

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 86/74

### URTEIL

Verkündet am

3. Juni 1976  
Kriegl,  
Amtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in der Patentnichtigkeitssache

der Firma Z [REDACTED] M [REDACTED] K [REDACTED],  
Diplom-Ingenieur Karl H [REDACTED], V [REDACTED], I [REDACTED],  
gesetzlich vertreten durch ihren persönlich haftenden  
Gesellschafter Diplom-Ingenieur Karl H [REDACTED], V [REDACTED],  
A [REDACTED] P [REDACTED]weg [REDACTED],

Beklagten und Berufungsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Patentanwalt [REDACTED],  
[REDACTED], [REDACTED] -

gegen

die Firma Eugen D [REDACTED] K [REDACTED], Gips- und  
Sägewerk, G [REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihren per-  
sönlich haftenden Gesellschafter, den Kaufmann Wilhelm  
D [REDACTED], G [REDACTED], S [REDACTED] [REDACTED],

Klägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Patentanwälte [REDACTED]  
[REDACTED] und [REDACTED]  
[REDACTED], [REDACTED],  
[REDACTED] -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juni 1976 durch den Vorsitzenden Richter Trüstedt und die Richter Dr. Bruchhausen, Ochmann, Bendler und Dr. Hesse

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des 3. Senats (Nichtigkeitssenats III) des Bundespatentgerichts vom 11. September 1974 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Die Beklagte ist Inhaberin des am 29. März 1969 angemeldeten Patents 1 916 351. Sie hat dafür die Priorität einer französischen Patentanmeldung vom 5. April 1968 in Anspruch genommen. Das Patent betrifft eine Maschine zum Herstellen und Fördern einer Mischung aus pulverförmigem Material mit Wasser oder dergleichen.

Die Parteien arbeiteten in den Jahren 1967 und 1968 im Zusammenhang mit der Entwicklung der patentierten, später unter der Bezeichnung "Zyklomat 68" vertriebenen Maschine zusammen. Im Rahmen dieser Zusammenarbeit führte die Klägerin mehrfach eine Maschine, wie sie im Laufe der Entwicklungsarbeiten gebaut worden war, Interessenten vor. Die Zusammenarbeit der Parteien endete am 14. November 1968

- 3 -

durch eine Vereinbarung, die unter anderem die Abrede enthält, daß sich "beide Parteien verpflichten ..., sich gegenseitig jeglicher geschäftsschädigender Äußerungen direkter oder indirekter Art zu enthalten".

Die Klägerin hat ihre Nichtigkeitsklage auf die Vorveröffentlichung von Werbeschriften und Zeitungsanzeigen der Beklagten sowie auf mehrere offenkundige Vorbenutzungen im Inland gestützt. Vor dem beanspruchten Prioritätstage ohne Geheimhaltungspflicht gelieferte und vorgeführte Maschinen hätten die Merkmale des Patentanspruchs sowie nahezu aller Unteransprüche aufgewiesen.

Die Beklagte hat sich darauf berufen, daß die Klägerin verpflichtet sei, von Angriffen gegen das Patent abzusehen. Sie hat Vorveröffentlichungen und offenkundige Vorbenutzungen in Abrede gestellt und den Standpunkt vertreten, daß die Klägerin, falls sie Dritten abredewidrig die Maschinen unbeschränkt zugänglich gemacht haben sollte, nunmehr nach Treu und Glauben gehindert sei, daraus einen Nichtigkeitsgrund herzuleiten.

Das Bundespatentgericht hat über die behaupteten Vorbenutzungshandlungen Beweis erhoben und sodann der Klage stattgegeben.

