchsmustergesetzes vom 5. Mai 1936 hinderte der bis auf eine redaktionelle Abweichung entsprechend gefaßte § 4 des Gebrauchsmustergeset-

zes vom 1. Juni 1891 die ordentlichen Gerichte nicht daran, die Schutzfähigkeit des Musters auf eine entsprechende Einrede des aus dem Muster in Anspruch genommenen Beklagten im Verletzungsprozeß nach allen Richtungen zu überprüfen und gegebenenfalls zu verneinen. Dieses folgte vor 1936 bereits daraus, daß die ordentlichen Gerichte über den Löschungsanspruch des § 6 GebrMG damaliger Fassung zu entscheiden hatten. Als durch das Gebrauchsmustergesetz vom 5. Mai 1936 das Löschungsverfahren dem Reichspatentamt übertragen wurde (vgl. §§ 7 - 10 GebrMG), hat der Gesetzgeber für diejenigen, die die Rechtsunwirksamkeit des Schutzrechts geltend machen wollten, keine Erschwerung der Rechtslage eintreten lassen wollen; "sie sollten nach wie vor berechtigt bleiben, gegenüber der Unterlassungs- oder Schadenersatzklage die Nichtigkeit des Schutzrechts im Wege der Einrede vor Gericht geltend zu machen, worüber alsdann das Gericht zu befinden habe" (vgl. Abs. 2 der Amtlichen Begründung zum Entwurf des GebrMG 1936 zu den §§ 8 - 11, abgedruckt in Bl.f.PMZ 1936, 116, 117). Weder in der Begründung des Entwurfes noch im Gebrauchsmustergesetz vom 5. Mai 1936 selbst kommt zum Ausdruck, daß die Befugnis der ordentlichen Gerichte zur Prüfung der Schutzfähigkeit eines Gebrauchsmusters auf einzelne Schutzvoraussetzungen, etwa auf Neuheit, Fortschritt und Erfindungshöhe, beschränkt werden sollte. Nach dem Inkrafttreten des Gebrauchsmustergesetzes vom 5. Mai 1936 ist die Auffassung vertreten worden, im Verletzungsprozeß sei nunmehr die Einrede der Rechtsunwirksamkeit des klagend geltend gemachten Gebrauchsmusters unzulässig. Diese Rechtsansicht ist vom Reichsgericht nicht gebilligt worden, weil sie der Amtlichen Begründung und dem Wortlaut des Gesetzes, insbesondere der Regelung in § 11, widerstreite (RGZ 155, 321, 324 ff). Aus dieser Rechtsentwicklung folgt, daß ein Gebrauchsmuster nicht mit der Wirkung eingetragen wird, daß es bis zu seiner Beseitigung in dem dafür vorgesehenen Löschungsverfahren

von den ordentlichen Gerichten hinzunehmen ist und daß die ordentlichen Gerichte den durch die Eintragung bewirkten Schutz zu respektieren haben. Die ordentlichen Gerichte sind vielmehr grundsätzlich befugt, die Rechtswirksamkeit eines Gebrauchsmusters nachzuprüfen und dem Muster den Schutz zu versagen, wenn sich seine Rechtsunwirksamkeit herausstellt. Die in § 11 Satz 2 GebrMG enthaltene Ausnahme von dieser Regel für den Fall des gleichzeitig schwebenden Löschungsverfahrens bestätigt den Grundsatz. Die im Eintragungsverfahren durchgeführte und inzwischen vom Bundesgerichtshof gebilligte Prüfung der Gebrauchsmusteranmeldungen hinsichtlich der absoluten Schutzvoraussetzungen (BGHZ 42, 248 ff - Spannungsregler; 47, 132, 141 - UHF-Empfänger II) führt nur zu einer beschränkten Prüfung der Schutzfähigkeit des angemeldeten Musters. Hinsichtlich der Erfordernisse der Neuheit, des Fortschritts und der Erfindungshöhe findet im Eintragungsverfahren keine Prüfung statt und ist diese deshalb ohnehin im Verletzungsprozeß nachzuholen (BGHZ 42, 248, 255 f; BGH GRUR 1957, 270, 271 - Unfall-Verhütungsschuh; RGZ 155, 321, 325). Es ist nicht vertretbar, die Prüfungsbefugnis der ordentlichen Gerichte im Verletzungsprozeß auf diejenigen Schutzvoraussetzungen einzuschränken, die im Eintragungsverfahren nicht geprüft werden. Wegen des engen inneren Zusammenhangs aller Schutzvoraussetzungen eines Gebrauchsmusters kann die Prüfungsbefugnis des Verletzungsrichters nur eine umfassende sein. Die bei der Schutzwirkung der bekanntgemachten Patentanmeldung anerkannte Bindung des Verletzungsrichters (BGH GRUR 1963, 563, 565 v. Sp. - Aufhängevorrichtung; RG GRUR 1940, 154, 157) kann eher hingenommen werden, weil ihr eine umfassende Prüfung des Gegenstandes der Anmeldung auf Patentfähigkeit vorausgeht. Die bekanntgemachte Patentanmeldung steht überdies dem erteilten Patent näher, als das bei einem Gebrauchsmuster der Fall ist.

