

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 36/73

URTEIL

Verkündet am
8. April 1976
K r i e g l
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma O [REDACTED] L [REDACTED], [REDACTED] North B [REDACTED]
Boulevard, San M [REDACTED], K [REDACTED] (Vereinigte Staaten
von Amerika), Aktiengesellschaft kalifornischen Rechts,
gesetzlich vertreten durch ihren Präsidenten
William F [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Walter S [REDACTED], Kunststoff-Spritzgußwerk,
R [REDACTED], Post Bi [REDACTED], Bezirk Kö [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]
und [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. April 1976 durch den Vorsitzenden Richter Trüstedt und die Richter Ballhaus, Bendler, Dr. Windisch und Dr. Hesse

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Bayerischen Oberlandesgerichts München vom 26. April 1973 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin war Inhaberin des am 5. April 1969 angemeldeten Gebrauchsmusters 6 913 778, das eine Pipettiervorrichtung betrifft. Sie nahm für ihre Anmeldung die Priorität einer Patentanmeldung vom 16. August 1968 in den Vereinigten Staaten von Amerika in Anspruch. Das Gebrauchsmuster wurde am 9. September 1971 eingetragen. Es ist nach Verlängerung seiner Schutzdauer mit Ablauf des 5. April 1975 erloschen. Die eingetragenen Schutzansprüche lauten:

- "1. Vorrichtung zum Übertragen abgemessener, kleiner Mengen insbesondere steriler und/oder gesundheitsschädlicher Flüssigkeiten, bestehend aus einer Kolbenpipette aus einem zylindrischen Hohlkörper mit einem im wesentlichen flachen, oberen Ende und einem kegelstumpfförmigen, mit

- 3 -

einer Öffnung versehenen, unteren Teil, einem darin bewegbaren Kolben, der in das kegelstumpfförmige Ende hineinreicht, dessen oberes Ende durch den Oberteil des Hohlkörpers hinausführt, einem am oberen Ende des Kolbens außerhalb des Hohlkörpers befestigten Knopf, einer relativ schwachen Primär-Druckfeder, die um einen Teil des Kolbens herum im Hohlkörper angeordnet ist, einer relativ steifen Sekundär-Druckfeder, die oberhalb der Primär-Druckfeder um einen Teil des Kolbens herum im Hohlkörper eingesetzt ist, und einer auf dem unteren Teil aufgesetzten Einsatzspitze, dadurch gekennzeichnet, daß eine Kalibrierhaube im Hohlkörper an seinem oberen Ende eingebaut ist, in der ein am Kolben befestigter Kalibrierkragen bewegbar ist, der im Ruhestand am oberen Ende der Innenseite des Hohlkörpers anliegt, ein Nullring den Kolben innerhalb des unteren Teils dicht umgibt, ein Nullringhalter an einer Seite am Nullring und an der anderen Seite an der Primär-Druckfeder anliegt, eine Haltehülse im Hohlkörper auf dem Nullringhalter aufsitzt, die Primär-Druckfeder umgibt und führt und am anderen Ende die Sekundär-Druckfeder aufnimmt, der untere Teil eine Ringschulter aufweist, auf die nach unten ein ringförmiger Absatz folgt, an den sich ein kegelstumpfförmiges Ende anschließt, auf das die lösbare Einsatzspitze kraftschlüssig aufgesteckt ist, und das Kolbenende nach Zurücklegen des Überwegs mit dem kegelstumpfförmigen Ende im wesentlichen abschließt.

2. Vorrichtung nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß die Einsatzspitze mit rippenartigen Vorsprüngen mit Anschlagschultern versehen ist, ein Instrumenten- und Spitzen-Halter einen nach unten weisenden Flansch aufweist, der auf die Oberseite eines Kastens paßt, und der nach unten weisende Aufnahmen für die Spitzen und Halterungen für Pipetten aufweist.
3. Vorrichtung nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß ein Spitzenabziehgerät einen flachen, rechteckigen Deckelteil aufweist, der mit einem nach unten weisenden Umfangsflansch auf drei Seiten versehen ist, der an der äußeren, oberen Kante an drei Seiten eines Kastens anliegt, während die vierte Seite des Deckelteils einen Abstand von



der vierten Seite des Kastens hält, daß der Deckelteil an der vierten Seite einen Innenflansch trägt, der einen gewissen Abstand vom Flansch hält und in der Mitte eine Einkrümmung nach einwärts aufweist, die einen Querschlitze umgibt, der in seiner Breite dem ringförmigen Ansatz entspricht.

4. Vorrichtung nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß die Einsatzspitze entsprechend ihrem Volumen verschiedene Färbungen besitzt.

Die Klägerin stellt Pipettiervorrichtungen und deren Einzelteile, insbesondere Einsatzspitzen, her, die den Ansprüchen ihres Gebrauchsmusters entsprechen, und vertreibt sie. Sie bringt ihre Pipettiervorrichtungen unter der Bezeichnung "Oxford-Sampler" in den Verkehr.

Die Beklagte befaßt sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Einmal-Pipettenspitzen, die in ihrer Form den Einsatzspitzen der Klägerin entsprechen. Diese Spitzen passen auf die Pipettiervorrichtungen der Klägerin; sie können auch zusammen mit einer Pipettiervorrichtung verwendet werden, die von der Firma E-Gerätebau, N & H GmbH in Ha hergestellt und in den Verkehr gebracht wird. Die Beklagte hat ihre Pipettenspitzen vorübergehend mit dem Hinweis "für Oxford-Pipette" feilgehalten und vertrieben. Sie hat der Klägerin jedoch unter dem 26. März 1971 zugesichert, sie werde dafür Sorge tragen, daß sich dies nicht wiederhole.

