

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 88/84

URTEIL

Verkündet am
15. Oktober 1985
Kriegl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Patentnichtigkeitssache

der C [REDACTED] M [REDACTED] S.p.A., Ca [REDACTED] V [REDACTED], T [REDACTED] (I [REDACTED]),
vertreten durch Dr. Mauricio F [REDACTED], Via del L [REDACTED] [REDACTED],
Ca [REDACTED] V [REDACTED], T [REDACTED] (I [REDACTED]),

Beklagten und Berufungsklägerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Patentanwälte
Dipl.-Ing. [REDACTED],
Dipl.-Phys. Dr. [REDACTED],
[REDACTED]straße [REDACTED] [REDACTED] -

gegen

den unter der Firma W [REDACTED]-Eiswürfelautomaten handelnden
Kaufmann Theo We [REDACTED], R [REDACTED] Straße [REDACTED], Ma [REDACTED]/P [REDACTED],

Kläger und Berufungsbeklagten,

- Verfahrensbevollmächtigte: Patentanwälte
Dipl.-Ing. [REDACTED] und
Dipl.-Ing. [REDACTED],
[REDACTED] [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Oktober 1985 durch die Richter Ochmann, Brodeßer, von Albert, Dr. Mees und Frhr. von Maltzahn

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des 2. Senats (Nichtigkeitssenats II) des Bundespatentgerichts vom 17. Mai 1984 teilweise abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen, soweit sie sich gegen den Patentanspruch 1 des Patents ■■■ in der folgenden - durch Einbeziehung des Patentanspruchs 3 zustandegekommenen - Fassung sowie gegen die Patentansprüche 2 und 4 richtet:

"Eiswürfelherstellungsmaschine mit einem Kühlkreislauf, der mit Gefrierelementen verbunden ist, die von oben in eine mit Wasser füllbare Wanne hineinragen, die um eine nahe einer Wandung angeordnete horizontale Achse nach unten von den Gefrierelementen wegschwenkbar ist, mit einem unterhalb der Wanne angeordneten Sammelbehälter für die fertigen Eiswürfel, mit einer Einrichtung zum Ablösen der Eiswürfel von den Gefrierelementen bei Erreichen einer bestimmten Größe der Eiswürfel, mit einer Betätigungsvorrichtung zum Wagschwenken der Wanne aus der horizontalen Stellung nach unten und mit einer Einrichtung zum Trennen der in den Sammelbehälter gelangenden Eiswürfel von dem beim Wagschwenken der Wanne mitausgekippten Restwasser, gekennzeichnet durch einen Eiswürfelabweiser (6), der zwischen dem Boden der Wanne (3) und den Gefrierelementen (2) angeordnet ist und

43

- 3 -

mittels dessen die Eiswürfel (14) beim Wegschwenken der Wanne (3) über deren Rand hinweg in den darunterliegenden Sammelbehälter (9) ablenkbar sind, und eine Einrichtung zum Ableiten des in der Wanne (3) verbliebenen Restwassers beim Wegschwenken derselben nach unten, welche an der der Achse (4) gegenüberliegenden Wandung der Wanne (3) einen Ableitkanal umfaßt, in den das Wasser beim Wegschwenken der Wanne (3) übertritt und der eine seitliche Öffnung (16) aufweist, die in einen seitlich innerhalb des Sammelbehälters (9) angeordneten Wassersammler (17) mündet."

Patentanspruch 3 in der erteilten Fassung wird gestrichen.

