

17

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 43/67

URTEIL

Verkündet am

5. Mai 1970

Schwingen,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Patentnichtigkeitssache

der Firma J [REDACTED]-F [REDACTED] KG in K [REDACTED]-Ma [REDACTED], Ba [REDACTED]-
straße [REDACTED], vertreten durch ihren persönlich haftenden
Gesellschafter Gerhard F [REDACTED],

Klägerin und Berufungsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in
[REDACTED] und
Rechtsanwälte Dr. jur. [REDACTED]
[REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED] in [REDACTED]-[REDACTED]
[REDACTED]-

gegen

Frau Irene Hedwig W [REDACTED] in Ho [REDACTED] Kr. We [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Berufungsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Patentanwälte Dipl.-Ing. [REDACTED],
Dipl.-Ing. [REDACTED] in [REDACTED]-[REDACTED] -

sowie gegen

die Firma August Bi[REDACTED] KG in En[REDACTED]-Al[REDACTED]/
Westf., vertreten durch ihre persönlich haftende Ge-
sellschafterin, die Firma Hans Bi[REDACTED] GmbH, diese ver-
treten durch ihren Geschäftsführer Dr. Friedrich Ke[REDACTED],

Nebenintervenientin I,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in
[REDACTED] und
Patentanwalt Dr. Ing. Dipl.-Phys.
[REDACTED] in [REDACTED] -

und

die Firma Wilhelm F[REDACTED] GmbH in Le[REDACTED], vertreten
durch ihren Geschäftsführer Wilhelm F[REDACTED],

Nebenintervenientin II,

- Prozeßbevollmächtigte: Patentanwälte Dipl.-Ing.
[REDACTED], Dipl.-Ing. [REDACTED]
in [REDACTED] -

betreffend das Patent [REDACTED]

- 3 -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Spreng und der Bundesrichter Dr. Löscher, Claßen, Trüstedt und Dr. Bruchhausen

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des 2. Senats (Nichtigkeitssenats II) des Bundespatentgerichts vom 30. November 1966 - 2 Ni 55/64 - abgeändert:

Das Patent [REDACTED] wird für nichtig erklärt.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten und der Nebenintervenientin I je zur Hälfte auferlegt; jedoch sind die durch die Nebenintervention der Nebenintervenientin II verursachten Kosten von dieser zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte ist als Alleinerbin ihres während des jetzigen Berufungsverfahrens verstorbenen Ehemanns, des ursprünglichen Beklagten Wilhelm W [REDACTED] - fortan "der Beklagte" genannt -, Inhaberin des ab 16. September 1953 laufenden Patents [REDACTED], das mit folgenden Ansprüchen erteilt ist:



- 11
- "1. Ausstellvorrichtung für wahlweise um eine lotrechte seitliche Achse schwenkbare oder um eine untere waagerechte Achse kippbare Flügel von Fenstern, Türen od. dgl., bestehend aus einem an den oberen waagerechten Schenkeln des Fensters angeordneten Ausstellarm, der mit einem Ende am feststehenden Rahmen, etwa in Verlängerung der lotrechten Achse, angelenkt und mit dem anderen Ende am Flügelschenkel schiebbar geführt ist, wobei eine weitere Abstützung des Flügels vorgesehen ist, dadurch gekennzeichnet, daß zur weiteren Abstützung des Flügels (4) ein Zusatzarm (9) so mit dem Ausstellarm (3) verbunden ist, daß das Kippen nicht behindert und das Schwenken wenigstens bis 90° ohne weiteres möglich ist.
 2. Ausstellvorrichtung nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß der Zusatzarm (9) mit einem Ende am Flügelrahmen (4) angelenkt und mit dem anderen Ende in einem Langloch (12) des Ausstellarmes (3) geführt ist.
 3. Ausstellvorrichtung nach Anspruch 2, dadurch gekennzeichnet, daß der Zusatzarm (9) über den Angriffspunkt am Ausstellarm (3) hinaus mit einer Verlängerung (14) versehen ist, die sich in der Kippstellung des Flügels gegen den feststehenden Rahmen (1) legt."

Die Klägerin hat beantragt, das Streitpatent für nichtig zu erklären, da es keine eindeutige Lehre zu technischem Handeln enthalte und da zudem der Gegenstand der Erfindung, wie der Beklagte ihn verstanden wissen wolle, im Anmeldezeitpunkt nicht neu, jedenfalls aber nicht erfinderisch gewesen sei; hierzu hat die Klägerin sich auf mehrere vorveröffentlichte Druckschriften und auf mehrere inländische, angeblich offenkundig erfolgte Vorbenutzungen berufen, insbesondere auf die sog. Vorbenutzung Ku[REDACTED] sowie auf die Vorbenutzung gemäß der Zeichnung zur nachveröffentlichten deutschen Patentschrift 929 232.