Die Klägerin erblickt in der Herstellung und dem Vertrieb der Pipettenspitzen eine Gebrauchsmusterverletzung und einen Wettbewerbsverstoß. Sie macht einen Elementenschutz geltend für eine Einmal-Pipettenspitze, die in ihrer Form den in den Schutzansprüchen genannten

Merkmale entspricht. Die Pipettenspitze sei darüber hinaus der gesamten erfindungsgemäßen Pipettiervorrichtung erfindungsfunktionell angepaßt. In wettbewerbsrechtlicher Beziehung sieht die Klägerin in den Handlungen der Beklagten die verbotene Aneignung und Ausbeutung eines fremden Leistungsergebnisses und eine über die Herkunft täuschende sklavische Nachahmung. Die Klägerin hat beantragt, der Beklagten Herstellung, Feilhalten und Vertrieb der nach einmaligem Gebrauch wegwerfbaren, chemisch resistenten und nicht benetzbaren kegelförmigen, auf das kegelstumpfförmige untere Pipettenende kraftschlüssig und lösbar aufsetzbaren, nach ihrem Volumen unterschiedlich gefärbten Einsatzspitzen mit unten als Anschlagschultern ausgebildeten, auf einem Spitzenhalter abstützbaren Rippen auf ihrer Außenseite zu verbieten, insbesondere wenn dies mit dem Vermerk "für Oxford-Pipette" geschehe und wenn die Einsatzspitzen für 10 - 200 µl aus naturfarbenem Polypropylen hergestellt seien, sowie die Beklagte zur Auskunfterteilung über diese Handlungen zu verurteilen und festzustellen, daß sie für die Zeit seit dem 1. April 1971 zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet sei.

Die Beklagte hat Klagabweisung begehrt. Sie hat sich gegenüber dem Vorwurf der Gebrauchsmusterverletzung auf Schutzunfähigkeit des Gebrauchsmusters mangels einer einheitlichen Raumform und auf neuheitsschädliche Vorwegnahme der Pipettenspitze durch den Stand der Technik berufen. Dem Vorwurf des Verstoßes gegen die Regeln des lautereren Wettbewerbs ist die Beklagte mit dem Hinweis entgegengetreten, die Form der Pipettenspitzen werde nicht als Herkunftshinweis verstanden; die Herstellung

- 6 -

und der Vertrieb von Ersatz- und Zusatzwaren seien gestattet.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme der Klage, ohne die Frage der Gebrauchsmusterverletzung zu erörtern, aus dem rechtlichen Gesichtspunkt des sogenannten "Einhängens in eine fremde Serie" wegen Wettbewerbsverstoßes stattgegeben. Es hat jedoch der Beklagten auf deren Hilfsantrag gestattet, die Namen und Anschriften ihrer Abnehmer und Angebotsempfänger nur einem gegenüber der Klägerin zur Verschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfer mitzuteilen, sofern sie dessen Kostentrage und ihn ermächtige, der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, ob bestimmte Lieferungen in der Rechnung enthalten seien.

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

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des Urteils des ersten Rechtszuges. Sie weist zusätzlich darauf hin, daß ihre Patentanmeldung vom 5. April 1969, die inhaltlich dem unterdessen abgelaufenen Gebrauchsmuster entspreche, am 23. April 1970 offengelegt und am 8. November 1973 ausgelegt worden sei. Diese veränderte Schutzrechtslage habe das Revisionsgericht zu beachten.

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision bleibt erfolglos.

I. Die Klägerin leitet erstmals im Revisionsrechtszuge Ansprüche aus ihrer - nach ihrer Behauptung dem Klagegebrauchsmuster inhaltlich entsprechenden - Patentanmeldung 1 917 491 her. Dieser Versuch muß jedoch scheitern.

1. Die Patentanmeldung ist schon vor der Erhebung der Klage offengelegt worden. Die Klägerin hat aber einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Entschädigung nach § 24 Abs. 5 PatG in den Tatsacheninstanzen nicht geltend gemacht. Sie ist rechtlich daran gehindert, diese Forderung erstmals im Revisionsrechtszuge zu erheben.

2. Der Klägerin ist es aber auch verwehrt, ihre Ansprüche, die sie in den Vorinstanzen mit der angeblichen Verletzung ihres Gebrauchsmusters begründet hat, nunmehr auf ihre Patentanmeldung zu stützen, nachdem diese nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht bekannt gemacht worden ist. Die Klägerin meint zu Unrecht, die Bekanntmachung der Patentanmeldung habe eine neue Schutzrechtslage geschaffen, die auch im Revisionsrechtszuge zu beachten sei. Es trifft zwar zu, daß der Senat Änderungen der Schutzrechtslage, auch wenn sie nach dem Abschluß der Tatsacheninstanz eingetreten sind, berücksichtigt hat. Das ist indessen nur dann geschehen, wenn die Änderung dasjenige Schutzrecht betroffen hat, aus dessen Ver-

letzung Ansprüche hergeleitet worden sind. Dagegen ist die Berücksichtigung der Änderung der Schutzrechtslage, soweit sie das Schutzrecht, welches die Grundlage der Klageforderung bildet, nicht betraf, abgelehnt worden (BGH GRUR 1964, 221, 222 - Rolladen). An dieser Auffassung wird festgehalten. Bei der Patentauslegeschrift handelt es sich um neues tatsächliches Material, dessen Einführung in den Rechtsstreit die Klagegrundlage wesentlich verändern oder beeinflussen könnte. Ein nach dem Abschluß der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz neu erteiltes Schutzrecht kann daher zur Erweiterung oder Ersetzung der bisherigen Klagegrundlage nicht herangezogen werden (§ 561 ZPO).