Die Kosten des Verfahrens erster Instanz haben der Kläger zu drei Vierteln und die Beklagte zu einem Viertel zu tragen. Die Kosten der Berufungsinstanz werden dem Kläger auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte ist Inhaberin des am 22. November 1975 angemeldeten Patents ■ ■ ■ (Streitpatents), das eine Eiswürfelherstellungsmaschine (im weiteren: Eiswürfelbereiter) betrifft. Die Patentansprüche 1 und 3 lauten:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- "1. Eiswürfelherstellungsmaschine mit einem Kühlkreislauf, der mit Gefrierelementen verbunden ist, die von oben in eine mit Wasser füllbare Wanne hineinragen, die um eine nahe einer Wandung angeordnete horizontale Achse nach unten von den Gefrierelementen wegschwenkbar ist, mit einem unterhalb der Wanne angeordneten Sammelbehälter für die fertigen Eiswürfel, mit einer Einrichtung zum Ablösen der Eiswürfel von den Gefrierelementen bei Erreichen einer bestimmten Größe der Eiswürfel, mit einer Betätigungsvorrichtung zum Wagschwenken der Wanne aus der horizontalen Stellung nach unten und mit einer Einrichtung zum Trennen der in den Sammelbehälter gelangenden Eiswürfel von dem beim Wagschwenken der Wanne mitausgekippten Restwasser, g e - k e n n z e i c h n e t d u r c h einen Eiswürfelabweiser (6), der zwischen dem Boden der Wanne (3) und den Gefrierelementen (2) angeordnet ist und mittels dessen die Eiswürfel (14) beim Wagschwenken der Wanne (3) über deren Rand hinweg in den darunterliegenden Sammelbehälter (9) ablenkbar sind, und eine im Bereich der der Achse (4) gegenüberliegenden Wandung angeordneten Einrichtung zum Ableiten des in der Wanne (3) verbliebenen Restwassers beim Wagschwenken derselben nach unten.

3. Eiskwürfelherstellungsmaschine nach Anspruch 1 oder 2, dadurch gekennzeichnet, daß die Wasserableiteinrichtung einen Ableitkanal an der der Achse (4) gegenüberliegenden Wandung der Wanne (3) umfaßt, in den das Wasser beim Wegschwenken der Wanne (3) übertritt und der eine seitliche Öffnung (16) aufweist, die in einen seitlich innerhalb des Sammelbehälters (9) angeordneten Wassersammler (17) mündet."

Wegen der Patentansprüche 2 und 4 wird auf die Patentschrift Bezug genommen.

Der Kläger hat, gestützt auf eine Reihe von vorveröffentlichten Druckschriften und die Behauptung einer offenkundigen Vorbenutzung im Inland, die Patentfähigkeit der Lehre des Streitpatents in Abrede gestellt und dessen Nichtigkeitserklärung beantragt.

Die Beklagte hat das Streitpatent in erster Linie mit der aus dem Urteilsausspruch ersichtlichen Fassung des Hauptanspruchs verteidigt.

Das Bundespatentgericht hat der Klage stattgegeben.

Mit ihrer Berufung beantragt die Beklagte,
das angefochtene Urteil abzuändern und das Streit-
patent entsprechend der in erster Instanz verteidig-
ten Fassung I vom 9. Januar 1984,
hilfsweise in einer weiter geänderten Fassung
aufrechtzuerhalten.

Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Berufung.

Als gerichtlicher Sachverständiger hat Professor Dr.-Ing.
G. P. M■■■■, Leiter der Abteilung Kältetechnik am Institut
für Technische Thermodynamik und Kältetechnik der Universität
K■■■■ (TH), ein schriftliches Gutachten erstattet, das er
in der mündlichen Verhandlung erläutert und ergänzt hat. Über
die von dem Kläger behauptete offenkundige Vorbenutzung ist
Beweis erhoben worden durch die uneidliche Vernehmung des Zeugen
Ditscher.

Entscheidungsgründe

Soweit das Bundespatentgericht das Streitpatent in der
erteilten Fassung für nichtig erklärt hat, ist die Entscheidung
nicht angefochten worden. Die Berufung hat jedoch mit der Ver-
teidigung des Streitpatents in der in erster Linie verteidigten

eingeschränkten Fassung des Patentanspruchs 1 und der Patentansprüche 2 und 4 Erfolg.

I.

