

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 63/71

URTEIL

Verkündet am
3. Dezember 1974
Oechsler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma D-[REDACTED]-Werk, Hermann A-[REDACTED], Inhaber Dr. Heinrich
A-[REDACTED], Er-[REDACTED] b. Ma-[REDACTED] am N-[REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
[REDACTED] -

gegen

die Firma Z-[REDACTED] Metallbau KG, Dipl.-Ing. Karl H-[REDACTED],
V-[REDACTED]/E-[REDACTED], In-[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
[REDACTED] -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 1974 durch den Vorsitzenden Richter Trüstedt und die Richter Dr. Bruchhausen, Ochmann, Bendler und Dr. Häußer

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Karlsruhe vom 18. Mai 1971 wird auf
Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin war Inhaberin des Patents [REDACTED] [REDACTED]
(Klagepatent), das am 2. August 1951 unter der Bezeichnung "Zwangsmischer" erteilt worden war. Die Bekanntmachung der Anmeldung war am 23. November 1950 erfolgt. Das Klagepatent ist mit Ablauf des 1. Oktober 1966 durch Zeitablauf erloschen.

Das Klagepatent wurde durch rechtskräftige Entscheidung des 1. Nichtigkeitssenats des Deutschen Patentamts vom 11. Dezember 1956 dadurch teilweise für nichtig erklärt, daß an die Stelle der Patentansprüche 1 - 5 des erteilten Patents folgender neuer Patentanspruch 1 gesetzt worden ist:

"Mischer, besonders für Baustoffe aller Art,
mit um eine lotrechte Achse rotierendem

Mischtrog und einem in diesem im gleichen Drehsinn exzentrisch um eine zur Trogachse parallele Achse umlaufenden Mischflügel, wobei nur der Mischflügel angetrieben und der Mischtrog durch die Reibungskraft des Mischgutes mitgenommen wird, gekennzeichnet durch die Kombination folgender Merkmale:

- a) der Mischflügel besteht aus einem Armkreuz mit an den Armen starr befestigten Flügelblättern,
- b) ein um seine Längsachse verstell- und/oder verschiebbarer, vorzugsweise pflugscharähnlich ausgebildeter Brems- und Wendeflügel ist so angeordnet, daß er das Mischgut nach dem umlaufenden Mischflügel hin ableitet."

Die Beklagte hat während der Laufzeit des Klagepatents ebenfalls einen vertikalen Zwangsmischer hergestellt, bei dem der Mischtrog angetrieben und durch Vermittlung des Mischguts das Rührwerk mitgenommen wird. Das Rührwerk besteht bei dem Mischgerät der Beklagten aus einem Armkreuz mit vier starr befestigten Mischflügeln; das Armkreuz ist achsparallel mit dem Trog exzentrisch gelagert und läuft im gleichen Drehsinne mit. Neben dem Armkreuz sind als weitere Mischwerkzeuge zwei feststehende Mischschaufeln vorhanden, nämlich eine Abstreif- und eine Wendeschaufel, die beiderseits des Armkreuzes in dem Raum zwischen diesem und der Trogwand angebracht sind; die Mischschaufeln sind in einer Führung gelagert und durch eine Klemmschraube festgehalten; nach dem Lösen der Klemmschraube sind sie höhenverstellbar und können durch Drehen des das Schaufelblatt tragenden Rohrstückes auch um ihre Längsachse verstellt werden. Die näheren Einzelheiten des von der Beklagten hergestellten Zwangsmischers ergeben sich aus den von der



Klägerin mit der Klage und mit Schriftsatz vom 19. August 1957 übergebenen fotografischen Abbildungen und Prospekten der Beklagten, sowie aus dem von der Beklagten im Termin vom 27. April 1971 übergebenen Prospekt.

Die Klägerin hat darin eine Verletzung des Klagepatents gesehen; sie hat mit der Klage vom 20. Februar 1954 die Beklagte auf Unterlassung sowie auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadenersatzpflicht in Anspruch genommen.

Das Landgericht hat nach Einholung eines Sachverständigengutachtens des Prof. Dr. G. [REDACTED] die Beklagte antragsgemäß verurteilt.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht durch Urteil vom 17. April 1959 die Klage abgewiesen. Auf die Revision der Klägerin hat der Bundesgerichtshof durch Urteil vom 28. November 1963 - Ia ZR 8/63 (GRUR 1964, 196 ff.) das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Klägerin hat im Berufungsverfahren geltend gemacht, der von der Beklagten hergestellte Zwangsmischer unterscheide sich von dem Gegenstand des Klagepatents nur dadurch, daß statt des Armkreuzes der Mischtrög angetrieben werde. Die Beklagte habe damit von einem allgemeinen Erfindungsgedanken Gebrauch gemacht, der bei näherer, jedoch nicht erfinderischer Überlegung dem Klagepatent habe entnommen werden können, und der gegenüber dem Stand

der Technik am Anmeldetag schutzfähig gewesen sei. Sie hat nach dem Erlöschen des Klagepatents die Hauptsache hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs für erledigt erklärt.

Die Beklagte hat dem entgegengehalten, der von der Klägerin beanspruchte allgemeine Erfindungsgedanke sei aus dem Patentanspruch nicht herleitbar und werde durch das Klagepatent nicht offenbart. Dem allgemeinen Erfindungsgedanken fehlten angesichts des Standes der Technik am Anmeldetag, insbesondere im Hinblick auf die britische Patentschrift [REDACTED] die Voraussetzungen der Schutzfähigkeit. Die Beklagte mache zudem von dem allgemeinen Erfindungsgedanken keinen Gebrauch, weil das erfindungsfunktionelle Element des um eine Längsachse verstellbaren Brems- und Wendeflügels bei der angegriffenen Ausführungsform ihres Zwangsmischers im Ergebnis nicht vorhanden sei; die den Mischflügel feststellende Klemmschraube werde beim Gebrauch praktisch niemals mehr gelöst oder könne auch nicht gelöst werden. Die Beklagte hat sich der Erklärung der Klägerin über die Erledigung der Hauptsache nicht angeschlossen.

Das Oberlandesgericht hat durch Einholung eines Sachverständigengutachtens des Prof. Dr.-Ing. K[REDACTED] (Institut für Maschinenwesen im Baubetrieb an der Universität Ka[REDACTED]) Beweis erhoben; der Sachverständige hat sein Gutachten in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ergänzt und erläutert.