II. 1. Das Berufungsgericht hat eine Gebrauchsmusterverletzung verneint.

a) Es hat ausgeführt: Gegenstand der Erfindung, auf die sich das Schutzbegehren beziehe, sei eine Pipettiervorrichtung. Die Beklagte mache aber nur von einem Teile derselben, nämlich der Einsatzspitze, Gebrauch. Eine gegenständliche Verletzung des Gebrauchsmusters komme demnach nicht in Betracht. Diese Auffassung, gegen die die Revision nichts einwendet, ist zu billigen.

b) Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt, die Klägerin könne für die Einsatzspitze keinen Elementenschutz beanspruchen. Bedenken bestünden bereits gegen die Neuheit der Einsatzspitze, denn Schultern wie auch Rippen an Pipettenspitzen seien vorbekannt

gewesen. Jedenfalls ermangele die besondere Ausbildung und Anordnung der Rippen auf der Außenseite der Spitzen der auch für die Gewährung eines Gebrauchsmusterschutzes erforderlichen Erfindungshöhe. Aus dem Unteranspruch 4 - der die unterschiedliche Färbung der Einsatzspitzen je nach Volumen zum Inhalt hat - könne ebenso wenig ein Elementenschutz hergeleitet werden, da er keine Raumform zum Gegenstand habe und zudem nicht erfindetrisch sei.

c) Die von der Beklagten vertriebenen Einsatzspitzen verletzen das Gebrauchsmuster auch nicht als erfindungsfunktionell individualisierte Teile. Denn die Spitzen stünden nicht in unmittelbarer Beziehung zu dem Erfindungsgegenstand, da sie auch für Pipettiervorrichtungen der Firma E [REDACTED]-Apparatebau benutzt werden könnten.

2. Die Revision beanstandet dies.

a) Das Berufungsgericht habe, so führt sie aus, die Erfindung nicht nach Aufgabe und Lösung geprüft und deshalb die Bedeutung verkannt, die den Einsatzspitzen zukomme. Ein wesentlicher Teil der Erfindungsaufgabe bestehe darin, eine Pipettiervorrichtung zu schaffen, bei der eine Berührung der Einsatzspitzen mit der Hand vermieden werde. Die Lösung dieser Teilaufgabe bestehe in der speziellen Ausbildung der Spitzen mit Rippen, die an ihrem unteren Ende als Schultern ausgebildet seien, so daß eine berührungsfreie Entnahme aus der Haltevorrichtung ermöglicht werde. Wenn auch diese Lösung erst durch den Schutzanspruch 2 beschrieben werde, so erkenne der Fachmann doch unschwer, daß die Schaffung

einer jede Handberührung überflüssig machenden Pipettier Vorrichtung der Hauptzweck der Erfindung sei und daß die Gestaltung der Pipettenspitzen hierbei besonders wesentlich sei. - Das Berufungsurteil habe das Vorbringen der Klägerin, die Gebrauchsmusterschrift biete erstmals eine Lösung der genannten Aufgabe, nicht berücksichtigt. Dieser Umstand begründe regelmäßig einen besonders starken Schutz derjenigen Elemente, die den Kern des Erfindungsgedankens ausmachen. - Die von der Revision vertretene Auffassung werde durch die Bekanntmachung der inhaltsgleichen Patentanmeldung bekräftigt. Denn die schulterförmig ausgebildeten Rippen seien als ein kennzeichnendes Merkmal in den Anspruch 1 der Patentanmeldung aufgenommen; in der Beschreibung werde auf die besonderen Vorzüge hingewiesen, die die Ausbildung der Pipettenspitzen für die Lösung der Aufgabe, jede Handberührung zu vermeiden, besitze. - Das Berufungsgericht habe nicht nur die Bedeutung, sondern auch den erfinderischen Gehalt der vorgeschlagenen Maßnahme verkannt. Es habe den Stand der Technik unzutreffend gewürdigt: Die Entgegenhaltungen lösten nicht die erfindungsgemäße Aufgabe. Soweit vorbeschriebene Pipettenspitzen Rippen aufwiesen, dienten diese anderen Zwecken. - Unrichtig sei auch die Auffassung des angefochtenen Urteils, die in dem Unteranspruch 4 vorgeschlagene Einfärbung der Spitzen zur Kenntlichmachung des Volumens stelle keinen Raumformgedanken dar. Soweit das Berufungsgericht die Erfindungshöhe verneine, lasse es außer Acht, daß die Klägerin dieses Merkmal nur als einen Teil der erfindungsgemäßen Ausbildung der Spitzen ansehe.

b) Das Berufungsgericht, so rügt die Revision weiter, habe verkannt, daß die Brauchbarkeit der von der Beklagten benutzten Spitzen für Pipettiervorrichtungen der Firma E [REDACTED] Apparatebau auf der für den Erfindungsgedanken ganz unwesentlichen Ausbildung der Spitzenöffnung beruhe, mit der Anordnung und Ausbildung der Rippen aber nichts zu tun habe. Nur darin sei die erfindungsfunktionelle Anpassung der Spitzen zu sehen. Durch diese Besonderheit würden ihre erfindungsgemäßen Spitzen aus der Masse vergleichbarer Erzeugnisse herausgehoben.

