

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 39/75

URTEIL

Verkündet am
15. August 1978
Kriegl,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Patentnichtigkeitssache

des Elektroingenieurs Günther H [REDACTED], Am W [REDACTED] [REDACTED],
O [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers
und Berufungsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwalt [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

und des Ingenieurs Horst M [REDACTED], F [REDACTED] [REDACTED], B [REDACTED]

Streithelfers des Klägers,

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

gegen

den Schreinermeister Robert G [REDACTED], Fern.-Wa [REDACTED]-
Straße [REDACTED], B [REDACTED]-G [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger
und Berufungsbeklagten,

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

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. August 1978 durch die Richter Dr. Bruchhausen, Ochmann, Dr. Windisch, Dr. Hesse und von Albert

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung der Berufung des Klägers wird auf die Berufung des Beklagten das Urteil des 3. Senats (Nichtigkeitssenats III) des Bundespatentgerichts vom 26. Februar 1975 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Die Klage wird abgewiesen.

Der Nebenintervenient trägt seine Kosten selbst; die übrigen Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte ist Inhaber des am 16. April 1964 angemeldeten Patents **647** (Streitpatent), das eine Vorrichtung zum Abdecken von Flüssigkeit enthaltenden Becken, insbesondere von Schwimmbecken betrifft. Das Streitpatent hat 8 Patentansprüche. Die Patentansprüche 1 und 2 lauten:

- "1. Vorrichtung zum Abdecken von Flüssigkeit enthaltenden Becken, insbesondere von Schwimmbecken, mit einer über die Flüssigkeit ausbreitbaren, schwimmfähigen Abdeckung aus rolladenartig miteinander verbundenen Einzelteilen, die auf einer

- 3 -

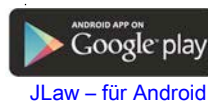
in einem kastenartigen Behälter angeordneten Rolle aufwickelbar ist, dadurch gekennzeichnet, daß der Behälter (1'') in die Flüssigkeit eintaucht und die zur Bildung der Rolle vorgesehene Welle (7'') mit Abstand unterhalb des Flüssigkeitsspiegels (26) derart angeordnet ist, daß die vertikal wirksame Gewichts Differenz infolge des Auftriebs zwischen den beiden Seiten des aufgerollten und abrollenden Teiles der Abdeckung (6'') in bezug auf die vertikale, durch die Drehachse der Welle (7'') hindurchgehende Ebene ein solches Drehmoment auf die Welle (7'') erzeugt, daß die Abdeckung (6'') selbsttätig abrollt.

2. Vorrichtung zum Abdecken von Flüssigkeit enthaltenden Becken, insbesondere von Schwimmbecken, mit einer über die Flüssigkeit ausbreitbaren, schwimmfähigen Abdeckung aus rolladenartig miteinander verbundenen Einzelteilen, die auf einer in einem kastenartigen Behälter angeordneten Rolle aufwickelbar ist, dadurch gekennzeichnet, daß der Behälter (1') außerhalb des Beckens auf dem Beckenrand (14) aufgesetzt ist und die zur Bildung der Rolle vorgesehene Welle (7') derart mit Abstand oberhalb des Flüssigkeitsspiegels (26) angeordnet ist, daß die vertikal wirksame Gewichts Differenz zwischen den beiden Seiten des aufgerollten und abrollenden Teiles der Abdeckung (6') in bezug auf die vertikale, durch die Drehachse der Welle (7') hindurchgehende Ebene ein solches Drehmoment auf die Welle (7') erzeugt, daß die Abdeckung (6') selbsttätig ausrollt."

Der Kläger begehrt die teilweise Nichtigerklärung des Streitpatents im Umfange der Patentansprüche 1 und 2. Er macht geltend, der Gegenstand der streitigen Patentansprüche sei erst am 21. Juli 1965 offenbart worden. Ihm fehlten gegenüber dem Stande der Technik zum Zeitpunkt der erstmaligen Offenbarung, nämlich der USA-Patentschrift **2.812.665**, die Neuheit und die Erfindungshöhe. Außerdem seien folgende



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Druckschriften zu berücksichtigen: Deutsches Gebrauchsmuster [REDACTED] 010, US-Patentschriften [REDACTED] 899, [REDACTED] 607, [REDACTED] 083 und [REDACTED] 743. Als älteres Recht komme das Patent [REDACTED] 163 in Betracht.

Der Beklagte tritt dem Standpunkt des Klägers entgegen. Nach seiner Darstellung ist der Gegenstand der streitigen Ansprüche bereits in der ursprünglichen Anmeldung offenbart, weshalb die US-Patentschrift [REDACTED] 665 als Stand der Technik nicht in Betracht zu ziehen sei. Außerdem nehme diese Druckschrift dem Gegenstand der streitigen Ansprüche auch nicht die Erfindungshöhe.

Das Bundespatentgericht hat das Streitpatent im Umfang des Patentanspruches 2 für nichtig erklärt und die weitergehende Klage abgewiesen.

Beide Parteien und der Nebenintervenient erstreben die Abänderung des Urteils des ersten Rechtszuges. Der Kläger und der Nebenintervenient beantragen, auch den Anspruch 1 für nichtig zu erklären, während der Beklagte die vollständige Abweisung der Klage begehrt. Beide Parteien und der Nebenintervenient bitten, die Berufung der Gegenpartei zurückzuweisen.

Der erkennende Senat hat ein Gutachten des Regierungsbaumeisters Prof. Dipl.-Ing. Wilfried M[REDACTED], E[REDACTED], eingeholt. Der gerichtliche Sachverständige hat sein schriftliches Gutachten in der mündlichen Verhandlung erläutert und ergänzt.