Der Beklagte hat Klageabweisung verlangt und hilfsweise angeregt, zur Behebung etwaiger Zweifel über den Gegenstand der Erfindung den kennzeichnenden Teil des Anspruchs 1 neu zu fassen. Die Vorbenutzung gemäß der Zeichnung zur nachveröffentlichten deutschen Patentschrift 929 232 werde nicht bestritten, sei aber für das Streitpatent unschädlich, da die vorbenutzte Ausstellvorrichtung keinen Zusatzarm habe; bestritten werde dagegen die sog. Vorbenutzung Kumbruch, und zwar hinsichtlich des Zeitpunktes wie hinsichtlich der Offenkundigkeit der Benutzung.

Die Firma August Bi [REDACTED] in En [REDACTED]-Al [REDACTED] (Generallizenznehmerin des Streitpatentes) sowie die Firma Wilhelm F [REDACTED] GmbH in Le [REDACTED] (Unterlizenznehmerin) sind dem Beklagten als Nebenintervenienten beigetreten und haben gleichfalls Klageabweisung beantragt.

Das Bundespatentgericht hat zur Frage der Vorbenutzung den Zeugen Ku [REDACTED] eidlich vernommen und sodann die Klage abgewiesen.

Mit der hiergegen eingelegten Berufung beantragt die Klägerin, unter Abänderung des angefochtenen Urteils das Streitpatent für nichtig zu erklären.

Die (jetzige) Beklagte bittet um Zurückweisung der Berufung, hilfsweise unter Klarstellung des kennzeichnenden Teiles des Anspruchs 1 durch Einfügen der Worte "in der Ebene" hinter dem Wort "Zusatzarm (9)" sowie durch Ersatz des Wortes "verbunden" durch das Wort "angelenkt".

11

Die beiden Nebenintervenienten schließen sich diesen Anträgen an.

Auf Anfordern des Senats hat Professor Dr. rer. nat. h. c. Otto K[REDACTED], Lehrstuhl für Kolbenmaschinen und Getriebelehre und Leiter des Instituts für Brennkraftmaschinen an der Universität Ka[REDACTED], das schriftliche Gutachten vom 21. Oktober 1968 erstattet und dieses in der mündlichen Verhandlung erläutert und ergänzt. Die Nebenintervenientin I hat ein Privatgutachten des Professors Dr.-Ing. Gerhard P[REDACTED], Lehrstuhl und Laboratorium I für Maschinenelemente an der Technischen Hochschule D[REDACTED], vom 4. Dezember 1969 vorgelegt; hierzu hat der gerichtliche Sachverständige in einem Ergänzungsgutachten vom 12. März 1970 schriftlich Stellung genommen.

Entscheidungsgründe

I. Das Streitpatent betrifft eine Ausstellvorrichtung für sog. Dreh-Kipp-Fenster. Wie es eingangs der Beschreibung heißt, bestehen bekannte Vorrichtungen dieser Art aus einem Ausstellarm, dessen eines Ende am oberen Querschenkel des feststehenden Rahmens angelenkt ist, während das andere, mit einem Längsschlitz versehene Ende an einem Zapfen gehalten wird, der an dem oberen Querschenkel des Flügels angebracht ist. Beim Kippen des Flügels gleite der Zapfen im Schlitz des Ausstellarmes, bis er an dessen äußerem Ende anliege und so den gekippten Flügel halte. Beim Schwenken des Flügels bleibe der Ausstellarm, wenn sein Anlenkpunkt in der lotrechten Schwenkachse des Flügels angeordnet sei, auf dem oberen Querschenkel des Flügels liegen und schwenke zusammen mit

diesem. Durch nur einen einzigen Abstützpunkt werde jedoch der Flügel nicht genügend festgehalten, vor allem nicht bei großen Fenstern mit verhältnismäßig schwachem Rahmen. Man habe daher schon den Flügel an zwei Punkten abgestützt, und zwar durch eine hierzu vorgesehene zweite Ausstellvorrichtung, die man an der lotrechten Öffnungsseite in erreichbarer Höhe angeordnet habe. Der Flügel lasse sich so ohne weiteres kippen, zum Schwenken des Flügels müsse jedoch die an der lotrechten Öffnungsseite angebrachte (= zweite) Ausstellvorrichtung von Hand abgekuppelt werden.

Der Anmelder bezeichnet es als Aufgabe seiner Erfindung, einen Kipp-Schwenk-Flügel an zwei Punkten so abzustützen, daß keine besondere Bedienung einer Ausstellvorrichtung erforderlich sei (Streitpatentschrift S. 1 Z. 28 - 32). Als Lösung empfiehlt er, einen "Zusatzarm" zu verwenden und diesen in bestimmter Weise mit dem Ausstellarm zu "verbinden".