3. Entgegen der Auffassung der Revision lassen die Ausführungen des Berufungsgerichts keinen Rechtsfehler erkennen.

a) Das Berufungsgericht hat zu Recht die Zuerkennung eines selbständigen Schutzes für den Gegenstand des die Ausbildung der Einsatzspitze betreffenden Teils des Anspruchs 2 des Klagegebrauchsmusters abgelehnt.

aa) Die Unterlagen der Gebrauchsmusteranmeldung lassen aus der Schilderung der Nachteile vorbekannter Pipettiervorrichtungen schließen, daß die erfindungsgemäße Raumform nebeneinander drei Aufgaben lösen soll, nämlich die ausreichend genaue Reproduzierbarkeit der auszuteilenden Flüssigkeitsmengen zu gewährleisten, den Aufbau der Vorrichtung zu vereinfachen und die Verunreinigungsgefahr, die von der manuellen Behandlung der Einsatzspitzen droht, zu beseitigen. Der Klägerin ist zuzugeben, daß die Anordnung von Rippen auf den Einsatzspitzen

mit schulterförmigem unterem Ende eines der mehreren zusammenwirkenden Mittel ist, um die zuletzt genannte Aufgabe zu lösen. Die Wesentlichkeit dieses Elements für die selbständige Lösung dieser Aufgabe ist auch in den Gebrauchsmusterunterlagen für den Durchschnittsfachmann ausreichend offenbart.

bb) Das Berufungsgericht hat aber zu Recht bereits Bedenken gegen die Neuheit der schulterförmig ausgebildeten Rippen erhoben. Die DDR-Patentschrift 50 016 offenbart zwar keine Rippen, die schulterförmig enden und eine Abstützung nach der Art des Klagegebrauchsmusters ermöglichen. Die auf den Einsatzspitzen der dort beschriebenen Pipettiervorrichtung angeordneten Rippen, die der Versteifung im Bereich der Sitzfläche dienen (aaO Sp. 4 Z. 53/54 und Sp. 6 Z. 10-12), können sich, wie es in der Patentbeschreibung heißt, zur Spitze hin verjüngen (Sp. 4 Z. 53). Nach dem Wortlaut der Beschreibung ist zwar eine andere Ausbildung der Rippen nicht ausgeschlossen; jedoch vermag der Durchschnittsfachmann der Patentschrift nicht die Lehre zu entnehmen, sie gegebenenfalls auch schulterförmig enden zu lassen, da eine andere Zweckbestimmung als die des Versteifens der Pipettenspitze - wie die zusätzlich genannte "Erleichterung der Handhabung" durch die Anordnung der Rippen gefördert werden soll, ist nicht näher dargelegt - nicht erwähnt ist und auch die Beschreibung des Ausführungsbeispiels und die Zeichnung lediglich Stege offenbaren, die sich zur Spitze hin verjüngen und verschwinden (Sp. 6 Z. 8/9; Figur 2).

Dagegen beschreibt die US-Patentschrift 3 244 009 eine Pipettenspitze, die eine Reihe von Rippen aufweist (Sp. 5 Z. 51/52); diese Rippen enden auf ihrer unteren Seite, wie den Figuren 1 und 9 zu entnehmen ist, in leicht abgerundeten Schultern. Diese Schultern dienen zwar nach der Patentbeschreibung nicht dazu, die Spitze bei der Aufbewahrung und der Entnahme gegen die Öffnung einer Haltevorrichtung abzustützen (vgl. Sp. 5 Z. 51-53). Sie erscheinen jedoch geeignet, diesen Zweck zu erfüllen. Gegenüber der Pipettenspitze nach der US-Patentschrift offenbart demnach das Klagegebrauchsmuster keine neue Raumform, sondern lehrt allenfalls eine neue Brauchbarkeit für eine bereits vorbeschriebene Raumform. Die angebliche Neuerung betrifft danach nicht eine dem Gebrauchsmusterschutz allein zugängliche Vorrichtung, sondern ein Arbeitsverfahren, welches durch ein Gebrauchsmuster nicht schützbar ist. Der Hinweis der Klägerin, die von ihr vorgeschlagenen Pipettenspitzen lösten die erwähnte Teilaufgabe erstmalig, geht daher ins Leere. Angesichts dieser Vorveröffentlichung durfte das Berufungsgericht von der Aufklärung der streitigen Behauptung der Beklagten absehen, eine Werbeschrift der Firma E--Gerätebau (Anlage B 12) mit bildlichen Darstellungen einer Pipettenspitze sei vor dem Prioritätstage des Klagegebrauchsmusters veröffentlicht worden.