Entscheidungsgründe

Die Berufung des Beklagten hat Erfolg, dagegen bleibt die Berufung des Klägers erfolglos.

I.

Die Berufung des Klägers (Patentanspruch 1)

Die auf Nichtigkeitserklärung des Patentanspruches 1 des Streitpatents gerichtete Berufung des Klägers hat keinen Erfolg, weil insoweit ein Nichtigkeitsgrund (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 und 2 PatG) nicht vorliegt.

1. Die Erweiterung des Gegenstandes der Anmeldung im Laufe des Patenterteilungsverfahrens ist unter den Nichtigkeitsgründen des § 13 Abs. 1 PatG a.F. nicht aufgeführt, und § 26 Abs. 5 Satz 2 PatG findet im vorliegenden Falle keine Anwendung. Auf diesen Grund kann deshalb die Nichtigkeitserklärung des 1964 angemeldeten Patents nicht gestützt werden.

2. a) Gegenstand des Anspruches 1 des Streitpatents ist eine besondere Ausbildung einer Vorrichtung zum Abdecken von Schwimmbecken ("Schwimmbecken" steht für alle Flüssigkeiten enthaltende Becken). Bei einer solchen Vorrichtung wird die Flüssigkeit mit einer über ihr ausgebreiteten, schwimmfähigen Abdeckung aus rolladenartig miteinander verbundenen Einzelteilen abgedeckt, die auf einer Rolle aufgewickelt werden kann. Die Rolle ist in einem kastenartigen Behälter untergebracht (Sp. 1, Z. 1 - 7).

b) Die Streitpatentschrift bezeichnet als Nachteil verschiedener vorbekannter Schwimmbeckenabdeckungen, daß sie sowohl zum Aufrollen als auch zum Abrollen der Abdeckung motorischer Antriebe bedürften (Sp. 1, Z. 12 - 21, 31 - 33, 42 - 44 und 55 - 60). Als der Erfindung zugrunde liegende Aufgabe wird in der Streitpatentschrift angegeben, eine Vorrichtung zum Abdecken von Schwimmbecken zu schaffen,

bei der das Abrollen (d.h. das Abdecken des Beckens) selbsttätig, also ohne besonderen Antrieb, erfolgt (Sp. 2, Z. 1 - 6).

c) Zur Lösung dieser Aufgabe schlägt die Streitpatentschrift vor, den die Abdeckung aufnehmenden Behälter in die Flüssigkeit einzutauchen und die zur Bildung der Rolle dienende Welle mit Abstand unterhalb des Flüssigkeitsspiegels derart anzuordnen, "daß die vertikal wirksame Gewichtsdifferenz infolge des Auftriebes zwischen den beiden Seiten des aufgerollten und abrollenden Teiles der Abdeckung in bezug auf die vertikale, durch die Drehachse der Welle hindurchgehende Ebene ein solches Drehmoment auf die Welle erzeugt, daß die Abdeckung selbsttätig abrollt" (Sp. 2, Z. 7 - 18). Die umständlich beschriebene Lösung wird durch das in Figur 1 der Patentzeichnung dargestellte und in Spalte 3, Zeile 51 bis Spalte 4, Zeile 8 erläuterte Ausführungsbeispiel deutlich. Der Rolladen besteht aus aneinanderhängenden Einzelstäben, die mit Hohlkörpern versehen sind (Sp. 3, Z. 58 - 60) und somit, wenn sie in die Flüssigkeit eingetaucht sind, einen Auftrieb bewirken (Sp. 3, Z. 60 - 62). Da das freie Ende der Rolle über einen Hebelarm auf die Welle wirkt, stellt sich ein Drehmoment ein, das in der Lage ist, die Welle in eine drehende Bewegung zu versetzen. Dadurch werden die Rolladenteile von der Rolle abgerollt und über die Flüssigkeit im Becken geschoben (Gutachten Muth S. 15 unten).

d) Gegenstand des Patentanspruches 1 des Streitpatents ist demnach eine Schwimmbeckenabdeckung mit folgenden Merkmalen:

- (1) Die Abdeckung besteht aus über der Flüssigkeit ausbreitbaren, schwimmfähigen und rolladenartig miteinander verbundenen Einzelteilen.

- (2) In einem in die Flüssigkeit eingetauchten kastenartigen Behälter ist eine Welle angeordnet, auf die die Abdeckung zu einer Rolle aufwickelbar ist.
- (3) Die Welle befindet sich mit Abstand unter dem Flüssigkeitsspiegel.
- (4) Der Auftrieb des freien Rollenden bewirkt ein Drehmoment auf die auf der Welle aufgerollte Abdeckung, so daß die Abdeckung ohne weiteren Antrieb von der Welle abrollt und ausgeschoben wird.

3. Dem Gegenstand des Patentanspruches 1 des Streitpatents fehlt nicht die Neuheit. Keine der vom Kläger entgegengehaltenen Druckschriften hat die Lehre vorbeschrieben, bei einer schwimmfähigen, rolladenartigen Schwimmbeckenabdeckung den Auftrieb des freien Endes der unterhalb des Flüssigkeitsspiegels aufgerollten Abdeckung zum Abrollen und Ausschieben der Abdeckung über die Oberfläche der Flüssigkeit auszunutzen und auf diese Weise einen besonderen Antrieb für den Abroll- und Ausschiebevorgang zu ersparen.