Im einzelnen weist die im Hauptanspruch beschriebene Ausstellvorrichtung für Flügel von Fenstern, Türen od. dgl., die wahlweise um eine lotrechte seitliche Achse schwenkbar oder um eine untere waagerechte Achse kipubar sind, folgende Merkmale auf:

- (I) Sie besteht aus einem Ausstellarm, der
- (1) an den oberen waagerechten Schenkeln des Fensters angeordnet ist,
 - (2) mit dem einen Ende am feststehenden Rahmen angelenkt ist,
 - (a) etwa in Verlängerung der lotrechten Achse,
 - (3) und mit dem anderen Ende am Flügelschenkel schiebar geführt ist;

(II) eine weitere Abstützung ist vorgesehen;

- Oberbegriff -

(III) zur weiteren Abstützung des Flügels dient ein Zusatzarm;

(IV) der Zusatzarm ist so mit dem Ausstellarm verbunden, daß

(1) das Kippen nicht behindert und

(2) das Schwenken wenigstens bis 90° ohne weiteres möglich ist

- kennzeichnender Teil -.

II. Die Klägerin ist der Auffassung, das Streitpatent vermittele keine eindeutige Lehre zu technischem Handeln; es sei nicht konkret angegeben, auf welche Weise der Zusatzarm mit dem Flügel einerseits und mit dem Ausstellarm andererseits "verbunden" werden müsse, damit sich die in den kennzeichnenden Merkmalen IV 1 und 2 näher beschriebenen Wirkungen ergäben. Der gerichtliche Sachverständige ist gleichfalls der Auffassung, das Wort "verbunden" weise eine "bedauerliche Vieldeutigkeit" auf (Gutachten 22 ff), indes ergebe sich aus früheren Anspruchsfassungen und aus dem sonstigen Gang des Erteilungsverfahrens verlässlich, daß als Verbindung im Sinne des kennzeichnenden Merkmals IV nur gelten könne: "die gelenkige oder gleitende Fesselung des Zusatzarmes an dem ursprünglichen Ausstellarm" (Gutachten S. 22); es genüge nicht eine irgendwie geartete Verbindung von Ausstellarm und Zusatzarm, sondern es sei zu verlangen, daß der Zusatzarm "mechanisch verbunden, durch gelenkige oder gleitende Verbindungselemente an ihn (= Ausstellarm) gefesselt" sei.

Dem ist im Ergebnis auch die angefochtene Entscheidung gefolgt, die eine ausreichende Lehre zu technischem Handeln bejaht (Urteil S. 8 f). Schwerpunkt der Begründung des Bundespatentgerichtes ist allerdings die Erwägung, daß die Streitpatentschrift bezüglich des Ausstellarmes die klare Aussage enthält, er sei am feststehenden Rahmen angelenkt und am Flügel schiebbar geführt; damit sei dem Fachmann bezüglich des Zusatzarmes der "Hinweis gegeben", daß dieser in ähnlicher Weise angeordnet werden könne, indem nämlich sein eines Ende angelenkt und sein anderes Ende schiebbar angeordnet werde, wobei es ohne Belang sei, ob der Anlenkpunkt am Ausstellarm oder am Flügel liege.

Der erkennende Senat ist mit dem Bundespatentgericht und mit dem gerichtlichen Sachverständigen der Auffassung, daß - ungeachtet der bei reiner Wortinterpretation sich ergebenden Zweifel - Bedenken gegen die hinreichende Offenbarung einer Lehre zu technischem Handeln letztthin nicht bestehen, zumindest aber ausgeräumt sind durch das in der Zeichnung dargestellte Ausführungsbeispiel, das eine Anlenkung des Zusatzarmes am oberen Schenkel des Flügelrahmens und eine verschiebbare Führung des Zusatzarmes durch einen am anderen Ende angebrachten Zapfen, der in ein Langloch des Ausstellarmes eingreift, aufweist. Mit dem gerichtlichen Sachverständigen (Gutachten 19, 35) ist der Senat ferner der Auffassung, daß der die Streitpatentschrift lesende Fachmann für den Zusatzarm nicht unbedingt die Verschiebbarkeit des einen Endes durch Zapfen und Langloch als einzige in Betracht kommende Ausführung erwägen wird, sondern auch die Anlenkung des Zusatzarmes hinsichtlich seiner beiden Enden (d. h. an beiden Seiten Zapfen und Rundlöcher), dies

schon deshalb, weil erst im Anspruch 2 die Führung des Zusatzarmes durch ein im Ausstellarm angebrachtes Langloch als bevorzugte Ausführung genannt ist.