II 1. Das Klagegebrauchsmuster Nr. 1 893 383 betrifft nach seiner Bezeichnung ein verschlossenes Lotterielos. Verschlossene Lotterielose haben im Gegensatz zu sogenannten Losbriefen keinen besonderen Umschlag, weshalb man sie auch als umschlagslose Lotterielose bezeichnet. Wie in den der Eintragung des Klagegebrauchsmusters zugrundeliegenden, im Revisionsverfahren selbständig nachprüfbaren Unterlagen ausgeführt ist, bestand bei verschlossenen Lotterielosen die Gefahr, daß sie, ohne daß dies später zu erkennen war, durch Eintauchen in Benzin transparent gemacht und durchleuchtet wurden oder daß ihre wasserfest verklebten Verschlußteile mit stärkeren Lösungsmitteln geöffnet wurden, um die Nieten von den Gewinnen zu sondern (vgl. Absatz 3 der Beschreibung).

2. Nach der Beschreibung des Klagegebrauchsmusters will der Anmelder einen derartigen Mißbrauch verhindern, indem er die unbefugte Behandlung der Lose erkennbar macht (vgl. Absatz 3 und 4 der Beschreibung). Dem Klagegebrauchsmuster liegt somit ersichtlich die Aufgabe zugrunde, es zu verhindern, daß jemand, ohne daß dies erkennbar wird, Einblick in das Losinnere nimmt, um die Gewinnlose von den Nieten zu sondern.

3. Zur Lösung dieser Aufgabe wird in der Beschreibung des Klagegebrauchsmusters vorgeschlagen, für Teile des Text- oder Werbeaufdrucks und der Leisten oder Einfassungslinien im Bereich der Verschlußteile eine besondere Druckfarbe zu verwenden, die die Eigenschaft hat, bei der Berührung mit organischen Lösungsmitteln, wie z.B. Benzin, auszubluten (vgl. Absatz 1 und 2 der Beschreibung). Beide Parteien tragen übereinstimmend vor, daß dem Durchschnittsfachmann derartige Druckfarben ohne weiteres zur Verfügung stehen.

4. Im Schutzanspruch ist Schutz beansprucht für ein verschlossenes Lotterielos, bei dem für Teile des Aufdrucks eine in allen organischen Lösungsmitteln lösliche Druckfarbe verwendet wird. Trotz des auf einen Verwendungsvorschlag hindeutenden Schutzanspruchs ist Gegenstand des Gebrauchsmusters das Lotterielos selbst. Es ist durch folgende Merkmale gekennzeichnet:

- a) es ist verschlossen, d.h. es hat keinen besonderen Umschlag,
- b) sein Aufdruck besteht aus Auslauffarbe, d.h. aus einer in allen organischen Lösungsmitteln löslichen Druckfarbe.

Für den Neuerungsvorschlag ist nicht der Aufdruck als Druckvorgang entscheidend, der als Verfahren dem Gebrauchsmusterschutz nicht zugänglich wäre (BGHZ 42, 248, 254 - Spannungsregler), sondern das Erzeugnis des Druckverfahrens, nämlich der mit Auslauffarbe erzeugte Aufdruck auf dem verschlossenen Los. Wie dieser Aufdruck im einzelnen auch gestaltet sein mag, er tritt immer in zwei Dimensionen in Erscheinung und er ist durch die Abmessungen der Losoberfläche hinreichend bestimmt, mag diese auch eine Vielfalt der Gestaltungsmöglichkeiten zulassen.

5. Ein verschlossenes Lotterielos ist ein Gebrauchsgegenstand im Sinne von § 1 GobrMG. Durch den Neuerungsvorschlag, die Wahl einer neuen Zusammensetzung des Farbaufdruckes, wird der Gebrauchszweck des Loses gefördert. Der Aufdruck mit der löslichen Druckfarbe verhindert den oben geschilderten Mißbrauch des Loses und erhöht damit die Sicherheit seines redlichen Vertriebs.