Nach dem Erlaß dieses Urteils ist das Streitpatent auf den Antrag der Beklagten durch einen Beschluß des Deutschen Patentamts vom 9. April 1976 gemäß § 36 a PatG beschränkt worden. In den erteilten Anspruch 1 sind die Merkmale der bisherigen Ansprüche 6 bis 8 aufgenommen worden. Die bisherigen Ansprüche 2 bis 5 sind auf den



neuen Patentanspruch 1 zurückbezogen worden. Anspruch 1 in der Fassung des Beschränkungsbeschlusses lautet nunmehr:

"Maschine zum Herstellen und Fördern einer pumpfähigen Mischung aus trockenem, pulverförmigem und hygroskopischem Material, insbesondere Gips, mit Wasser für Verputz od.dgl., die in einem Trockenbereich das in einen Vorratsbehälter eingeschüttete Material speichert, lockert und mit Hilfe eines ersten mechanischen Fördermittels kontinuierlich zu einem Naßbereich fördert, in welchem es von einem zweiten mechanischen Fördermittel weitergefördert, mit Wasser vermischt und die fertige Mischung in eine Druckleitung gepumpt wird, und die am Übergang vom Trockenbereich zum Naßbereich einen von Fördermitteln freien Abschnitt aufweist, wobei die Förderrichtung im Trockenbereich aufwärts und im Naßbereich abwärts gerichtet ist, dadurch gekennzeichnet, daß das Fördermittel des Trockenbereichs parallel zum Fördermittel und zur Mischeinrichtung des Naßbereichs angeordnet ist und die Antriebswellen (16, 30) beider Fördermittel mit einem Getriebe gekuppelt sind, an dessen Getriebekasten (14) der Antriebsmotor (15) als gemeinsamer Antriebsmotor befestigt ist, wobei die Fördermittel von Trocken- und Naßbereich und die Mischeinrichtung in fest miteinander verbundenen Zylindern (8, 10) liegen, auf welche der Getriebekasten (14) abklappbar und durch formschlüssige Kupplungen mit den Wellen der Fördermittel verbindbar aufgesetzt ist, und wobei das Getriebe und der Antriebsmotor (15) durch Lösen von Hand betätigbarer Verbindungsmittel (38 bis 42) als Einheit abnehmbar und mit einem besonderen Handgriff (57) versehen sind."

Mit der Berufung erstrebt die Beklagte die Aufrechterhaltung des Patents mit den in dem Beschränkungsverfahren neu gefaßten Ansprüchen. Die Klägerin möchte die Berufung zurückgewiesen haben.

Der Senat hat durch Vernehmung von Zeugen und Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen Professor Dr.-Ing. P. [REDACTED] Beweis erhoben.

### Entscheidungsgründe

I. Die Klägerin ist weder durch die frühere Zusammenarbeit der Parteien noch durch die Vereinbarung vom 14. November 1968, durch welche diese Zusammenarbeit beendet worden ist, daran gehindert, die Nichtigkeitsklage zu erheben.

1. Die Parteien standen in den Jahren 1967 und 1968 in einer Geschäftsbeziehung, die sich besonders auf die Entwicklung, die Herstellung und den Vertrieb einer Maschine zum Herstellen und Fördern von Mörtelmischungen bezogen hat. Das Schreiben der Beklagten vom 27. September 1967, durch das die Zusammenarbeit eingeleitet wurde, spricht von der Wahrung gemeinsamer geschäftlicher Interessen. Solche gemeinsamen Belange ergeben sich daraus, daß die Klägerin Gips herstellt und beide Parteien sich eine Steigerung ihres Umsatzes versprechen durften, wenn es gelang, eine Maschine herzustellen, mit der sich der von der Klägerin vertriebene Gips gut verarbeiten ließ. Der Auffassung der Beklagten, die Geschäftsbeziehung der Parteien habe gesellschaftsähnliche Züge getragen, ist deshalb beizupflichten.

2. Ob die gesellschaftsähnlichen Elemente dieser Verbindung zur Zeit ihres Bestehens der Klägerin die Verpflichtung auferlegt haben, sich eines Angriffs auf

das Patent zu enthalten, mag indes offen bleiben. Denn die Zusammenarbeit ist seit dem 14. November 1968 beendet, und damit endete auch eine etwa bestehende Nichtangriffsverpflichtung (BGH GRUR 1965, 135, 137 - Veral Patent). Anhaltspunkte dafür, daß eine besondere Treuepflicht auch nach Beendigung der Vertragsbeziehungen bestanden und der Klägerin jeden Angriff auf das Patent nach Treu und Glauben untersagt habe, sind nicht ersichtlich.