Soweit sich die Klägerin zusätzlich darauf beruft, daß die Beklagte auch die in Anspruch 4 des Klageschutzrechts vorgeschlagene Färbung der Pipettenspitzen zur Kenntlichmachung ihres Rauminhalts benutze, ist darauf hinzuweisen, daß die durch diesen Vorschlag gelöste Aufgabe, verschieden dimensionierte Spitzen unterscheidbar

zu machen, in keinem Zusammenhang steht mit der Aufgabe, eine manuelle Berührung der Spitzen und damit deren Verunreinigung zu vermeiden, und daß daher der Kombination der beiden Merkmale - schulterförmige Rippen und Färbung der Spitzen - ein einheitlicher Erfindungsgedanke nicht zugeordnet werden kann. Es kann deshalb auf sich beruhen, ob der Vorschlag, eine Sache in bestimmter Weise einzufärben, überhaupt einen Raumformgedanken enthält.

cc) Eine abweichende Beurteilung kann die Klägerin auch nicht daraus herleiten, daß das Patentamt nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht die Bekanntmachung ihrer bereits erwähnten Patentanmeldung beschlossen hat. Wie schon dargelegt, ist die Auslegeschrift 1 917 491 neues Tatsachenmaterial. Ebenso wenig, wie sie als neue Klagegrundlage in den Rechtsstreit eingeführt werden kann, ist ihre erstmalige Einführung in der Revisionsinstanz zur Auslegung des Klagegebrauchsmusters zulässig.

b) Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht eine mittelbare Patentverletzung durch Herstellung und Vertrieb angepaßter oder erfindungsfunktionell individualisierter Teile verneint.

aa) Diese Beurteilung läßt sich freilich nicht einfach auf die Erwägung stützen, daß die angegriffenen Pipettenspitzen auch mit Pipettiervorrichtungen der Firma E [REDACTED]-Apparatebau verwendet werden könnten und schon deshalb der individuellen Anpassung an den Erfindungsgegenstand entbehrten. Die Frage, ob eine bestimmte Pipet-

tenspitze auf eine bestimmte Pipettiervorrichtung aufgesetzt und mit dieser verwendet werden kann, beantwortet in erster Linie die Dimensionierung des Aufsteckendes der Vorrichtung und der Spitzenöffnung. Pipettenspitzen, deren Öffnungen auf das Aufsteckende der Pipettiervorrichtung abgestimmt sind, lassen sich unterschiedslos mit diesen verwenden, ohne Rücksicht darauf, ob die Spitzen die von der Klägerin beanspruchte Besonderheit der Abstützschultern aufweisen oder nicht. Ob die von der Klägerin behauptete erfindungsfunktionelle Anpassung zu bejahen ist, kann sich deshalb nicht allein nach der Verwendbarkeit der Spitzen hinsichtlich der Dimensionierung ihrer Öffnungen richten; es ist vielmehr auf ihr Zusammenwirken mit den übrigen Vorrichtungsteilen abzustellen, mit denen gemeinsam die Ausbildung der Rippen die oben beschriebene Aufgabe löst, durch Vermeidung manueller Berührung Verschmutzungen entgegenzuwirken. Das Merkmal der schulterförmigen Rippen auf der Außenseite der Einsatzspitzen hat aber keinerlei Beziehung zu deren Verwendbarkeit mit Pipettiervorrichtungen der Firma E [REDACTED]-Apparatebau. Die Rippen wirken erfindungsgemäß mit den Ausnehmungen in dem Vorratsbehälter für Einsatzspitzen zusammen, indem sie ein Durchrutschen ebenso vermeiden wie ein Einklemmen bei der Entnahme. In dieser Hinsicht haben die angegriffenen Spitzen eine unmittelbare Beziehung zu dem Erfindungsgedanken.

bb) Gleichwohl kann aber von einer erfindungsfunktionellen Individualisierung im Sinne der Rechtsprechung des Senats (vgl. vor allem BGH GRUR 1971, 78, 80 - Diarrähmchen V m.w.N.) keine Rede sein. Diese setzt nämlich

nicht nur eine unmittelbare Beziehung zu dem Erfindungsgedanken voraus, sondern auch, daß das angepaßte Teil, mag es auch selbst nicht erfinderisch sein, doch in seiner erfindungsfunktionellen Gestalt sonst nicht vorkommt (vgl. RGZ 111, 350, 353; BGH GRUR 1959, 232, 234 - Förderrinne). Es kann aber nicht festgestellt werden, daß die von den Beklagten gelieferten Spitzen trotz ihrer erfindungsgemäßen Anpassung an die geschützte Vorrichtung in diesem Sinne hinreichend aus der Zahl anderer vergleichbarer Einzelteile hervorgehoben sind. Auch die in der US-Patentschrift 3 244 009 vorgeschlagenen Einsatzspitzen sind mit schulterförmigen Stegen oder Rippen versehen, die eine Verwendung in der erfindungsgemäßen Kombination gestatten. Es ist nicht auszuschließen, daß Einsatzspitzen dieser Art schon lange vor dem Prioritätstage des Gebrauchsmusters hergestellt und vertrieben worden sind. Jedenfalls hat die für die Voraussetzungen des Rechtsschutzes behauptungs- und beweispflichtige Klägerin nicht vorgetragen, bei den in der US-Patentschrift vorgeschlagenen Spitzen handle es sich bloß um sogenannten papierenen Stand der Technik.