Beim Gebrauchsmuster XXXXX 010 wird der auf einer Walze (7) zu einer Rolle (8) aufgewickelte als Abdeckung dienende Panzer mittels Drehung der Walze (7) und gleichzeitig auf den Anfangsteil (1) des Panzers wirkenden Zug über die Wasseroberfläche bewegt (S. 4). Die Drehung der Walze erfolgt durch eine Handkurbel (S. 7), die beim Abwickeln auf jeden Fall durch eine Zugbewegung zu ergänzen ist, um den Panzer aus dem Rollengehäuse heraus über die Wasseroberfläche zu führen und ein Aufblähen der Rolle zu vermeiden (S. 7). Die Zugkraft wird über ein Seil ausgeübt, das über eine Rolle zur Walze (7) zurückgeführt und auf eine sich mit dieser drehenden Trommel aufgewickelt wird (S. 8). Soweit in den Gebrauchsmusterunterlagen die Ausnutzung der

Schwerkraft angesprochen wird (S. 7/8), offenbart das nicht, den Auftrieb des unter Wasser befindlichen Endes der Rolle auszunutzen.

Bei der US-Patentschrift  899 wird die Schwimmbeckenabdeckung (16) mittels Kabel (34) von einem Motor (54) über das Becken gezogen (S. 3/4 Übers.). Bei der US-Patentschrift 2 898 607 wird die Schwimmbeckenabdeckung über Seile vom Motor (60) ausgezogen (S. 11 Übers.). Bei der US-Patentschrift 2 958 083 zieht ein Motor die Abdeckung über das Becken (S. 6 Übers.). Bei der US-Patentschrift 3 050 743 wird die Schwimmbeckenabdeckung durch Zug an den Schnüren (25 Fig. 6) auf dem Becken ausgebreitet (S. 8/9 Übers.). Dazu ist ein Antrieb erforderlich.

Auch die US-Patentschrift  665 beschreibt einen Antrieb der Walze (2), um die Schwimmbeckenabdeckung auf der Wasseroberfläche zu bewegen (S. 5 Übers.), zum Beispiel durch mechanisch betätigte Seile (S. 7 Übers.) oder einen Zahnradantrieb (9), der den Gebrauch von Seilen vermeidet (S. 9 Übers.). Nach dieser Druckschrift können besondere Vorteile dann erzielt werden, wenn der Wickelmechanismus für die Schwimmbeckenabdeckung so angeordnet ist, daß die aufgerollte Abdeckung vollständig in das Wasser eingetaucht ist. Das könne beispielsweise durch einen Wasserüberlauf vom Schwimmbecken in die den Wickelmechanismus enthaltende Kammer geschehen (S. 7 Übers.). Dieser Anordnung wird der Vorteil zugeschrieben, die Achslast der Wickelachse wesentlich zu reduzieren, was es leichter mache, die Abdeckung ab- und aufzuwickeln, da nur geringe Kräfte dafür benötigt werden (S. 8 der Übers.). Aus diesen Angaben kann der Durchschnittsfachmann nicht die technische Lehre entnehmen, den Auftrieb des freien Endes der aufgerollten und vollständig in das Wasser eingetauchten Abdeckung zum selbsttätigen

Abwickeln der aufgerollten Abdeckung auszunutzen und hierfür auf einen besonderen Antrieb zu verzichten. Die genannte Druckschrift belehrt den Fachmann nur darüber, daß er durch diese Anordnung beim Abwickeln der vollständig in das Wasser eingetauchten Rolle Kraft einsparen kann. Den weiteren Schritt, auf die Anwendung von Zug- und Schubmitteln beim Abwickeln der vollständig in das Wasser eingetauchten Rolle zu verzichten und hierfür allein den Auftrieb des freien Rollenendes auszunutzen, lehrt diese Druckschrift den Fachmann nicht. Der Fachmann kann ihr auch keine Anregung in dieser Richtung entnehmen. Die in dieser Druckschrift ferner angesprochene Ausnutzung der Schwerkraft zum Abwickeln der Abdeckung (S. 8 unten Übers.) gibt dem Fachmann keine Belehrung darüber, die Auftriebskraft des unter Wasser befindlichen freien Rollenendes zum Bewegen der Abdeckung auf dem Wasser auszunutzen. Es bedarf daher im Rahmen der Neuheitsfrage beim Patentanspruch 1 des Streitpatents keiner Entscheidung, ob diese Druckschrift wegen einer Prioritätsverschiebung im Erteilungsverfahren des Streitpatents als Vorveröffentlichung in Betracht kommt.

4. Dem Gegenstand des Patentanspruchs 1 ermangelt auch nicht der technische Fortschritt. Gegenüber allen im vorstehenden Abschnitt erwähnten Anordnungen zur Schwimmbeckenabdeckung hat die Vorrichtung nach Anspruch 1 des Streitpatents den Vorteil der einfachen Bauweise. Ein Antrieb zum Abrollen und Ausschieben oder Ausziehen der aufgerollten Abdeckung und Seilzüge oder Umlenkrollen entfallen. Außerdem ist die Vorrichtung nach Anspruch 1 des Streitpatents nach den überzeugenden Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen weniger störanfällig (S. 40 des Gutachtens). Gegenüber den Schwimmbeckenabdeckungen, bei denen sich die Wickelwalze für die Abdeckung in Höhe des Wasserspiegels befindet (z. B. US-Patentschrift  083 und Gebrauchs-