3. Aus der Vereinbarung der Parteien vom 14. November 1968, die ihrer Zusammenarbeit ein Ende setzte, läßt sich eine Nichtangriffsverpflichtung ebensowenig entnehmen. Die Beklagte glaubt, eine solche Pflicht aus der Wendung, die Parteien hätten sich geschäftsschädigender Äußerungen zu enthalten, herleiten zu können; allein zu Unrecht. Zur Zeit der Vereinbarung war das Patent noch nicht angemeldet, wenn auch möglicherweise, wie die Beklagte behauptet, die Anmeldung schon seit längerer Zeit ins Auge gefaßt gewesen war. Es ist schon deshalb nicht naheliegend anzunehmen, die Parteien hätten bei der Auflösung ihrer Geschäftsbeziehung Absprachen treffen wollen, die sich auf eine damals noch nicht getätigte Patentanmeldung bezogen. Überdies spricht der Wortlaut der Vereinbarung gegen eine solche Auslegung: Es ist darin nur von geschäftsschädigenden Äußerungen die Rede. Die Wahrnehmung der jedermann gesetzlich zustehenden Befugnis, erteilte Patente mit der Nichtigkeitsklage anzugreifen, kann selbst bei weitester Auslegung nicht unter den Begriff der geschäftsschädigenden Äußerung gebracht werden.

4. Darüber hinaus könnte sich, wie das Bundespatentgericht zutreffend dargelegt hat, die Beklagte auf eine

die Klägerin treffende Nichtangriffsverpflichtung nicht mehr berufen, weil sie sie unterdessen jedenfalls von der Einhaltung einer solchen Verpflichtung entbunden hat. In einem Schreiben vom 16. April 1973 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie habe sich entschlossen, wegen angeblicher Verletzung des Streitpatents durch die Klägerin Klage zu erheben. Sie könne davon nur absehen, wenn die Klägerin bis spätestens 25. Mai 1973 die Nichtigkeitsklage erhebe und auf die Geltendmachung der Verjährungseinrede verzichte. Sie forderte die Klägerin zur Annahme dieses "Vorschlags" auf. Die Klägerin reichte daraufhin - am 21. Mai 1973 - die Nichtigkeitsklage ein, nachdem sie dies, wie von der Beklagten gefordert, am 30. April 1973 angekündigt hatte. Die Erhebung der Nichtigkeitsklage entspricht somit einer Vereinbarung, durch die eine Nichtangriffsverpflichtung, falls eine solche bestanden haben sollte, gegenstandslos gemacht worden wäre.

5. Es ist anzunehmen, daß die Beklagte ihre Aufforderung, bis zum 25. Mai 1973 die Nichtigkeitsklage zu erheben, so verstanden wissen wollte, daß die Klageschrift dem Bundespatentgericht bis zu diesem Zeitpunkt zugegangen sein müsse. Weniger wahrscheinlich ist, daß die Beklagte unter der Erhebung der Klage deren Zustellung - die freilich nach Fristablauf erfolgt ist - gemeint hat. Denn sie hätte der Klägerin damit eine Frist gesetzt, auf deren Einhaltung sie keinen sicheren Einfluß hätte nehmen können. Selbst wenn man aber das Schreiben der Beklagten vom 16. April 1973 so verstehen sollte, daß die Klageerhebung nicht vereinbarungsgemäß, das heißt innerhalb der gesetzten Frist, erfolgt sei, läßt sich doch jedenfalls daraus schließen, daß auch die Beklagte

zu jener Zeit, zu der sie bereits anwaltlich beraten und vertreten war, nicht der Ansicht gewesen ist, der Erhebung der Nichtigkeitsklage stehe eine Nichtangriffsverpflichtung entgegen.