Das Oberlandesgericht hat nunmehr durch Urteil vom 18. Mai 1971 die Berufung entsprechend dem geänderten

Klageantrag mit folgender Maßgabe zurückgewiesen:

1. Der Urteilsausspruch zu I. (Unterlassung) und II. (Strafandrohung) ist in der Hauptsache erledigt.
2. Der Urteilsausspruch zu III. (Feststellung der Schadenersatzpflicht) erhält folgende Fassung:

Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser dadurch entstanden ist, daß die Beklagte in der Zeit vom 20. Februar 1951 bis einschließlich 1. Oktober 1966 Mischer, insbesondere zur Herstellung von Baustoffen, feilgehalten und vertrieben hat, die folgende Merkmale aufweisen:

- a) Der Mischer rotiert um eine lotrechte Achse.
 - b) Ein Mischflügel läuft in dem Mischtrog in gleichem Drehsinn exzentrisch um eine zur Trogachse parallele Achse.
 - c) Von den beiden Elementen Mischtrog und Mischflügel wird nur der Mischtrog angetrieben; der Mischflügel wird durch die Reibungskraft des Mischgutes mitgenommen.
 - d) Der Mischflügel besteht aus einem Armkreuz mit an den Armen starr befestigten Flügelblättern.
 - e) In der Höhe und um ihre Längsachse verstellbare ortsfeste Mischwerkzeuge sind im Mischtrog so angeordnet, daß sie das Mischgut nach dem umlaufenden Mischflügel hin ableiten.
3. Der Urteilsausspruch zu IV. (Rechnungslegung) erhält folgende Fassung:

Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin für die Zeit vom 20. Februar 1951 bis einschließlich 1. Oktober 1966 unter Nennung von Stückzahl, Lieferpreis und Abnehmer Rechnung zu legen über den Vertrieb von Mischern mit den im Urteilsausspruch zu III. (vorstehend 2.) genannten Merkmalen. Der Beklagten wird gestattet, Namen und Anschriften der belieferten Abnehmer statt der Klägerin einem von dieser zu bezeichnenden, im übrigen zur Verschwiegenheit gegenüber der Klägerin verpflichteten öffentlich bestellten Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchprüfer mitzuteilen, sofern die Beklagte diesen ermächtigt, der Klägerin darüber Auskunft zu geben, ob eine bestimmte Lieferung oder ein bestimmter Abnehmer in der Rechnung enthalten ist.

Mit der Revision gegen dieses Urteil verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Die Klägerin erstrebt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist nicht begründet.

I.

Das Berufungsgericht ist bei seiner erneuten Entscheidung von der Auslegung des Klagepatents ausgegangen,

wie sie das Revisionsgericht in dem Urteil vom 28. November 1963 (I Ziff. 2 und 3, S. 8 ff.) vorgenommen hat. In Übereinstimmung damit hat es ausgeführt, dem Patentanspruch 1 des Klagepatents in der Fassung der Entscheidung des Nichtigkeitssenats des Deutschen Patentamts liege die Aufgabe zugrunde,

Zwangsmischer vorbekannter Art durch wesentliche Vereinfachung ihrer Konstruktion und Verbilligung ihrer Herstellung bei gleich wirkungsvoller Mischleistung sowie Ausstattung mit einer einfachen und zweckmäßigen Steuerungsmöglichkeit zu verbessern.

Als Lösung dieser Aufgabe werde durch das Klagepatent ein Zwangsmischer unter Schutz gestellt, der eine Kombination folgender, funktionell zusammenwirkender Merkmale aufweise:

- (1) Der Mischtrog rotiert um eine lotrechte Achse;
- (2) ein Mischflügel läuft in dem Trog im gleichen Drehsinne um eine zur Trogachse parallele Achse;
- (3) es wird nur der Mischflügel angetrieben und dabei der Mischtrog durch die Reibungskraft des Mischgutes mitgenommen;
- (4) Der Mischflügel ist als Armkreuz mit an den Armen starr befestigten Flügelblättern ausgestaltet;
- (5) ein um seine Längsachse verstell- und/oder verschiebbarer, vorzugsweise pflugscharähnlich ausgebildeter Brems- und Wendeflügel ist ortsfest so angeordnet, daß er das Mischgut nach dem Mischflügel hin ableitet.

Diese Auslegung des Klagepatents wird von der Revision nicht angegriffen.

II.

Zu der angegriffenen Ausführungsform des Zwangsmischers der Beklagten hat das Berufungsgericht ausgeführt, von der erfindungsgemäßen Kombination des Klagepatents werde dort unstreitig hinsichtlich der Merkmale 1, 2 und 4 identisch Gebrauch gemacht.

Die angegriffene Ausführungsform weise auch einen um seine Längsachse verstell- und verschiebbaren Brems- und Wendeflügel auf (Merkmal 5). Der Prospekt der Beklagten bezeichne die dem Brems- und Wendeflügel des Klagepatents entsprechenden Mischwerkzeuge der Verletzungsform als "Mischschaufel" und "Wendeschaufel". Dieser Unterschied in der Bezeichnung sei unerheblich, weil die Mischung durch das Zusammenwirken beweglicher und feststehender Mischwerkzeuge erfolge, denen jeweils Leitungs- und Mischungsfunktion zukomme. Zwar sei es nicht möglich, die feststehenden Mischwerkzeuge der angegriffenen Ausführungsform während des Mischvorgangs zu verstellen, da die feststehenden Mischwerkzeuge am hochklappbaren Mischarm mittels einer Klemmschraube befestigt seien. Die Behauptung der Beklagten, eine Verstellung der feststehenden Mischwerkzeuge der Verletzungsform sei auch außerhalb des Mischvorgangs nicht vorgesehen, werde schon durch die Maschinenbeschreibung auf der Rückseite des Prospekts der Beklagten widerlegt. Dort werde als Vorzug hervorgehoben, daß sämtliche Mischwerkzeuge höhenverstellbar

seien und entsprechend ihrer Abnutzung nachgestellt werden könnten. Die Klemmschraube, mit der die feststehenden Mischwerkzeuge befestigt seien, müsse demnach lösbar sein, sie sei nicht dazu bestimmt, beim Gebrauch festzurosten. Damit sei es möglich, die Mischwerkzeuge durch Drehen des das Schaufelblatt tragenden Rohrstücks auch um die Längsachse zu verstellen. Die erfingungsgemäße Aufgabe des Klagepatents, eine einfache und zweckmäßige Steuerungsmöglichkeit zur Abstimmung der Drehgeschwindigkeit und zur Anpassung an das jeweilige Mischgut zu schaffen (Klagepatentschrift S. 2 Z. 57 - 60), werde somit auch durch die Verletzungsform in vollem Umfange gelöst. Weder der Patentanspruch noch die Beschreibung des Klagepatents erforderten die Verstellbarkeit dieser Mischwerkzeuge während des Mischvorgangs. Zwar sei die Verstellung bei der Verletzungsform etwas umständlicher als bei dem Gegenstand des Klagepatents; bei diesem sei jedoch eine zusätzliche Arretierung des Griffs erforderlich, damit der Brems- und Wendeflügel sich während des Mischvorgangs nicht von selbst verstellen könne.