muster [REDACTED] 010) erfordert die Anordnung nach Anspruch 1 des Streitpatents eine höhere Antriebsleistung für den Motor, denn beim Aufrollen der Abdeckung unter der Wasseroberfläche muß deren Auftrieb überwunden werden. Außerdem benötigt die Anordnung nach dem Streitpatent eine Kupplung und Bedienungsschalter hierfür, um den Motor beim Aufwickeln der Abdeckung an die Wickelwelle ankuppeln zu können, ihn aber zu entkuppeln, damit die Auftriebskraft die Wickelwelle beim Abwickelvorgang drehen kann. Endlich erfordert die Anordnung nach Anspruch 1 des Streitpatents eine Abstimmung zwischen dem Abdeckungsmaterial und der Tiefe der Wellenanordnung unter der Wasserfläche, um ein zur Abdeckung des ganzen Beckens ausreichendes Abrollen zu erreichen und zu starke Schubbewegungen zu vermeiden. Diese Nachteile wiegen aber weniger schwer als die erreichten Vorteile. Deshalb ist insgesamt gesehen der technische Vorteil gegenüber den vorbekannten Anordnungen mit Antrieben zum Ausrollen der Abdeckung zu bejahen. Die Ausführungen in den Unterlagen des Gebrauchsmusters [REDACTED] 010 über die Schwerkraft bei Fensterrolladen und bei der horizontalen, schwimmenden Führung der Schwimmbeckenabdeckung über das Wasser, die nur geringe Kräfte erfordere und so bemessen sein müsse, daß die Herausführung des Panzers aus dem Rollengehäuse unterstützt werde (S. 7/8), sind nicht so konkret, daß sie einen Fortschrittsvergleich mit der Vorrichtung nach Anspruch 1 des Streitpatents ermöglichen. In der US-Patentschrift [REDACTED] 665 wird zwar darauf hingewiesen, daß in Fällen, in denen sich die Schwimmbeckenabdeckungen im aufgewickelten Zustand völlig oberhalb der Wasseroberfläche des Schwimmbeckens befinden, die Schwerkraft für das Abwickeln der Schwimmbeckenabdeckung benutzt werden könne (S. 8 unten der Übers.). Auf jeden Fall aber kann dem Gegenstand des Anspruchs 1 des Streitpatents auch im Verhältnis zum Gebrauchsmuster [REDACTED] 010 und zu der US-Patentschrift

665 der technische Fortschritt deshalb nicht abgesprochen werden, weil er neben einer die Schwerkraft nutzenden Lösung des Problems des Abwickelns und Ausschiebens der aufgerollten Schwimmbeckenabdeckung der Fachwelt einen weiteren Lösungsweg zur Verfügung stellt, für den ein Bedürfnis besteht, wenn im Einzelfall wegen besonderer örtlicher Gegebenheiten keine Möglichkeit vorhanden ist, die aufgerollte Schwimmbeckenabdeckung oberhalb der Wasseroberfläche unterzubringen. Das reicht nach den Grundsätzen, die der erkennende Senat in der Anthradipyrazol-Entscheidung (BGHZ 53, 283, 287) aufgestellt hat, zur Begründung des technischen Fortschritts aus.

5. Dem Gegenstand des Anspruchs 1 des Streitpatents fehlt auch nicht die Erfindungshöhe. Der oben bei 3 erörterte Stand der Technik vermittelte dem Fachmann keine Anregung, den Auftrieb des freien Endes der rolladenartigen Schwimmbeckenabdeckung auszunutzen, um den aufgerollten Rolladen von einer unter der Wasseroberfläche angeordneten Welle abzurollen und über die Wasseroberfläche auszuschieben. Der gerichtliche Sachverständige meint zwar, ein Fachmann mit guten Kenntnissen auf dem Gebiet der Hydromechanik wäre sicherlich zur gleichen Lösung des Problems gekommen, sofern man ihn deswegen angesprochen hätte (S. 41 des Gutachtens). Er meint weiter, von der Lehrseite her betrachtet, sei dieses Problem bekannt; jedem mit den Grundbegriffen der Hydromechanik Vertrauten sei diese Anwendung verständlich, wenn auch nicht selbstverständlich. Als Wissenschaftler sei er zunächst wenig geneigt, hierin einen schützenswerten Anspruch zu sehen. Der gerichtliche Sachverständige erklärt jedoch, er müsse als Praktiker uneingeschränkt anerkennen, daß im Anspruch 1 des Streitpatents eine einfache naturwissenschaftliche Erkenntnis zu einer technischen Anwendung geführt worden sei, der eine gewisse

Erfindungshöhe nicht abzusprechen sei (S. 45 des Gutachtens). Er sehe die erfinderische Leistung in dem Umstand, daß bekannte hydromechanische Beziehungen auf ein reales Problem übersetzt worden seien (S. 41 des Gutachtens). Diesen Standpunkt hat der gerichtliche Sachverständige in der mündlichen Verhandlung bestätigt. Der erkennende Senat tritt der positiven Wertung des gerichtlichen Sachverständigen bei. Soweit der gerichtliche Sachverständige Gedanken äußert, die auf eine Verneinung der Erfindungshöhe hinauslaufen, legen diese einen nicht zutreffenden rechtlichen Beurteilungsmaßstab zugrunde. Es kommt bei der Beurteilung der Erfindungshöhe auf das Fachkönnen eines Durchschnittsfachmanns an, der auf dem Gebiet der Konstruktion von Schwimmbeckenabdeckungen praktisch tätig ist. Das Fachkönnen eines Wissenschaftlers auf dem Gebiet der Hydromechanik kann für diese Beurteilung nicht herangezogen werden. Die Erfindungshöhe einer Erfindung, bei der erstmals ein neues Prinzip angewendet wird, kann auch nicht vom Standpunkt eines Durchschnittsfachmannes aus beurteilt werden, dem die Richtung auf die Anwendung dieses Prinzips gewiesen worden ist. Das würde nämlich die Ausgangslage verkennen, von der der Erfinder auszugehen hatte, als er den neuen Gedanken faßte. Diesem stand ein solcher Hinweis im Stand der Technik nicht zur Verfügung. Bezieht man die bisherigen Lösungen nach dem Stande der Technik in die Betrachtung ein, deren Kenntnis dem Erfinder des Streitpatents zuzurechnen ist, die sämtlich gegenüber der von ihm aufgefundenen Lösung im Ergebnis nachteiliger sind, dann erhellt, daß sein neuer Vorschlag gemäß Anspruch 1 eine erfinderische Leistung darstellt. Für die Beurteilung der Erfindungshöhe des Gegenstandes des Patentanspruchs 1 bedarf es deshalb keiner Entscheidung darüber, ob dieser bereits in den ursprünglichen Anmeldungsunterlagen offenbart ist.