Es fragt sich freilich, ob etwa eine Verdeutlichung der im Streitpatent vermittelten Lehre geboten ist, d. h. eine Klarstellung der Merkmale I 1 und IV. Die Beklagte möchte dies durch ihren Hilfsantrag erreichen. Hiernach soll die "Verbindung" von Ausstellarm und Zusatzarm "in der Ebene" erfolgen, und die Verbindungsweise wird als ein "Anlenken" bezeichnet; beides zusammen hat zur Folge, daß der Zusatzarm - ebenso wie für den Ausstellarm durch das Merkmal I 1 bereits ausdrücklich vorgeschrieben - "an den oberen waagerechten Schenkeln des Fensters angeordnet ist". Eine Prüfung, ob eine Neufassung des Anspruches, die nur die Bedeutung einer Klarstellung hätte, hier geboten ist, kann jedoch unterbleiben, da, wie noch zu zeigen ist, dem Streitpatent die Erfindungshöhe fehlt.

III. Der im Anspruch 1 des Streitpatents beschriebene Gegenstand war im Prioritätszeitpunkt des Streitpatentes (15. September 1953) neu.

1. Deutsche Patentschrift 66 889 (1893)

Beschrieben und dargestellt wird eine Vorrichtung zur "Gerad- und Parallelführung für Schiebetüren, Schiebefenster und dergl.", bei welcher "die äußersten Enden der zu verschiebenden Fenster bzw. Türen bei der Verschiebung sich stets in derselben waagerechten Geraden bewegen" (Eingang der dortigen Beschreibung). Der zu verschiebende und der feste Teil sind oben und unten durch "Hauptlenker" verbunden, die wechselweise an einen der Teile

angelenkt und an dem anderen Teil geradlinig verschiebbar sind. Die Mitten der Hauptlenker sind durch "Hilfslenker" mit denjenigen Teilen gelenkig verbunden, an welchen sich die Hauptlenker gelenkig verschieben können (aa0); erstrebt wird eine "ebene Verschiebung".

Da diese ältere Vorrichtung Schiebefenster, Schiebetüren usw. betrifft, fehlt es schon der Gattung nach an einer Übereinstimmung mit dem Streitpatent. Bei der älteren Lösung stellt sich nicht das Dreh-Kipp-Problem, das beim Streitpatent auch die Gestaltung der Ausstellvorrichtung entscheidend mitbestimmt, z. B. dahingehend, daß die Anlenkung des Ausstellarmes am feststehenden Rahmen etwa in der Verlängerung der lotrechten Schwenkachse liegen muß, um überhaupt ein ungehindertes Schwenken des Flügels zu ermöglichen. Sodann erfolgt die Bewegung der beiden Teile zu- und voneinander in horizontaler Seitbewegung, während der beim Streitpatent insoweit vergleichbare Kippvorgang einen Bewegungsverlauf in der Tiefe und in vertikaler Richtung aufweist. Vor allem aber weichen die beiden Konstruktionen schon insofern voneinander ab: beim Streitpatent geht es um die Begrenzung der Kippbewegung, um die Vermeidung einer Verwindung in der Endposition des Flügels beim Kippvorgang, bei der älteren Lösung dagegen um die Parallelführung der beiden Teile während des Vorganges ihrer seitlichen Verschiebung. Zwar entsprechen Haupt- und Hilfslenker der älteren Konstruktion in der Formgebung eindeutig dem Ausstell- und dem Zusatzarm des Streitpatentes, so daß Zweipunkthalterung bei Trennung der Teile gegeben ist; die Andersartigkeit der Gattung hat jedoch zur Folge, daß bei der älteren Lösung auch die Merkmale I und IV des Streitpatentes mit sämtlichen dort enthaltenen Untermerkmalen nicht erfüllt sind.

2. Deutsche Patentschrift 152 091 (1904)

Auch bei dieser "Vorrichtung zum Öffnen und Schließen von Oberlichtfenstern ..." fehlt es schon gattungsmäßig an einer Übereinstimmung mit dem Streitpatent, denn es stellt sich auch hier nicht das Dreh-Kipp-Problem (deshalb z. B. Fehlen einer lotrechten Schwenkachse). Ein Ausstellarm oberhalb der Flügeloberkante ist zwar vorhanden, der nicht nur Haltearm und Kipphebelbegrenzer, sondern zugleich aktiver Betätigungshebel beim Ver- und Entriegeln, beim Schließen und Öffnen des Fensters ist. Es fehlt jedoch ein dem Zusatzarm des Streitpatentes vergleichbarer Bauteil, denn das Anliegen des Vorwindungsschutzes bei vollgeöffneter Kippstellung des Flügels, wie es dem Streitpatent zugrunde liegt, ist konstruktiv nicht berücksichtigt.