1. Das Streitpatent betrifft einen Eiswürfelbereiter, bei dem Gefrieremente von oben in eine mit Wasser füllbare Wanne hineinragen, die von diesen nach unten wegschwenkbar und bei der eine Einrichtung zum Trennen der in einen Sammelbehälter gelangenden Eiswürfel von dem beim Schwenken der Wanne mitausgekippten Restwasser vorhanden ist (Sp. 1 Z. 55 - Sp. 2 Z. 2). Da die Eiswürfel so schnell wie möglich zu isolieren seien, um das Schmelzen des Eises zu verhindern, müsse, so heißt es in der Patentschrift, Vorsorge getroffen werden, um die Eiswürfel von dem in dem Sammelbehälter vorhandenen Wasser abzusondern (Sp. 2 Z. 12 - 16). Es sei zu diesem Zweck gemäß der US-Patentschrift ■■■■ schon vorgeschlagen worden, den Sammelbehälter mit einem in ihm angeordneten Gitter oder Rost auszustatten, durch den das Wasser hindurchgehe, der aber die Eiswürfel zurückhalte und so das Wasser vom Eis trenne. Der Rost und der unter ihm zu belassende Wasserraum verminderten beträchtlich den Nutzraum des Sammelbehälters (Sp. 2 Z. 17 - 24).

2. Als die der Erfindung zugrunde liegende Aufgabe bezeichnet es die Streitpatentschrift, die Absonderung der Eiswürfel von dem Restwasser in der Wanne ohne Beeinträchtigung

des Fassungsvermögens des Sammelbehälters zu erreichen (Sp. 2 z. 25 - 28).

Die Lösung besteht gemäß der verteidigten Fassung des Hauptanspruchs in einer Maschine der im Oberbegriff des Patentanspruchs 1 genannten Art, die folgende weitere Merkmale aufweist:

(1) Ein Eiskwürfelabweiser

- (a) ist zwischen dem Boden der schwenkbaren Wanne (3) und den Gefrier-elementen (2) angeordnet,
- (b) der die Eiskwürfel bei dem Wegschwenken der Wanne (3) über deren Rand hinweg
- (c) in den darunterliegenden Sammelbehälter (9) ablenkt.

(2) Eine Einrichtung zum Ableiten des in der Wanne (3) verbliebenen Restwassers umfaßt

- (a) einen an der der (Schwenk-)Achse (4) gegenüberliegenden Wandung angeordneten Ableitkanal,
- (b) der eine seitliche Öffnung (16) aufweist
- (c) und in den das Wasser beim Wegschwenken der Wanne (3) übertritt.
- (d) Die seitliche Öffnung (16) mündet in einen seitlich innerhalb des Sammelbehälters (9) angeordneten Wassersammler (17).

Patentanspruch 2 betrifft eine besondere Gestaltung des Eiswürfelabweisers und dessen Verschwenkbarkeit, Patentanspruch 4 eine bestimmte geometrische Anordnung der Trennwand 15, die eine Seitenwand des Ableitkanals bildet.

3. Mit einer Vorrichtung nach Patentanspruch 1 in der verteidigten Fassung läßt sich das als Aufgabe umschriebene Ziel, eine Beeinträchtigung des Fassungsvermögens des (Eiswürfel-)Sammelbehälters völlig zu vermeiden, nicht erreichen. Zwar verringert nicht der in der Wanne angeordnete Eiswürfelabweiser, wie die Streitpatentschrift angibt (Sp. 2 Z. 46/47), aber der an der Seitenwand angeordnete Wassersammler, der sich "innerhalb des Sammelbehälters" befindet, dessen Fassungsvermögen. Mit dem Lösungsvorschlag wird allerdings eine raumsparende Anordnung der für die Trennung von Eiswürfeln und Restwasser sowie das Auffangen und die Ableitung des Restwassers erforderlichen Elemente erreicht. Dies ist ungeachtet des Gegensatzes zu den Angaben der Streitpatentschrift bei der patentrechtlichen Beurteilung als die der technischen Lehre zugrunde liegende Aufgabe zu berücksichtigen, für deren Ermittlung es allein auf die für den Fachmann objektiv erkennbare Zielrichtung der Erfindung ankommt (Benkard, PatG GebrMG 7. Aufl. § 1 PatG Rdn. 56).