6. Die Beklagte vertritt die Auffassung, die Klägerin habe, falls sie, ihrem Vorbringen entsprechend, Dritten die nach der Lehre des Patents gebaute Maschine zugänglich gemacht habe, ohne ihnen eine Geheimhaltungspflicht aufzuerlegen, damit abredewidrig gehandelt und müsse auch deshalb die Nichtigkeitsklage unterlassen. Diese Folgerung ist aber, selbst wenn der Vorwurf der Beklagten zuträfe, zu weitgehend: Das Verhalten, das die Beklagte der Klägerin vorwirft, könnte allenfalls dazu führen, daß es der Klägerin verwehrt wäre, sich zur Begründung ihres Nichtigkeitsbegehrens auf eine eigene offenkundige Vorbenutzung zu berufen, die sie entgegen einer Absprache mit der Beklagten vorgenommen hat. Es nimmt der Klägerin jedoch auf keinen Fall schlechthin das Recht zur Erhebung der Nichtigkeitsklage (BGH GRUR 1971, 243, 246 - Gewindeschneidvorrichtung).

Die Nichtigkeitsklage ist daher zulässig.

II. 1. Das Streitpatent geht davon aus, daß Maschinen zum Herstellen und Fördern einer pumpfähigen Mischung aus Trockenmaterial und Wasser für Verputz bekannt sind. Bei solchen Maschinen werde das trockene Material aus einem Vorratsbehälter durch eine waagerechte Schnecke abgezogen und falle von dieser in eine zweite gleichfalls waagerecht liegende Schnecke, die es weiter befördere, mit Wasser vermische und das Gemisch in den Einlaß einer Pumpe fallen lasse (Sp. 1 Zeile 15 - 22).

Es sei auch, wie die Beklagte in der im Beschränkungsverfahren eingereichten Beschreibungsänderung ausgeführt hat, bereits vorgeschlagen worden, eine solche Maschine so auszubilden, daß die Förderrichtung im Trockenbereich aufwärts, im Naßbereich dagegen abwärts gerichtet sei. Die Beklagte hat damit eingeräumt, daß diese in der Patentschrift als erfinderisch bezeichneten Merkmale nicht patentbegründend sind. Das Patentamt hat hierzu in den Gründen des Beschränkungsbeschlusses ausgeführt, die Aufnahme der früheren kennzeichnenden Merkmale des Anspruchs 1 in den Oberbegriff des neuen, eingeschränkten Patentanspruchs trage der älteren Patentanmeldung P 16 84 053. 2 - 25 der Beklagten Rechnung.

2. Der Nachteil, den die Erfindung beseitigen möchte, ist in der geänderten Patentbeschreibung nicht ausdrücklich genannt. Er ist aber der Aufgabe zu entnehmen, die darin besteht, eine Maschine der genannten Art - also mit aufwärts gerichteter Förderung im Trockenbereich und abwärts gerichteter Förderung im Naßbereich - raumsparend und mit einfachem Getriebeaufbau auszubilden und zusätzlichen praktischen Erfordernissen besonders Rechnung zu tragen, nämlich der Reinigungsmöglichkeit, der Zugänglichkeit der Bauteile für Reparaturen und der Zerlegbarkeit der Vorrichtung für den Transport in die Stockwerke von Bauwerken.

3. Die Erfindung löst diese Aufgabe durch bestimmte konstruktive Maßnahmen, wie sie im kennzeichnenden Teil des neuen Patentanspruchs aufgeführt sind. Gegenstand des Patentanspruchs 1 in der Fassung des Beschränkungsbeschlusses ist demnach eine Maschine zu dem einleitend genannten Zweck mit den nachstehenden Merkmalen:

- (1) Trockenbereich, bestehend aus
  - a) einem Vorratsbehälter zum Speichern und Lockern des eingeschütteten Materials,
  - b) einem mechanischen Fördermittel zum kontinuierlichen Fördern des Materials;
- (2) Naßbereich, bestehend aus
  - a) einem weiteren mechanischen Fördermittel zum Weiterfördern des Materials,
  - b) einer Vorrichtung, durch die das Material mit Wasser vermischt wird,
  - c) einer Pumpvorrichtung,
  - d) einer Druckleitung zur Aufnahme der fertigen Mischung;
- (3) von Fördermitteln freier Abschnitt am Übergang vom Trocken- zum Naßbereich;
- (4) Förderrichtung
  - a) im Trockenbereich aufwärts,
  - b) im Naßbereich abwärts.
- (5) Das Fördermittel des Trockenbereichs ist parallel zum Fördermittel und zur Mischeinrichtung des Naßbereichs angeordnet.
- (6) Die Antriebswellen beider Fördermittel sind mit einem Getriebe gekuppelt.
- (7) An dem Getriebekasten ist der gemeinsame Antriebsmotor befestigt.
- (8) Die Fördermittel des Trocken- und des Naßbereichs und die Mischeinrichtung liegen in fest miteinander verbundenen Zylindern.