Die einzige Abweichung der angegriffenen Ausführungsform gegenüber der patentierten Lehre bestehe demnach darin, daß bei der Verletzungsform nicht der Mischflügel angetrieben und durch die Reibungskraft des Mischgutes der Mischtrog mitgenommen werde, sondern daß der Mischtrog angetrieben und der Mischflügel mitgenommen werde (Merkmal 3). Darin sei hinsichtlich des Antriebs eine kinematische Umkehrung zu erblicken (BU S. 15). Trotz der Umkehrung des Antriebs werde von der Mischmaschine der Beklagten unstreitig eine gleichwertige Mischleistung erzielt. Die Antriebsumkehrung vereinfache jedoch den Antrieb als solchen

und verbessere die Standfähigkeit der Maschine, da der schwere Motor im stationären Teil unter dem Mischtrog angebracht werden könne. Dies gestatte auch eine schwächere Ausführung des zur schwenkbaren Lagerung des Mischarms erforderlichen Gestells und erleichtere das Hochschwenken des Mischarms. Schließlich sei der Motor dann besser gegen Feuchtigkeit und Staub zu schützen (BU S. 15 f.).

Auch insoweit werden von der Revision Rügen gegen das Berufungsurteil nicht erhoben. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen einen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten nicht erkennen. Mit der Feststellung, daß die Ausführungsform der Beklagten lediglich hinsichtlich der Umkehrung des Antriebs von der geschützten Kombination des Klagepatents abweicht, ist das Berufungsgericht im Ergebnis zu demselben Ausgangspunkt für die Beurteilung der Verletzungsfrage gelangt, der im ersten Revisionsurteil nach den Feststellungen des dort zur Überprüfung anstehenden früheren Berufungsurteils zugrunde gelegt worden war.

III.

1. Ausgehend von dem durch die Antriebsumkehrung bedingten Unterschied zwischen dem Gegenstand des Klagepatents und der angegriffenen Ausführungsform hat das Berufungsgericht eine identische Benutzung der Lehre des Klagepatents durch die Beklagte verneint (BU S. 18, 21). Es hat dann ausgeführt, die Antriebsumkehrung stelle kein im Sinne des Erfindungsgedankens des Klagepatents gleichwirkendes und dem Durchschnittsfachmann im Prioritätszeitpunkt auf Grund

seines Fachkönnens ohne weiteres, also ohne nähere oder besondere Überlegung zur Verfügung stehendes Arbeitsmittel zur Lösung der Aufgabe dar, welche der Erfindung des Klagepatents zugrunde gelegen habe. Es handle sich deshalb bei der Verletzungsform nicht um ein glattes Äquivalent, so daß sie nicht unter den Gegenstand des Klagepatents falle (BU S. 18). Die in diesem Zusammenhang vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen sind für das Revisionsgericht bindend.

Da somit eine Benutzung des Gegenstandes des Klagepatents nicht festgestellt werden könne, so hat das Berufungsgericht weiter ausgeführt, sei zu prüfen, ob die Antriebsumkehrung dem Durchschnittsfachmann als Arbeitsmittel zur Lösung der im Klagepatent gestellten Aufgabe erst auf Grund näherer oder besonderer, jedoch nicht erfinderrischer Überlegung zur Verfügung gestanden habe, und ob deshalb die angegriffene Ausführungsform als nichtglattes Äquivalent unter einen dem Klagepatent durch erweiternde Auslegung zu entnehmenden allgemeinen Erfindungsgedanken falle (BU S. 19).

2. Das Berufungsgericht hat den das Klagepatent und die Ausführungsform der Beklagten umfassenden allgemeinen Erfindungsgedanken wie folgt umschrieben (BU S. 32):

Bei einem Zwangsmischer, der einen um die lotrechte Achse rotierenden Mischtrog aufweist, in dem ein Mischflügel, der als Armkreuz mit an den Armen starr befestigten Flügelblättern ausgestaltet ist, im gleichen Drehsinn exzentrisch um eine zur Trogachse parallele Achse umläuft, und in dem ein um seine Längsachse verstell- und/oder verschiebbarer, vorzugsweise pflugscharähnlich ausgebildeter Brems- und Wendeflügel ortsfest so angeordnet ist, daß er das Mischgut nach dem Mischflügel hin ableitet, wird das eine Mischelement (Trog oder Mischflügel) angetrieben und das andere (Mischflügel oder Trog) unter

Vermittlung des Reibungswiderstands des Mischgutes mitgenommen.

Der so umschriebene allgemeine Erfindungsgedanke enthält die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bei der angegriffenen Ausführungsform identisch verwirklichten Kombinationsmerkmale 1, 2, 4 und 5, und berücksichtigt die dort vorhandene Umkehrung des Antriebs nach dem Merkmal 3. Er umfaßt damit das Klagepatent und die angegriffene Ausführungsform. Die Umschreibung des allgemeinen Erfindungsgedankens durch das Berufungsgericht deckt sich mit den Vorstellungen des ersten Revisionsurteils (II Ziff. 2, S. 13/GRUR 1964, 196, 198). Die Revision richtet insoweit keine Angriffe gegen das Berufungsurteil.

IV.

Das Berufungsgericht hat im Zusammenhang mit dem allgemeinen Erfindungsgedanken vorweg dessen Herleitbarkeit aus dem maßgebenden Hauptanspruch des Klagepatents mit dem Hinweis bejaht, daß er nur insofern über den Wortlaut des Patentanspruchs hinausgehe, als die Umkehrung des Antriebs einbezogen sei. Es hat dann dargelegt, daß der Durchschnittsfachmann diesen allgemeinen Erfindungsgedanken aus dem Klagepatent habe entnehmen können und dieser damit offenbart worden sei. Das Berufungsgericht hat hierzu auf seine vorangehenden Ausführungen verwiesen, mit denen es begründet hat, daß die (den allgemeinen Erfindungsgedanken umfassende) angegriffene Ausführungsform der Beklagten dem Durchschnittsfachmann durch das Klagepatent nahegelegt worden sei. Die Revision wendet sich dagegen insbesondere mit Verfahrensrügen (§ 286 ZPO). Diese Rügen sind nicht begründet.

1. Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht sei gehindert gewesen, abweichend von dem eingeholten Sachverständigengutachten und unter Berufung

auf eigene Sachkunde über die Frage zu befinden, ob der Durchschnittsfachmann die den allgemeinen Erfindungsgedanken von dem Gegenstand des Klagepatents allein unterscheidende Umkehrung des Mischerantriebs dem Klagepatent habe entnehmen können. Das Berufungsgericht sei nämlich zunächst davon ausgegangen, daß ihm die erforderliche Sachkunde nicht zur Verfügung stehe, da es andernfalls nicht erforderlich gewesen wäre, einen gerichtlichen Sachverständigen zu bestellen.