4. Der gerichtliche Sachverständige hat zur Erläuterung des Gegenstands des Streitpatents überzeugend ausgeführt, daß

der Fachmann unter einem Ableitkanal im Sinne der Lehre des Streitpatents ein rinnenartiges Element mit einem Boden und zwei Seitenwänden versteht und daß er aufgrund der ihm am Anmeldetage zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten ohne weiteres in der Lage war, an der (Seitenwand der) Wanne eine entsprechende Anordnung vorzusehen, sei es nach Art einer Dachrinne oder in Anlehnung an das in der Streitpatentschrift beschriebene Ausführungsbeispiel mittels einer Trennwand oder durch eine besondere Gestaltung der Wannenwandung selbst.

5. Die Änderung des Patentanspruchs 1 durch die Aufnahme weiterer Merkmale entsprechend dem erteilten Patentanspruch 3 führt zu einer zulässigen Beschränkung des Streitpatents.

II.

Der Gegenstand gemäß der verteidigten Fassung des Anspruchs 1 des Streitpatents war am Anmeldetage unbestritten neu im Sinne des § 2 Satz 1 PatG 1968 und technisch fortschrittlich.

Ihm kann auch die erfinderische Leistung nicht abgesprochen werden. Der Inhalt der mündlichen Verhandlung und das Ergebnis der Beweisaufnahme haben den Senat nicht davon überzeugt, daß es am Anmeldetage des Streitpatents für einen Durchschnittsfachmann, einen an einer Technikerschule ausgebildeten Kälteanlagenbauer mit Kenntnissen und praktischen Erfahrungen in der Entwicklung und Konstruktion von kleinen Kälteanlagen, nahe gelegen

hat, die im Patentanspruch 1 angegebenen Maßnahmen miteinander zu kombinieren, um einen kompakten Eiskwürfelbereiter zu schaffen.

1. Bei dem Gegenstand der bereits im Erteilungsverfahren berücksichtigten US-Patentschrift ■ ■ ■ aus dem Jahre 1962 werden Eiskwürfel, wie nach der Lehre des Streitpatents, durch das Eintauchen von Gefrierenlementen in eine mit Wasser gefüllte Wanne hergestellt. Nach Abschluß des Gefriervorgangs wird die Wanne nach unten weggeschwenkt und das Restwasser ausgekippt. Die Eiskwürfel werden durch Beheizung der Gefrierenlemente von diesen gelöst. Zur Trennung von Restwasser und Eiskwürfeln ist unterhalb der Gefrierenlemente 32 und der Schale 20 ein schräger Rost 80 vorgesehen, auf dessen geneigter Oberfläche die Eiskwürfel nach vorn in ein isoliertes Vorratsfach 82 rutschen. In der Schale verbliebene Flüssigkeit und Verunreinigungen gelangen ebenfalls auf den Rost 80 und durch dessen Öffnungen 84 in den Abfluß 86 (Sp. 4 Z. 50 - 57; S. 10 Übers.).

Diese Vorveröffentlichung konnte den Durchschnittsfachmann nicht zu den mit der Lehre gemäß der verteidigten Fassung des Anspruchs 1 des Streitpatents vorgeschlagenen Verbesserungen anregen. Die bekannte Vorrichtung legte weder den Gedanken nahe, mit Hilfe eines zusätzlichen Elements in oder an der Wanne die Eiskwürfel beim Wegschwenken über den Wannenrand hinweg zu lenken, noch konnte der Fachmann daraus die Anregung erhalten,

das Restwasser aus der Wanne zur Seite hin in einen flachen, seitlich angeordneten Aufnahmetrichter abzuleiten.