6. Der Gegenstand des Patentanspruchs 1 des Streitpatents ist auch nicht in dem älteren Recht (Patent [REDACTED] 163) unter Schutz gestellt. Diesem Patent liegt die Aufgabe zugrunde, die Walze einer Schwimmbeckenabdeckung von dem auf ihr lastenden Gewicht zu entlasten und ein Durchhängen der Abdeckung infolge ihres Gewichts zu verhindern. In der Beschreibung des Patents [REDACTED] 163 ist ausgeführt, das Durchhängen der Abdeckung in dem freien Raum zwischen der Walze und der Trennwand zum Becken erschwere es, die Abdeckung in vorteilhafter Weise über das Becken zu schieben anstatt zu ziehen (Sp. 1, Z. 14 bis 44). Zu diesem Zwecke wird in dem Patent [REDACTED] 163 vorgeschlagen, die Rolle in die Flüssigkeit einzutauchen. Diese Lehre deckt sich nicht mit dem Gegenstand des Patentanspruchs 1 des Streitpatents, denn sie bezieht sich auf Anordnungen, bei denen beim Ausrollen der Abdeckung ein Antrieb zum Schub oder Zug Verwendung findet.

II.

Die Berufung des Beklagten (Patentanspruch 2)

Die auf die Abweisung der Nichtigkeitsklage gerichtete Berufung des Beklagten hat Erfolg, weil auch hinsichtlich des Gegenstandes des Patentanspruchs 2 des Streitpatents kein Nichtigkeitsgrund gegeben ist.

1. Der Patentanspruch 2 des Streitpatents stellt eine alternative Lösung des technischen Problems unter Schutz, eine Vorrichtung zum Abdecken von Schwimmbecken zu schaffen, bei der das Abrollen (d. h. das Abdecken des Beckens) selbsttätig, also ohne besonderen Antrieb erfolgt (siehe oben I 2 a) und b)). Bei ihr ist der die Abdeckung aufnehmende Behälter außerhalb des Beckens auf den Beckenrand

aufgesetzt und die zur Bildung der Rolle vorgesehene Welle derart mit Abstand oberhalb des Flüssigkeitsspiegels angeordnet, daß die vertikal wirksame Gewichts-differenz zwischen den beiden Seiten des aufgerollten und abrollenden Teiles der Abdeckung in bezug auf die vertikale, durch die Drehachse der Welle hindurchgehende Ebene ein solches Drehmoment auf die Welle erzeugt, daß die Abdeckung selbsttätig ausrollt (Sp. 2, Z. 19 - 29). Die Beschreibung der Lösung wird deutlicher, wenn man die Erläuterungen zu Figur 2 der Patentzeichnung zur Hilfe nimmt. Dort ist ausgeführt, daß das Gewicht des herunterhängenden freien Endes der Abdeckung (6') das Gleiten der Abdeckung über das Becken bis zum abgerollten Zustand bewirkt, wodurch das Becken abgedeckt wird. Das Gewicht des herunterhängenden freien Endes der Abdeckung (6') erzeugt ein Drehmoment auf die Welle (7'), so daß die Abdeckung (6') selbsttätig abrollt (Sp. 4, Z. 38 - 59).

2. Gegenstand des Patentanspruchs 2 des Streitpatents ist demnach eine Schwimmbeckenabdeckung mit folgenden Merkmalen:

- (1) Die Abdeckung besteht aus über der Flüssigkeit ausbreitbaren, schwimmbfähigen und rolladenartig miteinander verbundenen Einzelteilen.
- (2) In einem außerhalb des Beckens auf dem Beckenrand aufgesetzten Behälter ist eine Welle angeordnet, auf die die Abdeckung zu einer Rolle aufwickelbar ist.
- (3) Die Welle befindet sich im Abstand oberhalb des Flüssigkeitsspiegels.
- (4) Das Gewicht des freien Rollenendes bewirkt ein Drehmoment auf die auf der Welle aufgerollte Abdeckung, so daß die Abdeckung ohne weiteren Antrieb von der Welle abrollt und über das Becken gleitet und dieses abdeckt.

Zum Gegenstand des Patentanspruchs 2 des Streitpatents zählt nicht das Merkmal, daß die Abdeckung auf den an den Seitenwänden des Beckens befindlichen Gleitelementen (19') oberhalb der Wasserfläche über das Becken gleitet, wie das in Figur 2 der Patentzeichnung dargestellt und in Spalte 4, Zeilen 45 bis 48 geschildert ist. Bei dieser Ausführungsform handelt es sich ersichtlich um eine vom Patentanspruch 2, der eine schwimmfähige Abdeckung zum Gegenstand hat, abweichende weitere alternative Lösung. Ob diese abweichende Alternative ausführbar ist - der Kläger und der gerichtliche Sachverständige äußern in dieser Hinsicht Zweifel (Seite 23 Mitte des schriftlichen Gutachtens), kann unentschieden bleiben. Hinsichtlich einer auf der Wasseroberfläche schwimmenden Abdeckung bestehen keine durchgreifenden Bedenken dagegen, daß ein Fachmann durchschnittlichen Könnens mit den Kenntnissen am Anmeldetag des Streitpatents in der Lage war, die Abdeckung so anzuordnen, daß sie reibungslos und ohne Gefahr einer Beschädigung über das Becken gleitet.