- (9) Auf diese Zylinder ist der Getriebekasten aufgesetzt,
- a) abklappbar,
  - b) verbindbar mit den Wellen der Fördermittel durch formschlüssige Kupplungen.
- (10) Getriebe und Antriebsmotor sind
- a) als Einheit abnehmbar
  - b) durch Lösen von Hand betätigbarer Verbindungsmittel,
  - c) mit einem besonderen Handgriff versehen.

III. Der Gegenstand des Patents war zur Zeit der in Frankreich vorgenommenen Parallelanmeldung nicht mehr neu.

Die Erfindung ist vor dem Prioritätstage offenkundig vorbenutzt worden, und zwar anlässlich der Vorführungen in Me[REDACTED] und Si[REDACTED] in der Zeit zwischen November 1967 und März 1968. Dies hat die Beweisaufnahme vor dem Senat ergeben.

a) Der Gipser Otto St[REDACTED] ist bei der Klägerin als Vorführmeister tätig. Nach seiner Bekundung hat er im November oder Dezember 1967 auf einer Baustelle der Putzfirma Sch[REDACTED] in Me[REDACTED] eine "Zyklomat 68"-Maschine vorgeführt. Er hat in Gegenwart von vier Gipsergesellen der Firma Sch[REDACTED] die Maschine installiert und dabei ihre technischen Einzelheiten und ihre Arbeitsweise mündlich erläutert. Sodann hat er die Maschine in Betrieb gesetzt und etwa eine Stunde lang in dem Neubau

Wandputz aufgebracht. Auch dabei hat er seine technischen Erläuterungen an die Gipser fortgesetzt, ebenso wie bei dem nachfolgenden Reinigen der Maschine, bei dem er die Zylinder, in denen sich die Förderschnecken befinden, durch Abklappen des Motors und des Getriebekastens geöffnet hat. Dabei haben, wie er ausgesagt hat, die Anwesenden zugeschaut und seinen Erklärungen zugehört.

Der Senat hat keinen Zweifel an der Richtigkeit dieser Bekundung. Die Zeitangabe des Zeugen läßt sich annähernd überprüfen: Anlässlich der Vorführung sind Aufnahmen von Straub und dem in Betrieb befindlichen Gerät angefertigt worden. Eine dieser Aufnahmen ist im Januar-Heft 1968 der Zeitschrift "Das Stuckgewerbe" im Rahmen einer Werbeanzeige beider Parteien abgedruckt. Die Aussage des Zeugen, die Vorführung habe im November oder Dezember 1967 stattgefunden, erscheint danach zuverlässig. Jedenfalls ist es sicher, daß die Vorführung nicht später als im Januar 1968 vor sich gegangen ist. Die Beklagte stellt dies auch nicht ernstlich in Abrede.

Die bestreitende Gegenbehauptung der Beklagten, nicht St[REDACTED], sondern ihr Angestellter Franz Ste[REDACTED] habe die Maschine gereinigt, hat sich nicht bestätigt: Ste[REDACTED], der bei der Probevorführung zugegen war, hat insgesamt nur eine ungenaue Erinnerung an die Vorgänge. Er weiß aber sicher, daß er den Neubau vor Beendigung der Vorführung verlassen und die Maschine nicht gereinigt hat.