3. Deutsche Patentschrift 661 114 (1938)

Dieses "Getriebe zum Bewegen eines an einem Fensterflügel angebrachten schwenkbaren (richtiger wohl: kippbaren) kleineren Lüftungsflügels" liegt dem Streitpatent noch ferner als die beiden zuvor erörterten Konstruktionen. Wiederum ist ein seitliches Verschwenken des Flügels nicht vorgesehen (es fehlt somit auch hier eine lotrechte Schwenkachse), und der Ausstellarm, der übrigens wieder Betätigungshebel beim Öffnungs- und Verschließvorgang ist, ist hier nicht einmal oberhalb des Fensters, sondern seitlich am lotrechten Spalt angeordnet. Eine weitere Abstützung des Flügels durch einen Zusatzarm bei beendeter Kippstellung des Flügels ist nicht vorgesehen.

4. Deutsche Patentschrift 681 150 (1939)

Hier wird erstmals ein Dreh-Kipp-Mechanismus gezeigt. Beim Schwenken werden zwei lotrecht übereinander seitlich am Fenster angebrachte Fischbänder (Fischbandscharniere) gekuppelt, indem jeweils Bolzen und Hül- sen der Fischbandscharniere in Eingriff gebracht werden (Beschreibung S. 2 Z. 40 ff); zum Kippen werden die bei- den vorgenannten Fischbänder entkuppelt, während am un- teren Fensterflügel eine waagerechte Kippachse gebildet wird, bestehend aus dem Eckgelenk und aus einem unteren waagerechten Fischbandgelenk (S. 2 Z. 60 ff). Beides er- folgt durch Betätigung der mit einem Griff versehenen "Drehstange c", angeordnet "etwa" in der Schwenkachse des Flügels. Sie ist Drehachse eines Ausstellarmes ("Stellarm a"), der sich oberhalb der Flügeloberkante befindet und in waagerechter Ebene bewegbar ist. Das flügelseitige Ende dieses Ausstellarmes weist einen Zap- fon auf ("Führungsstift oder Gleitstein d"), der in einer Langlochführung des oberen Flügelbalkens gleitet ("Füh- rungsrohr oder Führungsbloch g", angebracht am Fenster- flügel, mit "Führungsschlitz e", vgl. S. 2 Z. 17 ff). Eine weitere Abstützung des Flügels in der Endstellung des Kippens zur Erreichung der Verwindungsfreiheit fehlt.

Die hier gezeigte Ausstellvorrichtung entspricht gattungsmäßig sowie hinsichtlich der Gestaltung des Aus- stellarmes (Merkmal I mit Untermerkmalen) dem Streitpa- tent; da jedoch eine weitere Abstützung durch einen Zu- satzarm fehlt, sind die Merkmale II, III und IV des Streitpatentes nicht erfüllt.

5. Deutsche Patentschrift 875 308 (ausgegeben am 30. April 1953).

Der hier gezeigte Dreh-Kipp-Mechanismus ist nur für Flügelpaare gedacht, d. h. für sog. Zweiflügelfenster, deren beide Flügel sich beim Schwenken nach beiden Seiten auseinander bewegen, wobei jeder dieser beiden Flügel auswärts seine eigene lotrechte Schwenkachse hat. Entsprechend verwendet die ältere Lösung zwei Ausstellarme, die jedoch beiderseits am lotrechten Spalt angeordnet und durch eine am oberen Fensterrahmen angeordnete waagerecht verlaufende Stange starr miteinander verbunden sind, so daß das Ganze einen starren Bügel bildet. Die beiden Enden des Bügels (d. h. die flügelseitigen Enden der beiden Ausstellarme) gleiten in Hülzen, die drehbar am Flügelrahmen angebracht sind. Über die Kippwinkelbegrenzung und Haltefunktion gegen Windschutz und gegen Flügelgewicht sagt die Druckschrift nichts aus; offenbar obliegt dies den beiden Ausstellarmen, deren flügelseitige Enden möglicherweise verdickt sind (vgl. Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen S. 38 ff und die dort angebrachte Skizze). Durch Zugriff einer Schubstange auf die Gesamtvorrichtung (starrer Bügel) wird die Kippbewegung gesteuert.

Da die hier in Rede stehende ältere Lösung für Einflügelfenster nicht anwendbar ist, umgekehrt das Streitpatent eine Anwendung auf sog. Zweiflügelfenster nur in der Weise zuläßt, daß man "jede Fensterhälfte einzeln mit der doppelarmigen Schere ausstattet" (SV Gutachten S. 39/40), sind die beiden Vorrichtungen, obwohl gleichermaßen für Dreh-Kipp-Fenster gedacht, schon der Gattung nach nur begrenzt vergleichbar.

Davon abgesehen ist aber auch bei der älteren Lösung der Ausstellarm (bzw. die beiden Ausstellarme) lotrecht und nicht an den oberen waagerechten Schenkeln des Fensters angeordnet, und eine weitere Abstützung durch einen Zusatzarm ist nicht vorgesehen (es fehlen die Merkmale I 1, II, III und IV des Streitpatents).