2. In der US-Patentschrift   aus dem Jahre 1972 ist eine Eiswürfelmaschine mit Gefrierzellen 35 beschrieben, die in Wabenform angeordnet und an der Unterseite offen sind. An der Oberseite sind die Gefrierzellen durch die Oberplatte (top plate) 34 abgedeckt. Während des Gefriervorgangs wird die Unterseite dieser Gefrierzellen durch eine Wasserplatte (water plate) 36 verschlossen. Diese ist auf einem als Tank (tank) 92 bezeichneten Wasserbehälter angebracht, aus dem das Wasser über die Leitung 77 der Oberplatte 34 zugeführt wird und über Lochungen 78 in die Gefrierzellen 35 gelangt, wo ein Teil des Wassers gefriert, während der Rest durch Lochungen in der Wasserplatte 36 nach unten in den Tank zurückfließt (Sp. 1 Z. 70 - Sp. 2 Z. 7; S. 4/5 Übers.). Nach Beendigung des Gefriervorgangs werden Wasserplatte und Tank um einen Winkel von etwa 30 Grad nach unten weggeschwenkt. Dadurch wird das in dem Tank befindliche Restwasser (teilweise) unterhalb der Wasserplatte ausgekippt. Mittels einer an dem Tank angebrachten Abweis- oder Umlenkplatte (deflector plate) 142 wird das aus der Wanne fließende Wasser umgelenkt und über einen als flache Schale ausgebildeten Wassersammler 82 und das Rohr 83 nach unten abgeführt (Fig. 2). Durch Beheizung der Gefrierzellen werden die fertigen Eiswürfel aus diesen gelöst. Sie fallen auf die schrägliegende Wasserplatte, gleiten auf dieser ab und gelangen über

eine Auffangvorrichtung in den unterhalb der Gefriereinheit angeordneten Sammelbehälter. Die Abweisplatte verhindert, daß das (Rest-)Wasser aus der Wanne beim Auskippen in den Sammelbehälter für die Eiswürfel gelangen kann.

Auch diese Druckschrift konnte den Durchschnittsfachmann nicht auf den Weg zu der im verteidigten Anspruch 1 des Streitpatents vorgeschlagenen Lösung führen. Sie zeigt zwar einen in seiner Wirkung dem patentgemäßen Eiswürfelabweiser nahekommenden Teil, die Wasserplatte, der aus einer waagerechten in eine geneigte Stellung verschwenkt wird und über den die Eiswürfel in das Vorratsfach (ab)gelenkt werden. Auch stellt der von der Abweisplatte mit der einen Wandung des Tanks gebildete Ablauf einen Kanal dar, durch den das Restwasser abgeleitet wird. Dieser Kanal erstreckt sich indessen über die Breite des Tanks. Daraus konnte der Fachmann keinen Hinweis auf eine Ableitung nach der Seite hin erhalten. Die konstruktive Zusammenfassung von (Rest-)Wassertank und darauf befindlicher Wasserplatte führt ebenfalls nicht in Richtung der Lösung gemäß der Lehre des Streitpatents. Zum einen kann der Tank wegen der prinzipiell anderen Art der Eiswürfelbereitung mittels Wasserumlaufs nicht der Wanne beim Gegenstand des Streitpatents gleichgesetzt werden, in der die Eiswürfel ausgefroren werden. Zum anderen bedarf es bei diesem bekannten Prinzip nicht der Trennung der Eiswürfel vom Restwasser, da dieses bereits durch das Rückströmen in den Tank abgesondert ist. Die Wasserplatte besitzt allenfalls im

Hinblick auf das beim Abtauen der Eiskwürfel in sehr geringem Ausmaß herabtropfende Wasser eine ähnliche Funktion wie der Eiskwürfelabweiser beim Gegenstand des Streitpatents. Dies wird allerdings erst bei einem Vergleich mit der Lehre des Streitpatents und damit aufgrund einer nicht zulässigen Betrachtung ex post deutlich und stellt jedenfalls keine wesentliche Funktion der Wasserplatte dar; deren Übernahme für die patentgemäß nach einem anderen Prinzip der Eiskwürfelbereitung arbeitenden Geräte hat nach den überzeugenden Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen für den Durchschnittsfachmann nicht nahe gelegen.