b) Der Zeuge Horst Kü[REDACTED], Betriebsleiter und Geschäftsführer eines Gipsherstellwerks, hat mit dem persönlich haftenden Gesellschafter der Klägerin in der Zeit zwischen dem 26. Februar und dem 2. März 1968 eine Baustelle in Si[REDACTED] aufgesucht, auf der eine "Zyklomat 68"-Maschine unbewacht und frei zugänglich aufgestellt war. Der Zeuge hat die Maschine eingehend betrachtet. Die Maschine war dabei nicht in Betrieb, aber es war zu erkennen, daß bereits damit gearbeitet worden war. Der Zeuge und Di[REDACTED] haben den Motor abgenommen und die Mischeinrichtung sowie die Förderelemente in Augenschein genommen. Dabei ist nicht davon die Rede gewesen, daß der Zeuge über das Gesehene Stillschweigen bewahren sollte.

Auch an der Richtigkeit dieser Bekundung sind Zweifel nicht ersichtlich. Insbesondere ist die Zeitangabe zuverlässig: Der Zeuge hat auf der Rückfahrt von dem geschilderten Baustellenbesuch einen Verkehrsunfall erlitten. Danach hat er seinen Kraftwagen instandsetzen lassen. An Hand des Datums der Reparaturrechnung hat er den Zeitpunkt, zu dem er die Maschine gesehen hat, annähernd genau ermitteln können.

c) Es ist zwischen den Parteien nicht streitig, daß die vorgeführten Maschinen die Merkmale des neuen Anspruchs 1 des Streitpatents sowie der Unteransprüche 4 und 5 aufwiesen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Bekundung, die der Zeuge Stecher im ersten Rechtszuge gemacht hat. Dieser hat zwar ausgesagt, daß zwischen den Vorführungen mehrmals konstruktive Einzelheiten verändert worden seien; der Aufbau der Maschine insgesamt,

insbesondere soweit er den Merkmalen des Streitpatents entsprach, ist dabei jedoch nicht angetastet worden.

d) Ob eine Benutzung im Sinne des § 2 Satz 1 PatG die Funktionsfähigkeit der Maschine voraussetzt, kann unentschieden bleiben. Der Zeuge Stec[REDACTED] hat zwar ausgesagt, bei den Vorführungen hätten sich öfters Unzulänglichkeiten gezeigt, die das Funktionieren der Maschine beeinträchtigt hätten. Diese Aussage wird aber widerlegt durch die Bekundung des Zeugen St[REDACTED], nach der bei der Probevorführung in Me[REDACTED] etwa eine Stunde lang mit der Maschine Putz auf Wände aufgetragen worden ist. Diese Aussage verdient den Vorzug. Sie wird bestätigt durch die Lichtbilder, die anlässlich der Vorführung gemacht worden sind und die St[REDACTED] beim Mörtelspritzen vor einer größtenteils fertig geputzten Wand zeigen.

e) Durch die Vorführungen sind die Merkmale der Ansprüche 1, 4 und 5 des Streitpatents so offenbart worden, daß ein Fachmann in der Lage war, nach der Lehre des Patents zu handeln. Der Zeuge St[REDACTED] hat Aufbau und Wirkungsweise der Maschine vorgeführt und den anwesenden Gipsern - Fachleuten der Anwenderseite - eingehend erläutert. Wie der gerichtliche Sachverständige dargelegt hat, interessiert auch den Anwenderfachmann nicht nur das erzielte Arbeitsergebnis, sondern vor allem die Konstruktion des Geräts; er ist mit den einschlägigen Bauarten vertraut und ohne weiteres in der Lage, Bedeutung und Wirkungsweise der Maschine und ihrer Teile zu erkennen und zu würdigen. Die gleiche umfassende Unter- richtung wie den Gipsern in Me[REDACTED] ist auch dem gleichfalls fachkundigen, noch dazu von dem besonders

gut unterrichteten Geschäftsführer der Klägerin begleiteten Zeugen Kü[REDACTED] zuteil geworden.

f) Den bei der Vorführung Beteiligten ist keine Geheimhaltungspflicht auferlegt worden, und auch aus den Umständen konnte ihnen nicht der Gedanke kommen, sie seien gehalten, über das Gesehene zu schweigen. Da es sich bei ihnen um Gipshersteller, mögliche Käufer des Geräts oder deren Angestellte handelte, mußten sie im Gegenteil eher den Eindruck gewinnen, es sei der Beklagten erwünscht, daß sie auch andere sachkundige Interessenten über die Vorführungen und das dabei Wahrgenommene unterrichteten.