6. Deutsche Patentschrift 885 211 (ausgegeben am 3. August 1953).

Die hier gezeigte Ausstellvorrichtung für ein Dreh-Kipp-Fenster ist oberhalb der Flügeloberkante in waagerechter Ebene angebracht, Sie besteht - betrachtet in der eigentlichen Funktionsstellung bei maximaler Kippöffnung - aus zwei gestreckten, auf Zug beanspruchten Haltearmen; jeder dieser Haltearme ist zweiteilig, beide Teile jedes Aufstellarmes sind gelenkig miteinander verbunden. Es ist im Grunde eine Schere, die beim Schließen des Flügels oberhalb der Flügeloberkante zusammengefaltot wird. Hier liegt der Sache nach eine Einpunkthalterung in der Mitte des oberen Fensterbalkens ohne weitere Flügelabstützung vor (Fehlen eines Zusatzarmes). Das Problem der besseren Verwindungsfreiheit des oberen Flügelbalkens ist nicht behandelt.

Zumindest die Merkmale II, III und IV des Streitpatentes sind nicht erfüllt.

7. Deutsche Patentschrift 976 943 (ausgegeben am 20. August 1964, Anmeldung vom 17. Januar 1954).

Diese Druckschrift ist nachveröffentlicht. Schon wegen des Anmeldedatums scheidet die dort gebotene Lö-

sung auch als ein dem Streitpatent gegenüber älteres Recht aus.

8. Vorbenutzung gemäß der nachveröffentlichten deutschen Patentschrift 929 232.

Die Beklagte bestreitet nicht mehr, daß eine Konstruktion gemäß der Zeichnung zur nachveröffentlichten Patentschrift 929 232 im Inland offenkundig vorbenutzt worden ist (vgl. die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 30. November 1966 vor dem Bundespatentgericht). Diese Vorbenutzung ist jedoch, wie das Bundespatentgericht (S. 10 des angefochtenen Urteils) zutreffend feststellt, für das Streitpatent schon deshalb unschädlich, weil bei der vorbenutzten Beschlaganordnung ein Zusatzarm zur weiteren Abstützung des Flügels nicht vorhanden ist. Aufgabe der vorbenutzten Konstruktion war im übrigen nicht etwa die Erzielung der Verwindungsfreiheit des Flügels, sondern eine bessere Nothalterung des Flügels im Falle einer Fehlbedienung des Dreh-Kipp-Mechanismus!

9. Vorbenutzung Kumbruch

Die nach Behauptung der Klägerin im Inland offenkundig vorbenutzte Ausstellvorrichtung nach dem sog. Ku-Beschlag weist einen Ausstellarm und einen gelenkig mit diesem verbundenen Zusatzarm auf, der mit seinem anderen Ende gelenkig mit dem Fensterflügel verbunden ist. Der an der Flügeloberkante angeordnete Ausstellarm ist rahmenseitig als Flachstab, flügelseitig als Rohr ausgebildet. In einen am Rohrende befindlichen

Schlitz ragt ein am Fensterflügel drehbar angebrachter zylindrischer Bolzen herein, durch den der Aussteller "schiebbar geführt" wird.

Der vom Bundespatentgericht eidlich vernommene Zeuge Kumbruch hat bei seiner Anhörung eine Skizze gefertigt. Hiernach hat bei der Ku[REDACTED]-Ausstellvorrichtung die Fensterflügeloberkante einen nach rechts ausladenden besonderen Beschlagteil, der den Anlenkpunkt für den Zusatzarm seitlich über die Flügelkontur hinaus verlegt, nämlich in die obere Verlängerung der lotrechten Schwenkachse. Diese Besonderheit hindert nicht die Übereinstimmung der Ku[REDACTED]-Konstruktion mit dem Gegenstand des Streitpatents, denn eine Anlenkung des Zusatzarmes am Fensterflügel im Sinne der Lehre des Streitpatents ist auch dann gegeben, wenn dies mittels eines mit dem Fensterflügel fest verbundenen besonderen Beschlagteils erreicht wird. Der gerichtliche Sachverständige hat dies in der mündlichen Verhandlung bestätigt, und die Nebenintervenientin I hat in ihrem Schriftsatz vom 19. Januar 1911 (S. 2) eingeräumt, daß die Ausstellvorrichtung Ku[REDACTED] wäre sie tatsächlich offenkundig vorbenutzt, "der Schutzfähigkeit des Gegenstandes des Streitpatents entgegenstehen würde".