III. 1. Das Berufungsgericht hat auch einen Wettbewerbsverstoß verneint.

a) Eine wettbewerbswidrige unmittelbare Übernahme der Einsatzspitzen der Klägerin habe diese nicht hinreichend substantiiert, denn die Klägerin habe nicht dargelegt, wie die unmittelbare Benutzung ihrer Einsatzspitzen als Werkzeug für die Herstellung der Formen der Beklagten konkret geschehen sein solle.

b) Besondere Umstände, die einen sklavischen Nachbau als wettbewerbswidrig erscheinen lassen könnten, sind nach der Auffassung des Berufungsgerichts nicht ersichtlich. Sie könnten nicht darin gesehen werden, daß die Beklagte die Spitzen in Farbe und Form denen der Klägerin angeglichen habe, denn die Form werde durch den Verwendungszweck weitgehend bestimmt. Eine Herkunftstäuschung, zu deren Unterlassung die Beklagte nach § 3 UWG verpflichtet sei, könne nicht angenommen werden, weil die Klägerin lediglich dargelegt habe, daß Farbe und Form ihrer Spitzen geeignet seien, als Herkunftshinweis zu dienen, aber nicht, daß die Verkehrsbeteiligten sie auch tatsächlich so verstünden. Es werde auch nichts dafür vorgetragen, daß die Käufer der Spitzen mit den Erzeugnissen der Klägerin eine Qualitätsvorstellung verbänden, die sie in ihren Kaufentschlüssen beeinflusse, und daß den Einsatzspitzen der Beklagten eine vergleichbare Gütevorstellung nicht zukomme.

c) Die Beklagte, so hat das Berufungsgericht weiter ausgeführt, habe kein fremdes Leistungsergebnis planmäßig ausgebeutet, da sie nicht zielstrebig eine Vielzahl fremder Erzeugnisse oder deren Formen übernommen habe.

d) Schließlich stelle das Verhalten der Beklagten keine unzulässige Ausnutzung eines durch die Klägerin geschaffenen fortgesetzten Bedarfs dar. Die Beklagte mache sich kein gedankliches System eines weiteren Ausbaus einer Serie zu nutze. Durch ihre Erzeugnisse werde der Gebrauchszweck der von der Klägerin gelieferten Vor-

richtungen nicht erweitert, sondern lediglich erhalten. Die Beklagte liefere nur ein Verschleißteil, und die Lieferung solcher Ersatzteile, die selbst keinen Individualschutz genießen, dürfe nicht auf dem Wege über ein wettbewerbliches Verbot monopolisiert werden. Das gelte auch dann, wenn die Klägerin ihren wettbewerblichen Erfolg noch nicht mit der Erstlieferung der vollständigen Vorrichtung erzielt hätte.

e) Die Beklagte dürfe bei ihren Angeboten auch darauf hinweisen, daß die Spitzen "für Oxford-Pipetten" bestimmt seien. Denn wenn es ihr schon erlaubt sei, den Ersatzbedarf zu befriedigen, dann müsse sie auch darlegen dürfen, um welchen Bedarf es sich handle. Daß sich die Beklagte dabei den guten Ruf der Klägerin zunutze mache, sei von dieser nicht ausreichend dargelegt worden.

2. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe auch bei seinen wettbewerbsrechtlichen Betrachtungen verkannt, daß die Klägerin Schutz für Merkmale begehre, die zugleich ihre Erfindung kennzeichneten. Die Möglichkeit, einen Sonderschutz zu erlangen, schließe das gleichzeitige Bestehen wettbewerbsrechtlicher Ansprüche nicht aus, jedenfalls für die Zeit, zu der ein solcher Sonderschutz nicht bestanden habe. - Das Berufungsgericht habe verkannt, daß die Beklagte, wie in dem vom I b-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschiedenen Fall "Klemmbausteine" (BGHZ 41, 55), durch die Lieferung der Einsatzspitzen einen fortgesetzten Bedarf decke, der erst durch die gedankliche erfinderische Leistung der Klägerin geweckt worden sei. Durch die Vorteile der Erfindung sei ein Anreiz geboten, gerade solche Pipetten-

spitzen nachzubeziehen. - Das Berufungsgericht habe ferner verkannt, daß wegen der genauen Übereinstimmung der angegriffenen Einsatzspitzen mit den von der Klägerin gelieferten schon ein - von der Beklagten zu entkräftender - Anschein dafür spreche, daß die Beklagte das Erzeugnis der Klägerin bei der Herstellung der Formen für ihre Fertigung unmittelbar benutzt habe; es habe daher zu Unrecht eine nähere Substantiierung des Vorbringens der Klägerin vermißt. - Fehlsam sei auch die Annahme, die Anpreisung "für Oxford-Pipette" sei als Angabe des Verwendungszwecks wettbewerblich nicht zu beanstanden, denn die Beklagte habe damit - da ihre Spitzen auch auf Vorrichtungen der Firma E[REDACTED]-Apparatebau paßten, willkürlich - einen von mehreren Mitbewerbern herausgegriffen. - Schließlich habe das Berufungsgericht zu Unrecht eine Irreführung des Publikums verneint. Die besondere Ausgestaltung der nachgeahmten Pipettenspitzen werde von einem nicht unerheblichen Teil beteiligter Verkehrskreise mindestens als ein Hinweis auf das Bestehen einer Beziehung zwischen den Parteien verstanden. Da die Klägerin und die Firma E[REDACTED]-Apparatebau die bedeutendsten Hersteller von Pipettiervorrichtungen seien, wiesen die Merkmale der beanstandeten Einsatzspitzen unzweideutig auf die Klägerin als deren Herstellerin. Infolge der die Spitzen kennzeichnenden Besonderheit und Einmaligkeit werde auch bei den beteiligten Verkehrskreisen eine besondere Gütevorstellung erweckt.