3. Auf die US-Patentschrift ■■■ (1956) ist der Kläger in der mündlichen Verhandlung nicht mehr zurückgekommen. Mit der darin beschriebenen Maschine zum Herstellen von Eiskwürfeln, die durch Zerteilen oder Zerschneiden einer aus einem Wasserfilm sich bildenden Eisplatte gewonnen werden, hat die Lehre des Streitpatents erkennbar keine in Betracht zu ziehenden Berührungspunkte, so daß diese Vorveröffentlichung dem Durchschnittsfachmann keine entsprechenden Hinweise nahelegen konnte.

4. Es spricht auch nichts dafür, daß die Zusammenschau der Druckschriften dem Durchschnittsfachmann die Ausgestaltung eines Eiskwürfelbereiters gemäß der verteidigten Fassung des Anspruchs 1 des Streitpatents nahelegen vermochte.

Keine der beiden die Erfindung kennzeichnenden Merkmale (Eiswürfelabweiser, seitliche Wasserableitung) war aus dem Stand der Technik bekannt. Und jedenfalls für die Gesamtkombination mit diesen beiden Merkmalen hat der Kläger nicht den Nachweis geführt, daß sich dem Fachmann eine solche Lösung aufgrund des Standes der Technik und seines allgemeinen Fachwissens anbot und es daher keiner überdurchschnittlichen Leistung bedurfte, um zu einem solchen Aufbau eines Eiswürfelbereiters zu gelangen. Dieser Beurteilung steht die aus vielen Bereichen bekannte Verwendung von Trichtern und trichterartigen Elementen zum Auffangen und Weiterleiten von flüssigem und fließfähigem Gut ebenso wenig entgegen wie die allgemeine Bekanntheit von Dachrinnen zum Ableiten von Regenwasser. Es ist nichts dafür von dem Kläger dargetan worden oder sonst ersichtlich, daß bereits die Kenntnis dieser allgemeinen Techniken dem Durchschnittsfachmann, der auf der Suche nach einer raumsparenden Anordnung war, einen Anstoß geben konnte, für die Ableitung des Restwassers die bei dem Gegenstand des Streitpatents verwirklichten Maßnahmen zu treffen. Diese fassen, wie der gerichtliche Sachverständige überzeugend dargelegt hat, in geschickter Weise die für die Trennung der Eiswürfel von dem Restwasser erforderlichen Elemente zusammen und führen zu einem Eiswürfelbereiter, bei dem ein kompakter Aufbau mit einem großen Fassungsvermögen des Vorratsbehälters vorteilhaft kombiniert ist.

5. Die von dem Kläger behauptete offenkundige Vorbenutzung

kann als Stand der Technik keine Berücksichtigung finden. Der Senat hat aufgrund der Zeugenvernehmung nicht die Überzeugung gewinnen können, daß die technischen Einzelheiten des in Spanien hergestellten und am 29. Oktober 1975 über die Sp[REDACTED] KG, Wu[REDACTED], an den Kläger gelieferten Eiswürfelbereiters "SP[REDACTED] E [REDACTED]/[REDACTED]" vor dem 22. November 1975, dem Anmeldetag des Streitpatents, im Sinne des § 2 Satz 1 PatG 1968 offenkundig gewesen sind.