Vorweg ergibt sich hierzu, daß dem schriftlichen Gutachten des vom Berufungsgericht herangezogenen Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. K. vom 3. November 1970 über die Frage der Offenbarung des allgemeinen Erfindungsgedankens nichts zu entnehmen ist. Das Berufungsgericht hat jedoch erkennbar auf Grund der in der mündlichen Verhandlung vorgenommenen Ergänzungen des Gutachtens die Ansicht des Sachverständigen dahin wiedergegeben, daß die Antriebsumkehrung durch das Klagepatent nicht nahegelegt worden sei (BU S. 31, 32). Nachdem die Stellungnahme des Sachverständigen vorlag, war das Berufungsgericht nicht befugt, dieses Ergebnis der Beweisaufnahme außer acht zu lassen und seine Feststellungen allein unter Hinweis auf die eigene Sachkunde zu begründen. Es war indessen nicht gehindert, das Sachverständigen-gutachten im Rahmen der ihm nach § 286 Abs. 1 ZPO obliegenden Beweismwürdigung zu überprüfen und dabei auch zu einem von der Ansicht des Sachverständigen abweichenden Ergebnis zu gelangen, sofern es die Abweichung hinreichend zu begründen vermochte (BGH GRUR 1964, 196, 199; BGH NJW 1951, 566; 1961, 2061). In diesem Sinne ist auch der von der Beklagten angeführte Beschluß des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs

vom 18. Februar 1972 (I ZR 6/70 - sanRemo) zu verstehen, wenn dort ausgeführt wird, daß etwaige Mängel eines Beweismittels nicht mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Entscheidung ohne Beweiserhebung abgetan werden können, sondern daß es dann eine Frage der Beweiswürdigung sei, ob das Beweismittel zur Beweisführung ausreichend gewesen sei.

2. Die Revision weist des weiteren darauf hin, daß nach dem ersten Revisionsurteil die bei einem Abweichen von dem Sachverständigengutachten notwendige Begründung eine Auseinandersetzung mit der vom Sachverständigen geäußerten Ansicht und, wenn das Gericht darin Widersprüche oder Unstimmigkeiten erblicke, die Darlegung erfordere, daß insoweit eine Klärung durch Erörterung mit dem Sachverständigen ohne Erfolg versucht worden sei (BGH GRUR 1964, 196, 199). Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht diese Anforderungen beachtet.

a) Eine Erörterung mit dem Sachverständigen war bezüglich der vom Berufungsgericht verneinten Frage, ob der Fachmann durch das Klagepatent von dem Gedanken der Antriebsumkehrung abgelenkt worden sei, an sich nicht erforderlich. Denn aus dem Zusammenhang der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung ergibt sich, daß insoweit weder ernsthafte Zweifel bestanden haben noch Widersprüche zu klären waren. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen jedoch erkennen, daß auch dieser Fragenkreis bei der mündlichen Anhörung des Sachverständigen behandelt wurde.

Die Revision läßt bei dieser Rüge außer acht, daß das Berufungsgericht zuvor ausgeführt hat, die durch die Änderung des Antriebs erfolgte kinematische Umkehrung

sei bei Bewegungsvorgängen für den Fachmann grundsätzlich naheliegend. Im übrigen sei der Fachmann auf dem Gebiete der Mischmaschinen durch die eine Mischmaschine für Beton, Mörtel u. dergl. betreffende deutsche Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] auf Zwangsmischer hingewiesen worden, bei denen der auf einer Achse angebrachte Mischflügel feststehe, während sich die Mischtrommel relativ zu dem Mischflügel drehe. Dadurch sei Veranlassung gegeben worden, auch bei der Lehre des Klagepatents die Antriebsumkehrung in Betracht zu ziehen. Diese Ausführungen lassen einen Fehler bei der Beurteilung durch das Berufungsgericht nicht erkennen. In diesem Zusammenhang hätte überdies noch angeführt werden können, daß die von der Beklagten im Berufungsverfahren genannte britische Patentschrift [REDACTED] [REDACTED], die dem zum allgemeinen Fachwissen des durchschnittlichen Fachmannes auf dem Gebiete des Mischerbaues gehörenden Stand der Technik zuzurechnen ist, eine nach dem Gleichstromprinzip arbeitende Mischmaschine beschreibt, bei welcher der Mischtrog angetrieben und damit der im Vergleich zum Gegenstand des Klagepatents "umgekehrte" Antrieb verwirklicht ist.

Das Berufungsgericht ist demnach davon ausgegangen, daß die Antriebsumkehrung aus den von ihm angestellten Erwägungen durch das Klagepatent an sich nahegelegt worden ist, als es in die durch das erste Revisionsurteil auferlegte Prüfung der weiteren Frage eingetreten ist, ob der Fachmann durch das Klagepatent von dem Gedanken der Antriebsumkehrung abgelenkt worden sei. Das Revisionsgericht hatte dabei insbesondere Vorurteile im Auge, die für den Fachmann durch die Kenntnis der französischen Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] entstehen konn-

ten, weil bei dem dort beschriebenen Mischer lediglich der Trogboden angetrieben wird und daraus erhebliche Nachteile erwachsen. Gleichzeitig wurde dabei erwähnt, daß diese Nachteile möglicherweise dann nicht auftreten, wenn der gesamte Trog angetrieben wird (BGH GRUR 1964, 196, 199). Nachdem durch die britische Patentschrift 260 745 ein nach dem Gleichstromprinzip arbeitender Mischer nachgewiesen worden war, dessen gesamter Trog angetrieben wird, hat das Berufungsgericht deshalb folgerichtig seine Prüfung insbesondere darauf gerichtet, ob durch die Angaben des Klagepatents von der Antriebsumkehrung abgelenkt worden sein könnte.

Der Revision ist zuzugeben, daß die dabei geäußerte Ansicht des Berufungsgerichts, die in der Beschreibung des Klagepatents angeführten Vorteile, nämlich insbesondere die Möglichkeit der Verwendung fahrbarer Tröge und der gleichzeitigen Verwendung mehrerer solcher Tröge (S. 2 Z. 11 - 20), beruhten ausschließlich auf der schwenkbaren Befestigung des Mischerarms, nicht bedenkenfrei ist. Die Auslegung der Klagepatentschrift ergibt vielmehr, daß diese Vorteile sowohl durch die Schwenkbarkeit des Mischerarms (vgl. S. 2 Z. 9), als auch dadurch bedingt sind, daß nur der Mischflügel mit einem Antrieb versehen ist. Denn die Beschreibung des Klagepatents geht davon aus, daß der Mischtrog und der Mischwagen, auf dem der Mischtrog angebracht ist, jedenfalls während des Mischvorgangs eine Einheit bilden (vgl. S. 2 Z. 1 - 8; Z. 21 - 29; Z. 30 - 35; Z. 73 - 74). Daraus ergibt sich, daß nach der Lehre des Klagepatents jedenfalls bei dem nach der Beschreibung und der Zeichnung dargestellten Ausführungsbeispiel ein selbständiger Antrieb des Mischtrogs nicht vorgesehen ist.