3. Die Angriffe der Revision erweisen sich als ungerechtfertigt.

a) Selbst die maßstabgetreue Nachahmung einer fremden, nicht unter Sonderschutz stehenden Leistung ist für sich gesehen nicht wettbewerbswidrig (BGH GRUR 1969, 618, 619 - Kunststoffzähne; BGHZ 44, 288, 296 - Apfel - Madonna; BGH Urt. v. 20. Februar 1976 - I ZR 64/74 - Merkmalklötze, zur Veröffentlichung bestimmt). Umstände, die eine solche Übernahme des Leistungsergebnisses der Klägerin wettbewerbswidrig erscheinen lassen könnten, sind, wie das Berufungsgericht zutreffend und ohne Verkennung der Behauptungs- und Beweislast ausgeführt hat, aus dem Vorbringen der Klägerin nicht zu entnehmen. Die Beklagte ist auch im Rahmen ihrer Verpflichtung zu vollständigem und wahrheitsgemäßem Sachvortrag nicht gehalten, die zur Schlüssigkeit des Klagevorbringens fehlenden besonderen Umstände der Herstellung ihrer Pipettenspitzen zu offenbaren.

b) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsverstoß den Vorwurf des wettbewerbswidrigen sklavischen Nachbaus als nicht gerechtfertigt bezeichnet. Die Ansicht der Klägerin, daß es sich bei den von ihr hergestellten und vertriebenen Einsatzspitzen um ein eigenartiges, überdurchschnittliches Erzeugnis handle, ist durch Tatsachen nicht belegt. Die Rippen, mit denen die Pipettenspitzen ausgerüstet sind, begründen auch nach den Darlegungen der Klägerin allenfalls eine gewisse technische Eigenart; diese ist aber mit wettbewerbllicher Eigenart, auf die es hier allein ankommt, nicht gleichzusetzen. Worin eine über die behauptete technische Eigenart hinausweisende wettbewerblliche Hervorhebung zu sehen sein soll, ist dem Vorbringen der Klägerin nicht zu entnehmen. Dies

hat das Berufungsgericht mit seinem Hinweis auf die nur technische Bedingtheit der Gestaltung der Pipet- tenspitzen ersichtlich zum Ausdruck bringen wollen.

Darüber hinaus gestattet der Vortrag der Klägerin, aus der Unterschiedlichkeit ihrer Erzeugnisse und der- jenigen der Firma E [REDACTED]-Apparatebau ergebe sich "schlüssig, daß hier eine Herkunftsfunktion vorliege", nicht die Folgerung, daß die beteiligten Verkehrskrei- se mit Form und Farbe von Einsatzspitzen tatsächlich Herkunfts- und Gütevorstellungen verbinden, daß also durch den Vertrieb der Spitzen der Beklagten eine Her- kunftstäuschung herbeigeführt werden kann. Dies wäre aber eine weitere Voraussetzung, von deren Bejahung die Zuerkennung eines wettbewerblichen Schutzes gegen die Nachahmung abhängig ist (vgl. BGHZ 21, 266, 270 - Uhrenrohrwerke; BGH GRUR 1954, 337, 339 - Radschutz; GRUR 1958, 351, 352 - Deutschlanddecke; GRUR 1962, 409, 411 - Wandsteckdose; BGHZ 41, 55 57/58 - Klemmbausteine; BGHZ 50, 125 - Pulverbehälter). Das Berufungsgericht hat deshalb zu Recht das Vorbringen der Klägerin als nicht schlüssig behandelt und es abgelehnt, dem Beweisantritt (Einholung eines demoskopischen Gutachtens) nachzugehen.

c) Zutreffend hat das Berufungsgericht weiter dar- gelegt, daß von einer planmäßigen Ausbeutung eines frem- den Leistungsergebnisses schon deshalb keine Rede sein könne, weil der Beklagten nicht die zielstrebige Über- nahme einer Vielzahl fremder Erzeugnisse oder deren For- men vorgeworfen werden kann (vgl. BGH GRUR 1960, 244, 246 - Simili-Schmuck); auch in diesem Zusammenhang hat die Klägerin nicht dargetan, daß im Verkehr ihren Einsatz- spitzen eine besondere Gütevorstellung zukommt, die

sich die Beklagte durch die Nachahmung zunutze macht.

d) Das Verhalten der Beklagten kann auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Ausnutzung eines von der Klägerin geschaffenen fortgesetzten Bedarfs als wettbewerbswidrig angesehen werden. Zu Unrecht vertritt die Revision die Auffassung, auf den vorliegenden Sachverhalt müßten die in der Klemmbausteine-Entscheidung des I b-Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGHZ 41, 55) aufgestellten Grundsätze zur Anwendung kommen. In jener Entscheidung ist das Revisionsgericht, wie es seiner ständigen Rechtssprechung entspricht, von dem Grundsatz ausgegangen, daß die Zulieferung von Ersatzteilen und Zusatzgeräten, für sich gesehen, nicht zu beanstanden ist (vgl. auch BGHZ 27, 264, 268 - Programmhefte; BGH GRUR 1958, 343 - Bohrergerät; GRUR 1968, 698, 701 - Rekordspritzen). Es hat eine entscheidende Besonderheit des zu seiner Beurteilung stehenden Sachverhalts lediglich darin gesehen, daß der Nachahmer einen Bedarf befriedigte, den der Hersteller der Ausgangsware mit seiner ersten Lieferung bewußt geweckt hatte, indem er sein Erzeugnis von vornherein auf die fortlaufende Ergänzung durch gleichartige Erzeugnisse und die Erweiterung des Gebrauchszwecks des Ausgangsgegenstandes zugeschnitten hatte, und daß der Nachahmer sein Erzeugnis gleichsam in diese fremde Serie einschob und damit den wirtschaftlichen Nutzen, den dem ErsthHersteller weniger die Erstlieferung als vielmehr der von ihm geschaffene Ergänzungsbedarf gewährte, auf sich lenkte (BGHZ 41, 55, 58/59). Diesen Sonderfall hat der I b-Zivilsenat ausdrücklich von dem wettbewerbsrechtlich zulässigen Ersatzteilgeschäft abgegrenzt: Der Unterschied

bestehe darin, daß der Ersatzteillieferant nur einzelne, durch normalen Verschleiß oder auch durch unvorhergesehene Umstände unbrauchbar gewordene Teile ergänze, daß aber der Erzeuger des Ausgangsprodukts seinen vollen Markterfolg durch das erste Umsatzgeschäft verwirklicht habe (BGHZ 41, 55, 59).