g) Soweit die Beklagte an den Vorbenutzungshandlungen selbst beteiligt war, kann sie sich nicht mit Erfolg auf die Neuheitsschonfrist des § 2 Satz 2 PatG berufen. Die Benutzungshandlungen lagen zum Zeitpunkt der Anmeldung des Streitpatents länger als ein halbes Jahr zurück. Die Inanspruchnahme der Unionspriorität hilft der Beklagten nicht: Die Berechnung der Neuheitsschonfrist richtet sich ausschließlich nach dem Zeitpunkt der inländischen Patentanmeldung, nicht jedoch nach der beanspruchten Unionspriorität (BGH GRUR 1971, 214, 215 customer prints; PA GRUR 1940, 552; BPatGerE 8, 190).

h) Der Geltendmachung dieser offenkundigen Vorbenutzung im Nichtigkeitsstreit steht nicht der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen. Es ist nämlich nicht nachgewiesen, daß die Beklagte die Klägerin angewiesen hat, die Vorführungen unter Geheimhaltung durchzuführen oder die Zuschauer weiter zur Geheimhaltung zu verpflichten.

Nach der Aussage des Technikers Benedikt Dü■■, der als Angestellter der Beklagten Besprechungen zwischen den persönlich haftenden Gesellschaftern der Parteien gelegentlich beigewohnt hat, ist zwar im Zusammenhang mit Vorführungen die Rede davon gewesen, daß tunlichst dafür gesorgt werden solle, daß Mitbewerber der Beklagten - also Hersteller von Mörtelmischmaschinen - keine Kenntnis von dem konstruktiven Aufbau der Maschine erlangten. Dagegen hat der Zeuge nicht bekundet, daß auch Gipshersteller und -verarbeiter von der Maschine ferngehalten werden sollten oder daß ihnen, falls sie Kenntnis erlangten, eine Schweigepflicht auferlegt werden soll. Der Versicherungsdirektor Theo Wa■■, der auf seiten der Klägerin an Verhandlungen mit der Beklagten teilgenommen hat, hat ausgesagt, lediglich in der Zeit der Entwicklung sei Geheimhaltung geübt worden, nicht mehr dagegen bei der Erprobung und Vorführung von Prototypen.

IV. 1. Ob die vorbenutzten Maschinen das Merkmal des Unteranspruchs 2 - ein Abschlußorgan (Schieber 54') in dem den Trocken- und den Naßbereich verbindenden Abschnitt - aufgewiesen haben, ist umstritten, bedarf jedoch nicht der Aufklärung: Wie der gerichtliche Sachverständige überzeugend ausgeführt hat, stellt die Anordnung eines Schiebers zur Trennung zweier Abschnitte einer Apparatur, insbesondere eines trockenen und eines nassen Bereichs, eine für den Fachmann geläufige und naheliegende Maßnahme dar, die - mag sie auch für Mörtelmischmaschinen neu gewesen sein - zu ihrer Auffindung keiner erfinderischen Tätigkeit bedurfte.

2. Ebensowenig vermag das an den vorbenutzten Maschinen noch nicht vorhandene Merkmal des Anspruchs 3

- getrennte Ausschaltbarkeit der Fördermittel des Trocken- und des Naßbereichs - die Patentfähigkeit zu begründen. Der gerichtliche Sachverständige hat hierzu dargelegt, daß sich das Problem der getrennten Schaltung dem Fachmann aufdrängt, sobald er dem Vorschlag folgt, beide Schnecken durch einen einzigen Motor anzutreiben, und daß die Mittel zur Lösung dieses Problems für den Fachmann auf der Hand liegen.

V. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 42 Abs. 2, 40 Abs. 2, 36 q Abs. 1 Satz 2 PatG.

Trüstedt

Bruchhausen

Ochmann

Bendler

Hesse