Indes ist Zeitpunkt wie Offenkundigkeit der Benutzung der Ku[REDACTED]-Konstruktion unter den Parteien nach wie vor umstritten. Die angefochtene Entscheidung hat eine Verurteilung bejaht, Offenkundigkeit dagegen für nicht bestehen erachtet (Urteil S. 10 ff). Die Klägerin bezeichnet die Ausführungen des Urteils zum letzteren Punkte als rechtlich fehlsam, während die Beklagte und die beiden Nebenintervenienten im Berufungsrechtszug Gegenbeweis

dafür angetreten haben, daß die Benutzung des Ku-
Beschlages - wenn sie überhaupt offenkundig erfolgt
sein sollte - zeitlich nach der Anmeldung des Streitpa-
tenten liegt.

Der Vorbenutzungsfall Ku- kann indes auf sich
beruhen, da es darauf nicht ankommt; denn das Streitpa-
tent ist schon aus den unten noch darzulegenden Gründen
mangels Erfindungshöhe nicht schutzfähig.

IV. Mit dem Streitpatent auf technischen Fortschritt
vergleichbar sind nur die oben zu III 4 bis 6 behandelten
älteren Lösungen, denn nur sie betreffen Ausstellvorrich-
tungen speziell für Dreh-Kipp-Fenster. Die Lösung nach
der deutschen Patentschrift 875 308 (oben zu III 5) schei-
det aber schon deshalb aus, weil sie nur für Zweiflügel-
fenster anwendbar ist. Gegenüber den Konstruktionen nach
den deutschen Patentschriften 681 150 (oben zu III 4)
und 885 211 (oben zu III 6), die beide den Fensterflügel
in seiner Mitte einpunktig halten, erreicht das Streit-
patent, daß durch die Zweipunkthaltung in der Endkipp-
stellung des Flügels, die ohne besondere Bedienung von
Hand eintritt, eine Verwindungsfreiheit gegenüber den
am Flügel seitlich einsetzenden Zug- und Biegekräften
erzielt wird.

Eine Bereicherung der Technik durch das Streitpatent
entfällt nicht etwa deshalb, weil das Streitpatent weder
eine Nothalterung des Flügels bei Fehlbedienung des Dreh-
Kipp-Mechanismus' in seine Lehre einbezogen, noch Lö-
sungsmittel bereitgestellt hat, die auch während des
Kippvorganges eine ständige Parallelführung von oberem
Flügelschenkel und Fensterrahmen sicherstellen. Die Frage

des technischen Fortschrittes ist nämlich einzig auf Grund eines Vergleiches mit dem vorgefundenen Stand der Technik zu beantworten, nicht aber danach, ob eine noch bessere Lösung, als im Streitpatent empfohlen, vielleicht sogar eine optimale und ideale Lösung, möglich gewesen wäre.

V. Dem Streitpatent fehlt jedoch die Erfindungshöhe:

Bestand die dem Streitpatent zugrunde liegende Aufgabe darin, den Fensterflügel in der Kippendstellung an zwei Punkten abzustützen, jedoch den bekannten, an der Flügelöffnungsseite angebrachten Riegel, der eine Bedienung von Hand erforderte, durch einen Mechanismus zu ersetzen, der ebenso wie der Ausstellarm beim Übergang in die Kippstellung als Abstützorgan automatisch wirksam wurde, dann lag es nahe, auch das zweite für erforderlich erachtete Abstützorgan von der Flügelöffnungsseite ganz fortzubringen und ihm einen Ansatzpunkt an der Flügeloberkante zu geben, wo auch schon der Ausstellarm bekannter Art seinen Ansatzpunkt hatte. Weiter lag es nahe, das zweite Abstützorgan in ähnlicher Weise baulich zu gestalten und anzuordnen wie den bekannten Ausstellarm: als Flachband, in der Schließ- und in der Schwenkstellung des Flügels zusammengefaltet oberhalb der Flügeloberkante. Daß das zweite Abstützorgan in seiner Bewegungsweise vom ersten Abstützorgan gesteuert und deshalb mit diesem irgendwie verbunden sein mußte, war fast eine Zwangsläufigkeit. Für die praktische Durchführung boten sich dem Fachmann schon auf Grund seines allgemeinen fachlichen Wissens und Könnens eine Reihe von Möglichkeiten an.

So konnte der Fachmann u. a. aus der deutschen Patentschrift 66 889 nützliche Anregungen entnehmen. Dort war ein Bauelement gezeigt, das bei Schiebetüren und Schiebefenstern das Öffnen und Schließen ermöglichte. Zwar kam es dort auf die "Gerad- und Parallelführung", nicht auf die Fixierung einer Endstellung an. Zudem erfolgte dort die Bewegung der Teile in horizontaler Richtung und geradlinig von- und zueinander, nicht wie beim Streitpatent bogenförmig und in vertikal verlaufender Kippbewegung. Dessen ungeachtet bot sich aber an, die Verwendbarkeit des dort gezeigten Mechanismus' auch für Dreh-Kipp-Konstruktionen zu erproben, denn was in jener älteren Lösung gezeigt wurde, war im Grunde dasselbe: die mehrfache Abstützung zweier Bauteile im Bewegungsverlauf in Richtung auf eine fixierte Öffnungs-Endstellung hin.