Die Lieferung der Einsatzspitzen ist danach zulässig. Durch diese Lieferung hängt sich die Beklagte nicht in eine Serie zusammenhängender Erzeugnisse ein, sie erweitert nicht den Gebrauchszweck der Ausgangslieferung, sondern sie deckt lediglich den Bedarf, der durch das Unbrauchbarwerden der Spitzen entsteht, und dient daher der Aufrechterhaltung des ursprünglichen Gebrauchszwecks. Daß die Einsatzspitzen nach jedem Gebrauch zu ersetzen sind, der Bedarf also ungewöhnlich hoch ist, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Je höher der Ersatzbedarf steigt, desto stärker tritt im Gegenteil der der Nachbaufreiheit zugrunde liegende Gedanke hervor, daß der Verbraucher ein schutzwürdiges Interesse an der Auswahl zwischen den Erzeugnissen mehrerer Mitbewerber hat. Die Sittenwidrigkeit kann deshalb auch nicht mit dem großen Umfang des Ersatzbedarfs begründet werden (BGH GRUR 1968, 698, 701 - Rekordspritzen).

Ebensowenig kann sich die Klägerin mit Erfolg darauf berufen, daß die Deckung des Ersatzbedarfs für sie von größerer wirtschaftlicher Bedeutung sei als die Lieferung des Ausgangserzeugnisses - der Pipettiervorrichtung - selbst. Soweit sie durch außergewöhnlich preiswerte Lieferung der Vorrichtung die Abnehmer zum Erwerb ihrer Vorrichtung und damit zur Festlegung auf einen speziellen Ergänzungsbedarf zu bewegen sucht, kann sie diese ihre

auf ihrer freien Entscheidung beruhende Preispolitik nicht zum Ansatzpunkt für den Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit gegen einen Mitbewerber nehmen, der durch die Deckung eben dieses Ersatzbedarfs den Erfolg dieser Preispolitik gefährdet. Im übrigen folgt aus der großen wirtschaftlichen Bedeutung des Ersatzteilgeschäfts lediglich, daß die Klägerin stärker daran interessiert ist, sich den Alleinvertrieb der Einsatzspitzen zu sichern, als bei einem sonstigen wertmäßig weniger ins Gewicht fallenden Ersatzbedarf. Dieses Interesse ist aber gerade kein Gesichtspunkt, der den grundsätzlich erlaubten Nachbau ausnahmsweise als unlauter erscheinen ließe (BGH aaO).

e) Schließlich ist es nicht zu beanstanden, daß die Beklagte ihre Erzeugnisse zweitweise mit dem Zusatz "für Oxford-Pipette" angeboten hat. Die Klägerin behauptet nicht, daß die Beklagte damit in ihre Kennzeichnungsrechte eingegriffen habe. Es handelt sich vielmehr um eine Kennzeichnung und Klarstellung des Gebrauchszwecks, die grundsätzlich dann erlaubt ist, wenn damit eine vermeidbare Herkunftstäuschung nicht verbunden ist (RG GRUR 1928, 394, 396 - Globe-Separator; BGH GRUR 1958, 343, 344 - Bohnengerät). Die Beklagte hat, wie sie unwidersprochen vorgetragen hat, den beanstandeten Hinweis lediglich in einem Prospektblatt ohne besondere Hervorhebung verwendet, das außerdem blickfangartig ihr Firmenemblem "WS" und ihre vollständige Anschrift in hervorgehobenem Druck enthielt. Ein Irrtum über die Herkunft der Einsatzspitzen konnte demnach nicht hervorgerufen werden.

Die Wettbewerbswidrigkeit dieses Hinweises kann auch nicht damit begründet werden, daß die Einsatzspitzen auch auf Pipettiervorrichtungen der Firma E[REDACTED]-Apparatebau paßten und die Beklagte willkürlich einen von mehreren Mitbewerbern herausgegriffen habe, um dessen Namen in ihrer Werbung zu benutzen. Wie die Klägerin im Zusammenhang mit der Frage der erfindungsfunktionellen Individualisierung der Einsatzspitzen an sich zu Recht hervorgehoben hat, steht die spezielle Ausgestaltung der Spitzen - Anordnung schulterförmiger Rippen - mit ihrer Verwendbarkeit auf E[REDACTED]-[REDACTED]-Pipetten in keinem funktionellen Zusammenhang. Der Hinweis, daß die Einsatzspitzen gerade die Vorrichtung aufwiesen, die ihre Verwendung innerhalb der von der Klägerin gelieferten Gesamtvorrichtung ermöglichte, war daher nicht willkürlich, sondern sachlich gerechtfertigt.

IV. Die Revision ist daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Trüstedt

Ballhaus

Bendler

Windisch

Hesse