6. Das Berufungsgericht verneint in seiner Hauptbegründung die Schutzfähigkeit des Klagegebrauchsmusters, weil der Erfindungsgedanke, das Bedrucken des Loses mit einer

löslichen Farbe, nicht in einer neuen Raumform verkörpert sei. Die bestehende Raumform bleibe bei einer Verwendung einer andersartigen Farbe unverändert. Die Lose nach dem Gebrauchsmuster unterschieden sich auch weder äußerlich noch in ihrer inneren Struktur sinnlich wahrnehmbar von in einem anderen Verfahren hergestellten Losen. Das Auslaufen der Farbe trete als kennzeichnendes Merkmal erst bei der Benutzung organischer Lösungsmittel in Erscheinung.

7. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten der auf die Verletzung von § 1 GebrMG gestützten Rüge der Revision nicht stand. Nach § 1 GebrMG werden Gebrauchsgegenstände (und hier nicht in Betracht kommende Arbeitsgerätschaften) oder Teile davon insoweit als Gebrauchsmuster geschützt, als sie dem Gebrauchszweck durch eine (neue) Gestaltung oder Anordnung (oder eine hier nicht weiter interessierende Vorrichtung) dienen sollen. Der Neuerungsvorschlag - die (neue) Gestaltung oder Anordnung - muß räumlich-körperlicher Natur sein (BGHZ 42, 263, 283 - Verstärker). Dem Gebrauchsmusterschutz ist nur ein durch eine Raumform bestimmter Erfindungsgedanke zugänglich, d.h. ein Erfindungsgedanke, für den eine in einer hinreichend bestimmten Raumform verkörperte technische Gestaltung wesentlich ist (EGH aaO S. 286 unter Hinweis auf BGH GRUR 1957, 270, 271 - Unfall-Verhütungsschuh). Eine neue Gestaltung oder Anordnung in 2 Dimensionen auf einer ebenen Fläche eines 3-dimensionalen Gebrauchsgegenstandes ist ausreichend (RGZ 115, 128, 134; RG GRUR 1937, 1084, 1085 li. Sp.). Auch ein Stoffaustausch kann nach allgemeiner Auffassung selbst bei unveränderter äußerer Gestaltung gegenüber dem Stande der Technik die Schutzfähigkeit eines Gebrauchsmusters begründen (BGHZ 42, 263, 273 - Verstärker; BPatGerE 8, 184, 186). Der Neuerungsvorschlag, der in der Wahl eines anderen Stoffes für einen Gebrauchsgegenstand oder für Teile davon besteht, braucht darüber hinaus nicht noch eine neue räumliche Ge-

gestaltung des Gebrauchsgegenstandes zu beanspruchen. Es genügt, wenn der gewerbliche Vorteil, den das Modell bietet, eine beabsichtigte Folge der Verwendung gerade dieses Stoffes ist (RGZ 41, 37, 40; vgl. auch RGZ 84, 65, 67; 86, 226, 227). Deshalb kann die Wahl einer neuen Zusammensetzung des Farbaufdruckes auf einem Teil eines Gebrauchsgegenstandes jedenfalls dann dem Gebrauchsmusterschutz zugänglich sein, wenn - wie hier - durch sie ein technischer Effekt und eine technische Förderung des Gebrauchszwecks eines Gebrauchsgegenstandes eintritt. Die Wahl der Zusammensetzung des Farbaufdruckes ist ein technisches Mittel, durch das eine technische Wirkung erzielt wird, um das verschlossene Los gegen einen Mißbrauch zu sichern, weil nämlich eine Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes der Losoberfläche eintritt, wenn das Los in der oben geschilderten Weise mißbraucht wird. Damit genügt der Neuerungsvorschlag zugleich dem Erfordernis der technischen Gestaltung (vgl. BGH GRUR 1958, 602, 603 - Wettschein). Nach der Rechtsprechung ist es nicht erforderlich, daß der für einen Gebrauchsgegenstand neu gewählte Stoff beim Gebrauch mit dem bloßen Auge wahrnehmbar in Erscheinung tritt. Es genügt, daß er mit wissenschaftlichen Untersuchungs- und Erkenntnismethoden zu erkennen ist (RGZ 128, 205, 210), ja sogar, daß er den Gebrauchszweck fördert und die durch seine Verwendung erstrebten Vorteile sinnlich wahrnehmbar in Erscheinung treten (RG GRUR 1937, 556, 558 r. Sp.). Das Vorhandensein der löslichen Druckfarbe kann bei einer Behandlung des Loses mit organischen Lösungsmitteln festgestellt werden. Daß das Los bei dieser Feststellung unbrauchbar wird, ist unschädlich (RGZ 128, 205, 209 f). Der Gegenstand des Klagegebrauchsmusters ist demnach seinem Wesen nach dem Gebrauchsmusterschutz zugänglich. Das angefochtene Urteil kann deshalb mit der Hauptbegründung keinen Bestand haben.