3. Der Gegenstand des Patentanspruchs 2 des Streitpatents ist in keiner Entgegenhaltung vollständig vorbeschrieben.

a) Bei den Schwimmbeckenabdeckungen nach den US-Patentschriften ~~899~~ 899, ~~607~~ 607, ~~083~~ 083 und ~~743~~ 743 sind besondere Antriebsmittel zum Ausziehen der Abdeckung über das Schwimmbecken vorgesehen. Insoweit wird auf die Ausführungen zu I 3 verwiesen.

b) Die Beschreibung des Gebrauchsmusters ~~010~~ 010 enthält den Hinweis, bei der horizontalen Führung der Schwimmbeckenabdeckung könne die Schwerkraft nicht als Zugkraft herangezogen werden; wenn man die Schwimmbeckenabdeckung schwimmend über das Wasser führe, sei die erfor-

derliche Kraft recht gering; sie sei nicht gleich dem Eigengewicht eines Fensterrolladens, das beim Herunterlassen des Fensterrolladens als Schwerkraft wieder zu Verfügung stehe; sie müsse so bemessen sein, daß bei der schwimmenden Lagerung des Panzers (Abdeckung) auf den Auflageflächen (des Beckens) die Herausführung des Panzers aus dem Rollengehäuse unterstützt werde (S. 7/8). Diesen Ausführungen kann der Fachmann nach dem gesamten Zusammenhang der Gebrauchsmusterunterlagen **010**, die eine Schwimmbeckenabdeckung beschreiben, bei der das Ausziehen der Abdeckung über Seile, Rollen und eine angetriebene Trommel erfolgt, nicht die Lehre entnehmen, allein die Schwerkraft zum Ausrollen der Abdeckung auszunutzen und hierbei auf einen besonderen Antrieb zu verzichten.

c) Die US-Patentschrift **665** vom 18. August 1964 ist gegenüber dem Gegenstand des Patentanspruchs 2 des Streitpatents nachveröffentlicht. Der Gegenstand dieses Anspruches war bereits in den ursprünglichen Anmeldungsunterlagen des Streitpatents vom 16. April 1964 offenbart.

In den ursprünglichen Anmeldungsunterlagen hat der Anmelder des Streitpatents eine Vorrichtung zur Schwimmbeckenabdeckung beschrieben, die aus jalousieartig aneinandergefügten Körpern besteht, welche die Flüssigkeit des Beckens vorzugsweise schwimmend bedecken und/oder sich auf an den Beckenrändern angebrachten Elementen abstützen. Diese Abdeckung (6) ist nach Figur 1 der Zeichnung auf einer Welle (7) innerhalb eines teilweise in das Wasser eingetauchten Kastens (1) gelagert. Die Welle wird von einem Motor (8) über Ketten, Keilriemen usw. angetrieben. Ein Kupplungselement gestattet, wahlweise auch eine Rolle (9) anzutreiben, an der ein Band (10) befestigt ist. Das andere Ende des Bandes (10) ist zusammen mit einem Ende der Ab-

deckung (6) an der Welle (7) befestigt und legt sich außen um diese herum, wenn die Abdeckung (6) antreibend aufgerollt wird. Beim Abdeckvorgang wird umgekehrt das Band (10) auf die Rolle (9) aufgewickelt, wenn diese vom Motor angetrieben wird. Dadurch wird die Abdeckung (6) abgewickelt und schwimmend auf und über die Wasseroberfläche des Beckens gebracht (S. 5/6 der ursprünglichen Anmeldung).

Das so beschriebene und gezeichnete Ausführungsbeispiel der Erfindung wird von einem sachkundigen Leser in erster Linie so verstanden, daß die auf der Welle (7) aufgerollte Abdeckung (6) allein durch das sich auf die Rolle (9) aufwickelnde Band (10) abgewickelt und auf dem Schwimmbecken ausgebreitet wird, ohne daß der Motor (8) gleichzeitig auch die Welle (7) antreibt. Der Fachmann entnimmt dies dem letzten Satz der Seite 5 der ursprünglichen Anmeldungsunterlagen, wonach ein Kupplungselement gestattet, "wahlweise auch die Rolle (9) anzutreiben". Der Ausdruck "wahlweise" deutet darauf hin, entweder die Welle (7) oder die Rolle (9) anzutreiben. Nach der Wortfolge "wahlweise auch" ist es an sich denkbar, einmal die Welle (7) und ein anderes Mal die Welle (7) und die Rolle (9) anzutreiben. Diese Möglichkeit widerspricht jedoch der Darstellung in der Figur 1 der ursprünglichen Anmeldung. Nach dieser Zeichnung erfolgt das die Abwicklung der Abdeckung (6) von der Welle (7) auslösende und bewirkende Aufwickeln des Bandes (10) auf der vom Motor (8) angetriebenen Rolle (9) im Drehsinn des Motors (8) ebenso wie das Aufwickeln der Abdeckung (6) auf der Welle (7). Der Fachmann müßte demnach bei einem gleichzeitigen Antrieb der Welle (7) und der Rolle (9) durch den Motor (8) den Drehsinn eines Antriebes entgegen der Figur 1 umkehren. Außerdem müßte er in einem solchen Falle die Geschwindigkeit des Bandes (10) und die Drehzahl der

Welle (7) aufeinander abstimmen, um einen Gleichlauf zu erreichen. Das ist wegen der ständigen Veränderung des Durchmessers der Band- und der Abdeckungsrolle beim Auf- und Abwickeln nicht einfach. Aus diesen Gründen entnimmt der Fachmann der Darstellung und Erläuterung des Ausführungsbeispiels nach Figur 1 der ursprünglichen Anmeldung in erster Linie die technische Lehre, beim Abwickeln der Abdeckung (6) von der Welle (7) zum Ausfahren der Abdeckung über das Schwimmbecken allein die Rolle (9) durch den Motor (8), nicht aber auch gleichzeitig die Welle (7) anzutreiben.