Der gerichtliche Sachverständige hat in seinen schriftlichen und mündlichen Darlegungen der deutschen Patentschrift 66 889 ganz besonderes Gewicht für die Verneinung der Erfindungshöhe des Streitpatents beige-messen und hat dabei u. a. ausgeführt, daß in der genannten älteren Druckschrift auch schon das Problem des sog. Ellipsenlenkers aufgezeigt, d. h. eine Bemessungsregel für die Länge von Ausstell- und Zusatzarm sowie für die Bestimmung des richtigen Ablenkpunktes geboten gewesen sei, falls der Zusatzarm unmittelbar an dem zu verschiebenden Bauteil und nicht etwa an einem mit diesem fest zu verbindenden besonderen Beschlagstück angebracht werden sollte. Dieser Wertung tritt der Senat bei. Entgegen der Betrachtungsweise der Beklagten und ihrer beiden Nebenintervenienten ist es nämlich unerheblich, ob der Ellipsenlenker als mathematisches, in einer Formel

faßbares Prinzip dem Anmelder bekannt war oder doch bekannt sein mußte, denn näher als die Errechnung der richtigen Längen der beiden Arme und des richtigen Anlenkpunktes lag es, durch bloßes Ausprobieren diese Werte zu ermitteln, d. h. zu erreichen, daß der Ausstellmechanismus beim Kippen des Fensterflügels sich spreizte und beim Schließen oder seitlichen Verschwenken des Fensters sich oberhalb der Flügeloberkante zusammenfaltete. Es handelte sich schließlich ja bei Schiebetüren und -fenstern einerseits und bei Dreh-Kipp-Konstruktionen anderseits um eng verwandte Fachbereiche, und es drängte sich deshalb geradezu auf, was für den einen Bereich bereits empfohlen war, für den anderen benachbarten Bereich zumindest zu versuchen.

VI. Mit dem Hauptanspruch konnten auch die beiden Unteransprüche keinen Bestand haben. Ihnen kommt, wie auch der gerichtliche Sachverständige bestätigt hat, eigener Erfindungsgehalt nicht zu.

VII. Nach allem war unter entsprechender Abänderung des angefochtenen Urteils das Streitpatent für nichtig zu erklären.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 42 Abs. 3 i.V.m. § 40 Abs. 2 und § 36 a Abs. 1 Satz 2 PatG sowie auf § 101 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 100 Abs. 1 und § 69 ZPO; sie bezieht sich auf die gerichtlichen und die außergerichtlichen Kosten beider Instanzen. Die Nebenintervenientin I war neben der Beklagten "nach Kopfteilen" an den Kosten des Rechtsstreits zu beteiligen (§ 100 Abs. 1 ZPO), da sie sog. "streitgenössische Nebenintervenientin" ist (§ 101 Abs. 2, § 69 ZPO); sie ist, wie sie selbst in ihrem Schriftsatz vom 24. Mai 1965 zur Begründung ihres "recht-

lichen Interesses" an ihrem Beitritt (§ 66 ZPO) dargelegt hat, ausschließliche Lizenznehmerin an dem Streitpatent und hat als solche die Nichtigkeitsklägerin wegen Verletzung des Streitpatents gerichtlich in Anspruch genommen; zwischen ihr und der Nichtigkeitsklägerin besteht daher ein "Rechtsverhältnis", für welches die Entscheidung des vorliegenden Nichtigkeitsstreits "von Wirksamkeit" ist (§ 69 ZPO; vgl. dazu auch BGH GRUR 1968, 86, 91 - "Ladegerät" - bei VII). Die Nebenintervenientin II dagegen ist, wie sie in ihrem Beitrittsschriftsatz vom 7. April 1966 dargelegt hat, nur Unterlizenznehmerin der Nebenintervenientin I und nach ihrem Lizenzvertrag nicht berechtigt, selbst gegen Patentverletzer vorzugehen; sie steht daher auch nicht in einem "Rechtsverhältnis" im Sinne des § 69 ZPO zur Nichtigkeitsklägerin und ist mithin im vorliegenden Nichtigkeitsstreit nur eine "einfache" Nebenintervenientin, für welche die Kostenvorschrift des § 101 Abs. 1 ZPO gilt.

Spreng

Löschner

Claßen

Trüstedt

Bundesrichter Dr. Bruchhausen
ist infolge Urlaubs an der
Leistung der Unterschrift ver-
hindert.

Spreng