Dies steht jedoch der weiteren Erwägung des Berufungsgerichts nicht entgegen, der Fachmann sei durch die ausdrückliche Erwähnung dieser Vorteile und die dadurch bedingte Antriebsart von der an sich nahegelegten Möglichkeit der Antriebsumkehrung nicht abgelenkt worden, wenn es darum ging, die mit dem Antrieb nur des Mischflügels gleichzeitig verbundenen Nachteile zu vermeiden. Das Berufungsgericht hat hierzu noch ausgeführt, daß sich der "Armantrieb" auch nach der Ansicht des Sachverständigen als wesentlicher Nachteil der Konstruktion des Klagepatents erweise, weil die Anordnung des schweren Motors am Ende des Mischerarms eine besonders stabile Ausführung des Mischergestells erfordere, eine die Standfestigkeit des Mixers beeinträchtigende ungünstige Gewichtsverteilung bewirke und sowohl das Schwenken des Mischarms als auch den Schutz des Motors gegen Staub und Wasser erschwere. Der Fachmann sei deshalb durch das Klagepatent nicht nur von der Antriebsumkehrung nicht abgelenkt, sondern eher dazu veranlaßt worden, eine diese Nachteile vermeidende Lösung zu suchen und im Antrieb allein des Trogs zu finden (BU S. 29, 30).

b) Während demnach bei dem Berufungsgericht auch nach Erörterung dieser Frage mit dem Sachverständigen Zweifel oder Unklarheiten hinsichtlich der Ablenkung von der Antriebsumkehrung durch das Klagepatent nicht vorhanden waren, haben Zweifel an der Richtigkeit der gutachtlichen Äußerung des Sachverständigen erkennbar bestanden, soweit dieser ausgeführt hat, die Antriebsumkehrung sei durch das Klagepatent nicht nahegelegt worden, weil für den Durchschnittsfachmann die Gleichwirkung des geänderten Antriebs nicht erkennbar gewesen sei. Das Berufungsgericht ist dieser Ansicht des Sach-

verständigen nicht gefolgt. Es hat hierzu ausgeführt, der Sachverständige habe zwar zutreffend darauf hingewiesen, daß die Mitnahme des nicht mit einem Antrieb versehenen Mischelements (Trog oder Mischflügel) nicht mittels einer zwangsweisen Kupplung erfolge, sondern durch Vermittlung des Reibungswiderstands des Mischguts. Der Sachverständige habe jedoch nicht darzulegen vermocht, weshalb sich ein identisches Mischgut bezüglich seines Reibungswiderstands unterschiedlich verhalten solle, wenn entweder der Trog oder das den Mischflügel bildende Armkreuz angetrieben werde. Daraus folgt, daß das Berufungsgericht den Versuch unternommen hat, durch eine Erörterung mit dem Sachverständigen vorhandene Zweifel zu beseitigen, sich dann aber nicht davon überzeugen konnte, daß die Ansicht des Sachverständigen richtig sei. Es hat dafür auch eine hinreichende Begründung gegeben. Denn es hat zutreffend darauf hingewiesen, daß der Annahme einer ausreichenden Offenbarung der Antriebsumkehrung durch das Klagepatent nicht die Notwendigkeit entgegenstehe, die nach Sachlage zu vermutende und deshalb keiner erfinderischen Überlegung bedürfende Gleichwirkung durch einfache Versuche zu überprüfen (vgl. BGH GRUR 1968, 311, 313 - Garmachverfahren; GRUR 1972, 704, 705 - Wasser-Aufbereitung). Das Berufungsgericht hat weiterhin mit dem Hinweis, der Sachverständige habe die den Antrieb des Troges aufweisende Ausführungsform der Beklagten als durch die britische Patentschrift ■■■ nahegelegt bezeichnet, den weiteren Gesichtspunkt angedeutet, daß dort eine nach dem Gleichstromprinzip arbeitende Mischmaschine mit angetriebenem Trog beschrieben ist, wobei die Mitnahme des Mischflügels durch die Reibungskraft des Mischgutes und damit die hier in Rede stehende Gleichwirkung im Falle der Antriebsumkehrung ausdrücklich erwähnt ist

(vgl. S. 1 Z. 61 - 69, S. 2 Z. 60 - 68, S. 3 Z. 29 - 39).

c) Entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht steht der vom Berufungsgericht angenommenen Offenbarung der Antriebsumkehrung durch das Klagepatent nicht entgegen, daß nach den getroffenen Feststellungen beim Antrieb nur des Mischtroges Nachteile vermieden werden, die der bei dem Gegenstand des Klagepatents vorhandene Antrieb nur der Mischflügel mit sich bringt. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob die damit erreichten Vorteile durch andere Nachteile ganz oder teilweise wieder aufgehoben werden. Denn der beim Antrieb nur des einen Mischelements nach dem Vorschlag des Klagepatents im Vordergrund stehende erfindungswesentliche Vorteil ist darin zu erblicken, daß ein eigener Antrieb für das andere Mischelement eingespart und trotzdem eine gute Mischleistung erzielt werden kann, weil das andere Mischelement durch die Reibung des Mischguts mitgenommen wird. Dementsprechend wird in der Beschreibung des Klagepatents als hauptsächlicher Vorteil des dabei verwirklichten Prinzips der Gleichstrommischung neben dem geringeren Materialverschleiß die dadurch ermöglichten konstruktiv einfacheren und billigeren Bauformen der Mischmaschine genannt (S. 1 Z. 23 - 27). Diese Vorteile werden infolge der vom Berufungsgericht festgestellten Gleichwirkung auch erreicht, wenn statt des Mischflügels der Mischtroge angetrieben wird. Es ist deshalb nicht zutreffend, daß die Lehre des Klagepatents im Falle der Umkehrung des Antriebs in ihr Gegenteil verkehrt werde, weil dadurch zusätzliche, jedoch untergeordnete Vorteile erreichbar sind (vgl. Benkard, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 6. Aufl. § 6 PatG Rdn. 143).

3. Soweit die Revision im Zusammenhang mit der Frage der Offenbarung der Antriebsumkehrung weiterhin

ausführt, der gerichtliche Sachverständige hätte auf Befragen durch das Berufungsgericht erklären können, daß und weshalb durch das Klagepatent von der Antriebsumkehrung abgelenkt worden sei, handelt es sich um Behauptungen und Ausführungen, die bereits dem Tatrichter vorgetragen (vgl. Schriftsatz der Beklagten vom 2.7.1964) und von ihm unter Zuhilfenahme des Sachverständigen geprüft worden sind. Die vom Berufungsgericht zur Offenbarung der Antriebsumkehrung und damit des von der Klägerin in Anspruch genommenen allgemeinen Erfindungsgedankens getroffene Feststellung, bei der es sich im wesentlichen um eine Feststellung tatsächlicher Art handelt (BGH GRUR 1963, 563, 566 - Aufhängevorrichtung; GRUR 1964, 221, 224 - Rolladen), kann nicht dadurch beseitigt werden, daß die Revision ihre eigene Tatsachenwürdigung an die Stelle der des Berufungsgerichts setzt. Dies ist ihr durch das Verfahrensrecht verwehrt.