III. Auch die Hilfsbegründung trägt die Entscheidung

nicht.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, das Klagegebrauchsmuster habe keine Bereicherung der Technik gebracht. Umschlaglose Lotterielose einerseits und die Verwendung von Auslauffarbe zur Sicherung von Wertpapieren andererseits seien längst bekannt. Da Lose zu den Wertpapieren zählten, erweitere das Klagegebrauchsmuster die Technik nicht, sondern konkretisiere nur die vorbekannte Verwendbarkeit von Auslauffarben für die Sicherung von Wertpapieren. Da es sich beim Klagegebrauchsmuster nur um einen neuen Anwendungsvorschlag oder um ein neues Herstellungsverfahren für die gleiche Raumform handele, könne der technische Fortschritt nicht damit begründet werden, daß die mustergemäßen Lose einfacher, billiger, wirtschaftlicher und betriebssicherer seien als andere Lose.

2. Das Berufungsgericht führt weiter aus, an die Erfindungshöhe eines Gebrauchsmusters seien zwar im allgemeinen nur geringe Anforderungen zu stellen. Es meint jedoch einen strengeren Maßstab anlegen zu müssen, weil beim Klagegebrauchsmuster lediglich eine Stoffvertauschung vorgenommen worden sei. Es verneint die Erfindungshöhe abschließend mit der Erwägung, der Vorschlag, Auslauffarbe zur Herstellung von Losen zu benutzen, stelle eine bloße handwerkliche Leistung dar.

3. Das Berufungsgericht hat das Wesen der Prüfung auf technischen Fortschritt verkannt. Seine Ausführungen zur Erfindungshöhe reichen nicht aus, um diese zu verneinen.

a) Bei der Prüfung des technischen Fortschritts ist es unerläßlich, den Gegenstand des Gebrauchsmusters nach Aufgabe und Lösung zu ermitteln. Dieser ist einzeln mit den vorbekannten Lösungen desselben technischen Problems zu

vergleichen, um festzustellen, ob er demgegenüber Vorteile bringt. Das Berufungsgericht hat weder die Aufgabe und die Lösung ermittelt, noch die vergleichende Untersuchung vorgenommen. Zudem hat es verkannt, daß ein mit Auslauffarbe bedrucktes verschlossenes Los unstreitig betriebssicherer ist als ein solches nicht mit löslicher Farbe bedrucktes Los, weil letzteres Manipulationen nicht erkennen läßt. Gegenüber dem herkömmlichen Los mit Umschlag könnte es bei gleicher Betriebssicherheit in der Herstellung und Handhabung einfacher, billiger und wirtschaftlicher sein, wie der Kläger vorgetragen hat.

b) Zur Frage der Erfindungshöhe kann dem Berufungsgericht schon im Ausgangspunkt nicht beigetreten werden. Die Bewertung des Neuerungsvorschlages nach dem Klagegebrauchsmuster als bloße Stoffvertauschung verkennt dessen Aufgabe und Lösung, die oben bei II 2 und 3 dargestellt worden sind. Außerdem macht das angefochtene Urteil nicht ersichtlich, durch welche Schritte sich der Gegenstand des Klagegebrauchsmusters vom Stande der Technik abhebt. Nach dem Vortrag des Klägers soll mit der Verwendung von Auslauffarbe zur Sicherung von Wertpapieren ein mit der Sicherung von verschlossenen Losen nicht vergleichbarer Zweck verfolgt worden sein. Die schuldrechtliche Gleichstellung von Wertpapieren und Losen gibt für die Frage der Schutzfähigkeit des Klagegebrauchsmusters nichts her. Das angefochtene Urteil geht auch nicht auf die vom Kläger vorgetragenen Umstände ein, die, wie beispielsweise das seit langem bestehende unbefriedigte Bedürfnis nach mustergemäßen Losen, wertvolle Anhaltspunkte für das Vorliegen einer erfinderischen Leistung liefern können. Die abschließende Bewertung durch das Berufungsgericht, der Neuerungsvorschlag stelle eine bloße handwerkliche Leistung dar, trägt die Verneinung der Erfindungshöhe deshalb nicht.

29

IV. Da noch weitere tatsächliche Feststellungen erforderlich sind, war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das sich gegebenenfalls auch mit der Frage des Vorbenutzungsrechts der Beklagten und mit deren Arglisteinwand zu befassen haben wird.

Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen.

Spreng

Löschner

Schneider

Ballhaus

Bruchhausen