In der Figur 3 ist eine andere Ausführungsform der Erfindung dargestellt, die auf Seite 8 näher beschrieben ist. Bei dieser ist der Kasten (1') außerhalb auf dem Beckenrand aufgesetzt und die Welle (7') im oberen Teil des Kastens angeordnet. Im zweiten Absatz der Seite 8 heißt es dazu:

"Durch diese Anordnung der Welle (7') im oberen Teil des Kastens (1') erübrigt sich der Bandantrieb (9,10). Denn durch das Gewicht des herunterhängenden freien Endes der Abdeckung (6') wird ein unbeabsichtigtes Aufrollen des Wickels in sich verhütet und die Abdeckung (6') gleitet über eine Führungsbahn (24) auf die an den Seitenwänden der Wanne (25) befindlichen Gleitelemente (19') über die Wanne und deckt diese ab. ... Die Abdeckung (6') befindet sich im ausgefahrenen Zustand über dem Flüssigkeitsspiegel (26) und kommt mit diesem nicht direkt in Berührung."

Die Patentansprüche 11 und 14 der ursprünglichen Anmeldung lauteten:

11. Vorrichtung nach Anspruch 1, d.g., daß der Behälter (1') außerhalb des Beckens auf dem Beckenrand (14) aufgesetzt ist und der Austrittsschlitz (4') am Boden (27) des Behälters angebracht ist.

14. Vorrichtung nach Anspruch 11 bis 13, d.g.,
daß die Welle (7') an der höchsten Stelle
im Kasten (1') angeordnet ist.

Aus diesen Angaben der ursprünglichen Beschreibung konnte der Durchschnittsfachmann den Gegenstand des Patentanspruchs 2 ohne weiteres entnehmen. Die Hinweise, daß die Anordnung der Welle (7') im oberen Teil des außerhalb auf dem Beckenrand aufgestellten Kastens (1') den Bandantrieb erübrigt und daß durch das Gewicht des herunterhängenden freien Endes der Abdeckung (6') die Abdeckung auf den Gleitelementen über die Wanne gleitet und diese abdeckt, brachten eindeutig zum Ausdruck, daß die Schwerkraft (das Gewicht des herunterhängenden freien Endes der Abdeckung) allein den Abrollvorgang auslöst und bewirkt, ohne daß besondere Antriebsmittel hierfür eingesetzt werden. Den Ausführungen auf Seite 8 der ursprünglichen Unterlagen entnahm der Fachmann nicht, daß er zum Ausrollen (Abwickeln) der Abdeckung von der Welle (7') einen Antrieb der Welle (7') vorsehen müsse, wenn er den Bandantrieb (9/10) weglasse. In dieser Richtung enthält die betreffende Stelle der ursprünglichen Anmeldung keinen Hinweis. Daß die Welle (7') in der ursprünglichen Figur 3 der Patentzeichnung an den Motor angekuppelt dargestellt ist, erklärt sich zwanglos mit Rücksicht auf den Aufwickelvorgang. Daraus leitet der Fachmann wegen der Ausführungen auf Seite 8 der Beschreibung nicht ab, daß die Schwerkraft den Motorantrieb beim Abwickeln der Abdeckung von der Welle nur unterstütze.

Der Hinweis auf Seite 8 der ursprünglichen Anmeldung, daß die Abdeckung bei der geschilderten Ausführung der Erfindung auf Gleitelementen oberhalb des Flüssigkeitsspiegels gleitet, wird vom Fachmann nur als Beispiel gewertet. Auf Seite 3 der Anmeldungsunterlagen sind die schwimmende und die oberhalb des Flüssigkeitsspiegels gleitende Abdeckungen

als gleichwertig nebeneinander genannt. Auf Seite 6 ist der schwimmenden Abdeckung bei Schwimmbecken der Vorzug gegeben. Demnach konnte der Durchschnittsfachmann dem in Figur 3 dargestellten und auf Seite 8 beschriebenen Ausführungsbeispiel ohne weiteres entnehmen, daß die alternative Lösung auch mit einer auf der Wasseroberfläche schwimmenden Abdeckung verwirklicht werden konnte.

Der Auffassung des angefochtenen Urteils, der Fachmann habe aus den ursprünglichen Unterlagen nur erkennen können, daß dem Gewicht des freien Endes infolge des von ihm erzeugten Drehmoments eine gewisse Mitwirkung beim Abwickeln der Abdeckung zukomme, nicht aber, daß dadurch das Abwickeln und Schieben der gesamten Abdeckung über das Becken allein bewirkt werden solle, kann nicht beigetreten werden. Das angefochtene Urteil meint, der Fachmann habe mangels näherer Angaben annehmen müssen, daß die Wirkung des Gewichts des herunterhängenden freien Endes durch ein Antreiben der Welle (7') zu unterstützen war, um mindestens die Reibungsverluste in den Lagern der Welle zu überwinden. Bei dieser Auffassung wird dem Verhältnis der Ausführungsbeispiele nach den Figuren 1 und 3 der ursprünglichen Anmeldung zueinander und dem Hinweis, daß die Anordnung der Welle den Bandantrieb erübrigt, nicht die ihm zukommende Bedeutung beigemessen. Das Fehlen einer Angabe, daß das Abwickeln der Abdeckung von der Welle ausschließlich durch das Gewicht des herunterhängenden Endes der Abdeckung und ohne weiteren Antrieb erfolgt, ist unschädlich. Der Fachmann konnte das ohne weiteres erkennen, auch wenn ein entsprechender ausdrücklicher Hinweis fehlte.