V.

Das Berufungsgericht hat schließlich auch die Schutzfähigkeit des allgemeinen Erfindungsgedankens bejaht.

1. Es hat die Neuheit des Erfindungsgedankens unter Hinweis auf seine vorangehenden Feststellungen begründet, nach denen die davon umfaßte Verletzungsform durch den Stand der Technik am Anmeldetag des Klagepatents nicht identisch vorweggenommen war (BU S. 33, 22 f.). Der technische Fortschritt des allgemeinen Erfindungsgedankens, so hat das Berufungsgericht weiter ausgeführt, sei in Übereinstimmung mit den Erläuterungen des gerichtlichen Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung darin zu erblicken, daß im Vergleich zu Mischern nach dem Stande der Technik am Anmeldetag

eine billigere und stabilere Bauweise ermöglicht werde, der Mischer auch für schwerkörniges Mischgut verwendbar sei und eine wesentliche Verringerung des Energiebedarfs eintrete. Diese Ausführungen werden von der Revision nicht gerügt. Sie lassen einen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten nicht erkennen.

2. Das Berufungsgericht hat des weiteren anerkannt, daß der allgemeine Erfindungsgedanke die erforderliche Erfindungshöhe aufweise. Es hat auch hierzu auf seine vorangehenden Ausführungen verwiesen, nach denen die von dem Erfindungsgedanken umfaßte Verletzungsform durch den Stand der Technik am Prioritätstage des Klagepatents nicht nahegelegt worden ist (BU S. 33, 23 ff.).

Das Berufungsgericht hat dargelegt, daß zwar die einzelnen Merkmale der Verletzungsform für sich jeweils durch vorveröffentlichte Druckschriften bekannt gewesen seien, und daß deshalb die Mischmaschine der Beklagten dem mit den Erkenntnissen der Verfahren über das Klagepatent vertrauten Fachmann als nahegelegt erscheinen könne. Die trotzdem zur Anerkennung der Erfindungshöhe führenden Erwägungen hat das Berufungsgericht insbesondere darauf gestützt, daß noch am Anmeldetag des Klagepatents ein Vorurteil gegen die Anwendung des Gleichstromprinzips bei Betonmischern bestanden habe, das auch auf den angrenzenden Gebieten des Mischerbaues ins Gewicht gefallen sei. Als Anzeichen für das Bestehen dieses Vorurteils hat es den Umstand gewertet, daß die Beklagte den von ihr in den Jahren 1946/47 angeblich offenkundig vorbenutzten Mischer ausschließlich mit feststehenden und damit eine Mischung nach dem Gegenstromprinzip bewirkenden Mischwerkzeugen ausgestattet habe. Weder durch

die französische Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] noch durch die britische Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] seien Hinweise für die Überwindung dieses Vorurteils gegeben worden. Die Mischmaschine nach der französischen Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] habe eine brauchbare Lehre nicht enthalten, weil eine ausreichende Dichtung zwischen dem allein rotierenden Trogboden und der feststehenden Trogwandung nicht zu erzielen gewesen sei; dieser Nachteil deute eher darauf hin, daß dadurch die Überwindung des gegen das Gleichstromprinzip bestehenden Vorurteils nicht nahegelegt worden sei. Das durch die Zeichnung der britischen Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] gezeigte Ausführungsbeispiel sei erkennbar für flüssiges und feinkörniges Mischgut ausgelegt. Zudem übe der dort am Trogrand vorgesehene Abstreifer zwar auch eine Mischfunktion dadurch aus, daß er die vom Trogrand abgestreifte Masse nach innen auf das bewegliche Mischwerkzeug hin ablenke. Um einen größeren Teil des Mischgutes erfassen und eine annähernd gleiche Mischwirkung wie die ortsfesten Mischwerkzeuge der Verletzungsform erreichen zu können, müsse der Abstreifer jedoch erheblich vergrößert und in größerer Entfernung von dem beweglichen Mischwerkzeug angeordnet werden. Eine solche Lehre könne der Entgegenhaltung nicht entnommen werden. Schließlich habe auch die Wissenschaft keinen Beitrag zur Überwindung des Vorurteils gegen das Gleichstromprinzip geleistet; sie habe vielmehr dieses Vorurteil selbst gelehrt und auf eine experimentelle Überprüfung seiner Grundlage verzichtet. Auch der Sachverständige Prof. Dr. G. [REDACTED] sei erst im Verlaufe des Nichtigkeitsverfahrens gegen das Klagepatent zu der Erkenntnis gelangt, daß die sehr gute Mischleistung nach dem Gleichstromprinzip arbeitender Mischer auf der Relativgeschwindigkeit zwischen

Mischorgan und Mischgut beruhe und nicht auf der Relativgeschwindigkeit zwischen den einzelnen Mischwerkzeugen.

Aus dem Berufungsurteil des Bundesgerichtshofs im Nichtigkeitsstreit vom 23. November 1962 ergebe sich, daß der im Nichtigkeitsverfahren gehörte Sachverständige Prof. Dr. G. [REDACTED] das Bestehen eines Vorurteils gegen die Anwendung des Gleichstromprinzips auf Betonmischer anerkannt habe. Der entgegengesetzten Ansicht, die der im Streitfalle hinzugezogene gerichtliche Sachverständige Prof. Dr.-Ing. K. [REDACTED] vertreten habe, könne nicht gefolgt werden. Dieser Sachverständige habe eingeräumt, daß die vorbekannten, nach dem Gleichstromprinzip arbeitenden Mischer wegen der zu kleinen Dimensionierung der Mischwerkzeuge für schwerkörniges Mischgut nicht geeignet gewesen seien. Die sich widersprechenden Ansichten der beiden Sachverständigen seien im übrigen dadurch zu erklären, daß der Sachverständige im Nichtigkeitsverfahren zutreffend aus der Sicht des Durchschnittsfachmannes am Anmeldetag geurteilt habe, während Prof. Dr.-Ing. K. [REDACTED] eine rückschauende Betrachtungsweise angewandt habe. Aus dem gleichen Grunde könne dem gerichtlichen Sachverständigen nicht gefolgt werden, wenn er dem die Verletzungsform und den Gegenstand des Klagepatents umfassenden allgemeinen Erfindungsgedanken die Erfindungshöhe abgesprochen habe. Diese Ansicht sei in dem schriftlichen Sachverständigengutachten nicht näher begründet worden. Der Sachverständige habe dazu erläuternd ausgeführt, daß dies seine persönliche Meinung darstelle, zu der er ohne Berücksichtigung der Erteilungsakten des Patentamts und der in den vorher ergangenen Entscheidungen des Bundespatentgerichts und des Bundesgerichtshofes vertretenen Auffassungen gelangt sei. Er habe in diesem Zusammenhang sinngemäß erklärt, daß er die Erfindungshöhe nicht aus der Sicht

des Anmeldetags, sondern rückschauend und nicht danach beurteilt habe, ob der allgemeine Erfindungsgedanke einem Durchschnittsfachmann nicht mehr nahegelegt worden sei; er habe den allgemeinen Erfindungsgedanken vielmehr aus der Sicht eines Hochschullehrers gleichsam als geistige Leistung vom Niveau einer Dissertation bewertet (BU S. 27, 28).

3. Gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts zur Erfindungshöhe des allgemeinen Erfindungsgedankens richten sich die Angriffe der Revision. Sie weist darauf hin, daß das Berufungsgericht abweichend von der Stellungnahme des gerichtlichen Sachverständigen das Bestehen eines Vorurteils gegen die Anwendung des Gleichstromprinzips bei Betonmischern angenommen habe, ohne eine Klärung dieser Unstimmigkeit gegebenenfalls durch die Einholung eines weiteren Sachverständigen-gutachtens zu versuchen. Das Berufungsgericht habe nicht beurteilen können, von welchen Vorstellungen oder Vorurteilen ein Konstrukteur von Betonmischern im Jahre 1948 ausgegangen sei. Es habe sich insoweit nicht auf das Berufungsurteil des Bundesgerichtshofs stützen dürfen, da im damaligen Nichtigkeitsverfahren die britische Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] nicht vorgelegen habe. Die indirekte Heranziehung des damals erstatteten und zwischenzeitlich überholten Gutachtens von Prof. Dr. G. [REDACTED] verstoße gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme.

Die Revision rügt insbesondere, daß das Berufungsgericht das Bestehen des genannten Vorurteils bei Beurteilung der Erfindungshöhe des allgemeinen Erfindungsgedankens überhaupt berücksichtigt habe. Sie macht geltend, für die hier allein erhebliche Frage, ob die Antriebsumkehrung eine erfinderische

Leistung darstelle, könne es auf das Bestehen eines Vorurteils gegen das Gleichstromprinzip nicht ankommen, da bereits die Mischmaschine des Klagepatents nach diesem Prinzip arbeite und deshalb kein etwaiges Vorurteil aus dem Stande der Technik zu überwinden gewesen sei. Es komme vielmehr entscheidend auf die neu entgegengehaltene britische Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] an, durch welche die Antriebsumkehrung beschrieben worden sei. Da die dort dargestellte Mischmaschine zudem einen Abstreifer mit einem pflugscharähnlichen Wendeteil aufweise, erscheine es einleuchtend, wenn der gerichtliche Sachverständige zu dem Ergebnis gelangt sei, daß es keine erfinderische Leistung gewesen sei, die Antriebsumkehrung bei einem Mischer mit den gegenständlichen Merkmalen des Klagepatents vorzusehen. Jedenfalls hätte das Berufungsgericht von dieser Meinung des Sachverständigen nicht mit dem Hinweis auf die rückschauende und damit fehlerhafte Betrachtungsweise des Sachverständigen abweichen dürfen; es hätte sich vielmehr durch ergänzende Befragung vergewissern müssen, ob der Sachverständige bei Beurteilung der Vorveröffentlichungen aus der Sicht des Anmeldetags zu einer anderen Beurteilung der Erfindungshöhe der Antriebsumkehrung gelangt wäre.

4. Diese Rügen der Revision können im Ergebnis nicht durchgreifen.

a) Die Betrachtungsweise der Revision ist schon im Ausgangspunkt verfehlt, wenn sie das Klagepatent dem Stande der Technik zurechnet, der bei Beurteilung der Erfindungshöhe des allgemeinen Erfindungsgedankens zu berücksichtigen sei. Denn für die Frage, ob der durch das Klagepatent offenbarte allgemeine Erfindungsgedanke eine erfinderische Leistung darstellt, ist allein der

Stand der Technik maßgebend, der am Anmeldetag oder in einem früheren Prioritätszeitpunkt des Klagepatents bereits vorhanden war. Dementsprechend darf ein die angegriffene (nicht-glatt äquivalente) Ausführungsform umfassender allgemeiner Erfindungsgedanke gegenüber dem Klagepatent nicht erfinderisch sein (BGH GRUR 1969, 534, 536 - Skistiefelverschluß), während er gegenüber dem Stand der Technik am Prioritätstage des Klagepatents die Voraussetzungen der Patentfähigkeit, insbesondere auch die erforderliche Erfindungshöhe aufweisen muß (vgl. BGH GRUR 1964, 132, 134 f. - Kappenverschluß).

b) Die Revision erkennt vor allem, daß es für die Beurteilung der Erfindungshöhe des allgemeinen Erfindungsgedankens nicht darauf ankommen kann, ob die dort auch vorgesehene und durch das Klagepatent offenbarte Umkehrung des Mischerantriebs allein schon eine erfinderische Leistung darstellt. Denn der Gegenstand des allgemeinen Erfindungsgedankens enthält neben dem Merkmal des Antriebs weitere erfindungswesentliche Merkmale, die sämtlich durch ihr funktionelles Zusammenwirken den angestrebten einheitlichen Erfolg hervorrufen. Schon das erste Revisionsurteil hat dementsprechend den allgemeinen Erfindungsgedanken als Kombination der Merkmale 1, 2, 4 und 5 des Klagepatents sowie des (im Vergleich zu dem Merkmal 3) geänderten Antriebs gekennzeichnet (II Ziff. 2, S. 13/GRUR 1964, 196, 198). Die Prüfung der Erfindungshöhe ist deshalb auf die Kombination sämtlicher Merkmale des allgemeinen Erfindungsgedankens abzustellen, so daß die Patentfähigkeit nicht schon in Frage gestellt ist, weil eines oder auch mehrere Merkmale dieser Kombination am Prioritätstage des Klagepatents durch den Stand der Technik bekannt oder nahegelegt waren (BGH GRUR 1969, 182, 183 - Betondosierer; Benkard aaO § 1 PatG Rdn. 87; Klauer/Möhring, Patentrechtskommentar 3. Aufl. § 3 PatG Anm. 61).

c) Die Frage, ob der allgemeine Erfindungsgedanke allein wegen der dort vorgenommenen Antriebsumkehrung als erfinderische Leistung zu bewerten sei, konnte zudem schon deshalb nicht aufgeworfen werden, weil nach den Feststellungen des Berufungsgerichts durch die britische Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] eine Mischmaschine bekannt geworden ist, bei der in gleicher Weise nur der Mischtrog angetrieben und der darin in gleichem Drehsinn laufende Mischflügel durch die Reibungskraft des Mischgutes mitgenommen wird (BU S. 24). Damit ergibt sich gleichzeitig, daß die bei dem allgemeinen Erfindungsgedanken verwirklichte Antriebsart am Prioritätstage ebenso bekannt war wie der bei dem Gegenstand des Klagepatents vorgesehene Antrieb nur des Mischflügels, der nach den Darlegungen schon der Nichtigkeitsentscheidung des Patentamts vom 11. Dezember 1956, insbesondere durch die deutsche Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] vorbeschrieben war. Davon ist auch das in dem zweiten Nichtigkeitsverfahren ergangene Berufungsurteil des Bundesgerichtshofs vom 23. November 1962 ausgegangen, das bei Beurteilung der Erfindungshöhe des Gegenstandes des Klagepatents neben anderen Gesichtspunkten insbesondere berücksichtigt hat, daß gegen die Anwendung des durch die Antriebsart bedingten Gleichstromprinzips bei Betonmischern ein Vorurteil bestand, dem auch auf angrenzenden Gebieten der Mischtechnik Bedeutung zukam.