Auch der gerichtliche Sachverständige verkennt die Bedeutung der Schilderung der verschiedenen Ausführungsbeispiele gemäß Figur 1 und 3 der Zeichnung und des Hin-

weises auf Seite 8 der ursprünglichen Beschreibung. Er haftet zu sehr an der Darstellung der Figur 3, die den Antrieb der Welle (7') darstellt. Auch er mißt der Darstellung der abweichenden Vorrichtung nach Seite 8, die den Bandantrieb erübrigt und somit ein Abkuppeln des Antriebes zum Aufrollen der Abdeckung voraussetzt, nicht die erforderliche Bedeutung bei. Er würdigt außerdem nicht genügend, daß dem Gewicht des herunterhängenden freien Endes der Abdeckung nicht nur Bedeutung dafür zugeschrieben wird, das Aufwickeln der Abdeckung in sich (das sog. Aufblähen) zu vermeiden, sondern auch das Abrollen und Ausbreiten der Abdeckung über dem Becken zu bewirken (S. 8 Abs. 2 zweiter Halbsatz).

Da dem Gegenstand des Patentanspruchs 2 des Streitpatents somit die Priorität des Anmeldetages vom 16. April 1964 zukommt, scheidet die US-Patentschrift ~~665~~ 665 gegenüber dem Gegenstand des Patentanspruchs 2 des Streitpatents als Vorveröffentlichung aus.

4. Der Gegenstand des Patentanspruchs 2 des Streitpatents ist technisch fortschrittlich. Er ist wegen der Einsparung eines besonderen Antriebes für das Ausrollen der aufgerollten Abdeckung und von Zugseilen und Umlenkrollen, wie sie bei den vorbekannten Schwimmbeckenabdeckungen verwendet werden, besonders einfach in der Bauweise und wenig stör anfällig. Die auch hier auftretenden Nachteile des Gegenstandes des Patentanspruchs 2, nämlich die Notwendigkeit eines stärkeren Motors und einer Kupplung und eines Kuppelungsschalters (siehe oben I 4) fallen gegenüber den erreichten Vorteilen nicht entscheidend ins Gewicht.

5. Dem Gegenstand des Patentanspruchs 2 des Streitpatents fehlt auch nicht die Erfindungshöhe. Die US-Patent-

223

schriften [REDACTED] 899 (1956), [REDACTED] 607 (1959), [REDACTED] 083 (1960) und [REDACTED] 743 (1962) zeigen, daß auf dem Gebiet der Schwimmbeckenabdeckungen in den Jahren vor der Anmeldung des Streitpatents ein lebhaftes Streben nach vorteilhaften Lösungen herrschte. Das belegen auch das Gebrauchsmuster 1 843 010 aus dem Jahre 1961 und das am 6. September 1963 angemeldete Patent 1 236 163. Keine der bis zur Anmeldung des Streitpatents am 16. April 1964 veröffentlichten Lösungen erreichte ein Abwickeln der rolladenartigen Abdeckung und ein Ausbreiten auf dem ganzen Schwimmbecken ohne besonderen Antrieb oder Zugmittel allein durch die Ausnutzung der Schwerkraft des herunterhängenden freien Endes eines auf einer Welle aufgerollten Rolladens. Es erforderte mehr als nur durchschnittliches fachmännisches Können, das Problem einer einfachen und wenig störanfälligen Bauweise einer insgesamt vorteilhaften Schwimmbeckenabdeckung dadurch zu lösen, daß die Welle für das Aufrollen der Abdeckung in einigem Abstand oberhalb des Flüssigkeitsspiegels in einem auf den Beckenrand gesetzten kastenartigen Behälter so angeordnet wird, daß das freie Ende der rolladenartigen Abdeckung selbsttätig das Abwickeln der Abdeckung und deren Ausbreitung auf der Wasseroberfläche bewirkt. Wer auf den Lösungsgedanken nach Anspruch 2 des Streitpatents kommen wollte, mußte sich von den Vorbildern, die der Stand der Technik in Form von besonderen Antrieben zum Abwickeln der Abdeckung und in Form von Zugseilen bot, lösen und auf diese Antriebe und Zugmittel verzichten. Die Lösung gemäß Anspruch 2 des Streitpatents ist deshalb als erfinderisch zu werten. Sie mag rückschauend als ein einfacher Anwendungsfall der Ausnutzung der Schwerkraft zu werten sein. Da es jedoch trotz einiger Bemühungen vor der Anmeldung des Streitpatents der Fachwelt nicht gelungen war, zu einer solch einfachen und wenig störanfälligen Lösung zu gelangen, wie sie der Anspruch 2 des Streitpatents gebracht hat, obwohl schwimmbfähige Rolladen seit Jahren be-

kannt waren, kann dem Gegenstand des Anspruchs 2 mit dieser theoretischen Analyse des Erfindungsgegenstandes nicht die Erfindungshöhe abgesprochen werden.

III.

Die Berufung des Klägers ist deshalb zurückzuweisen. Auf die Berufung des Beklagten ist das angefochtene Urteil zu Ziffer 1 abzuändern und die Klage im vollen Umfange abzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 42 Abs. 3, 40 Abs. 2, 36 q Abs. 1 Satz 2 PatG; 101 Abs. 1 ZPO i. Verb. m. § 41 o Abs. 1 PatG.

Bruchhausen

Ochmann

Windisch

Hesse

von Albert