Im Streitfall war es deshalb dem Berufungsgericht nicht verwehrt, den Gesichtspunkt des gegen die Anwendung des Gleichstromprinzips bestehenden Vorurteils in seine Erwägungen einzubeziehen, da auch die bei dem allgemeinen Erfindungsgedanken vorgesehene Antriebsart eine Mischung nach dem Gleichstromprinzip bewirkt und sich die davon umfaßte Verletzungsform insbesondere auf Betonmischer und sonstige Mischer für grobkörniges Mischgut erstreckt (BU S. 25). Im Hinblick auf die erst im

Berufungsverfahren genannte britische Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] hat das Berufungsgericht auch zutreffend geprüft, ob diese Entgegnung dazu beigetragen habe, das von ihm angenommene Vorurteil zu überwinden. Der Revision ist zuzugeben, daß die vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang angestellte Erwägung, aus dem gezeichneten Ausführungsbeispiel dieser Entgegnung (Fig. 1 und 3) ergebe sich die Auslegung des dort beschriebenen Mischers nur für flüssiges und feinkörniges Mischgut, nicht bedenkenfrei ist. Darauf kann es indessen nicht ankommen. Denn aus dem in dem Nichtigkeitsverfahren und im vorliegenden Verletzungsrechtsstreit erörterten Stand der Technik ergibt sich, daß auch der schon im Jahre 1926 veröffentlichten britischen Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] über einen langen Zeitraum hinweg nicht die Anregung entnommen wurde, das dort ausdrücklich beschriebene Gleichstromprinzip auf Mischer für grobkörniges Mischgut, insbesondere auf Betonmischer anzuwenden. Das Berufungsgericht ist deshalb im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, daß diese Vorveröffentlichung der Annahme des bei Beurteilung der Erfindungshöhe beachtlichen Vorurteils nicht entgegensteht.

d) Das Berufungsgericht hat weiterhin geprüft, ob die Lehre des allgemeinen Erfindungsgedankens dem Durchschnittsfachmann durch die britische Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] nahegelegt worden sei. Es hat hierzu ausgeführt, der bei dem dort beschriebenen Mischer vorgesehene Abstreifer am Trogrand übe zwar auch eine Mischfunktion aus, indem er das vom Trogrand abgestreifte Mischgut nach innen auf das bewegliche Mischwerkzeug lenke. Um einen größeren Teil des Mischguts erfassen und annähernd die Mischwirkung der

ortsfesten Mischwerkzeuge der vom Erfindungsgedanken umfaßten Verletzungsform erzielen zu können, müßte dieser Abstreifer jedoch beträchtlich vergrößert und in größerem Abstand von dem beweglichen Mischwerkzeug angeordnet werden. Dies habe der Durchschnittsfachmann der Entgeghaltung nicht entnehmen können.

Das Berufungsgericht hat damit erkennbar auf die Kombination verschiedener Merkmale abgestellt, die auch bei dem Gegenstand des allgemeinen Erfindungsgedankens durch ihr funktionelles Zusammenwirken den einheitlichen Erfolg einer guten Mischleistung bei gleichzeitiger einfacher und kostensparender Bauart des Mischers bewirken. Es hätte dabei zusätzlich noch erwähnt werden können, daß der in der britischen Patentschrift beschriebene Mischer auch hinsichtlich des Mischflügels unterschiedlich ausgestaltet ist. Anders als bei dem allgemeinen Erfindungsgedanken ist dort der Mischflügel nicht als Armkreuz mit starr daran befestigten Flügelblättern ausgebildet, sondern besteht aus einem runden Kopfstück, an dem die (aus dem Trog herausragenden) Mischschaufeln im gleichen Abstand voneinander mit ihren oberen Enden befestigt sind (S. 3 Z. 40 - 45). Das Berufungsgericht ist daher zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, daß die nur hinsichtlich der Antriebsart und des dadurch bewirkten Gleichstromprinzips übereinstimmende britische Patentschrift  keine Anregung für die bei dem Gegenstand des allgemeinen Erfindungsgedankens verwirklichte Kombination im übrigen unterschiedlicher Merkmale gegeben hat.

e) Das Berufungsgericht hat damit seine von dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen abweichende Ansicht zur Erfindungshöhe des allgemeinen Erfindungs-

gedankens hinreichend begründet. Den Hinweisen, daß der Sachverständige sinngemäß erklärt habe, er habe die Erfindungshöhe rückschauend und nicht aus der Sicht des Anmeldetags beurteilt, ist weiterhin zu entnehmen, daß die Frage der Erfindungshöhe mit dem Sachverständigen erörtert und versucht wurde, bei dem Berufungsgericht insoweit bestehende Zweifel und Unklarheiten zu beseitigen. Auch die hierzu erhobenen Rügen der Revision richten sich in unzulässiger Weise gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts und zielen darauf ab, die eigene Tatsachenwürdigung an die Stelle der des Berufungsgerichts zu setzen. Dies gilt auch hinsichtlich des vom Berufungsgericht berücksichtigten Gesichtspunkts eines gegen die Anwendung des Gleichstromprinzips bestehenden Vorurteils. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang das im Nichtigkeitsverfahren eingeholte und in dem Berufungsurteil des Bundesgerichtshofs vom 23. November 1962 ausführlich erörterte Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. G. ■■■■ erkennbar nicht als Beweismittel im vorliegenden Verletzungsrechtsstreit verwertet, sondern die Entscheidungsgründe des dort ergangenen Berufungsurteils zur Ergänzung seiner eigenen Sachkunde bei Beurteilung der Ausführungen des zum Streitfalle gehörten Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. K. ■■■■ herangezogen. Dagegen können Bedenken nicht erhoben werden.

VI.

Das Berufungsgericht ist nach allem ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, daß der allgemeine Erfindungsgedanke durch das Klagepatent offenbart wurde und eine das Können eines Durchschnittsfachmanns am Anmeldetage des Klagepatents übersteigende erfinderische Leistung darstellt. Die Verurteilung wegen Verletzung des Klagepatents durch die nicht-glatt äquivalente Ausführungsform der Beklagten ist deshalb zu Recht erfolgt.

VII.

Die Revision war mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Trüstedt

Bruchhausen

Ochmann

Bendler

Häußer