Der seit 1969 bei dem Kläger beschäftigte Angestellte D[REDACTED] hat als Zeuge glaubhaft bekundet, daß er sich daran erinnere, nach der Lieferung Ende Oktober 1979 das SP[REDACTED]-Gerät zusammen mit dem Kläger ausgepackt zu haben. Man habe auf das Gerät gewartet, um Leistungsvergleiche mit den in der Firma des Klägers entwickelten Geräten anstellen zu können. Von der technischen Ausgestaltung hinsichtlich der Trennung von Eiswürfeln und Restwasser habe er - der Zeuge - damals keine Kenntnis genommen, da allein der Vergleich der Leistungen beabsichtigt gewesen sei. Zwischen Anlieferung und Erprobung habe nur ein kurzer Zeitraum gelegen, seiner Erinnerung nach kein längerer als eine Woche. Die unzureichende Leistung des Gerätes habe dann zu einer Beanstandung durch den Kläger gegenüber der Lieferfirma Sp[REDACTED] in Wu[REDACTED] geführt. Nach den Versuchen sei das Gerät ins Abstellager gebracht worden, wo es, auch für die insgesamt damals fünf weiteren Betriebsangehörigen des Klägers, nicht mehr ohne weiteres zugänglich gewesen sei; unbekannten Dritten wäre

es nicht gezeigt worden. Der Zeuge hat ferner angegeben, daß er sich zur Vorbereitung auf seine Vernehmung anhand des Lieferscheins und der Korrespondenzunterlagen die zeitliche Einordnung der Vorgänge wieder in Erinnerung gerufen habe.

Aus dem vorgelegten und von der Beklagten inhaltlich nicht in Zweifel gezogenen Schreiben des Klägers vom 5. Dezember 1975 ergibt sich, daß er erstmals an diesem Tage die unzureichende Leistung des ihm am 29. Oktober 1975 gelieferten Eiswürfelautomaten "SP [REDACTED] E [REDACTED]/[REDACTED]" gegenüber der Sp [REDACTED] KG als unzureichend und nicht den technischen Daten entsprechend beanstandet hat (Bl. 18 NiA). Dieses Datum liegt zwei Wochen später als der Anmeldetag des Streitpatents. Da die Durchführung des allein beabsichtigten Leistungsvergleichs keine zeitraubenden Vorbereitungen erforderte, kann nicht ausgeschlossen werden, daß das Gerät erst nach dem 22. November 1975 im Betrieb des Klägers ausgepackt worden ist, so daß die technischen Einzelheiten, insbesondere der in der schwenkbaren Wanne in gleicher Weise wie bei dem Gegenstand des Streitpatents vorhandene Eiswürfelabweiser, erst nach dem genannten Zeitpunkt von dem insoweit nicht zur Geheimhaltung verpflichteten Zeugen oder den anderen Betriebsangehörigen hätten wahrgenommen werden können. Die Bekundung des Zeugen Ditscher, er könne zwar nicht mehr angeben, ob die Erprobung sofort nach dem Eintreffen des Gerätes stattgefunden habe, seiner Erinnerung nach habe aber kein längerer Zeitraum als eine Woche zwischen Anlieferung und Erprobung

gelegen, konnte den Senat nicht von der Richtigkeit der Angaben des Zeugen hinsichtlich dieser Zeitspanne überzeugen; andere Anhaltspunkte sind nicht vorhanden. Mit Rücksicht darauf, daß es sich um Vorgänge handelt, die fast zehn Jahre zurückliegen und für den Zeugen ersichtlich keine herausragende Bedeutung gehabt haben, und im Hinblick auf seine Erklärung, er habe vor seiner Vernehmung im Betrieb die schriftlichen Unterlagen eingesehen, vermag der Senat die Zeitangaben nicht als erwiesen zu werten, da sie ersichtlich lediglich auf Schlußfolgerungen des Zeugen beruhen, ohne durch die eigene zuverlässige Erinnerung des Zeugen gestützt zu sein.

Auf eine offenkundige Vorbenutzung schon vor dem 29. Oktober 1975 bei der Lieferantin, der Sp[REDACTED] KG, hat der Kläger sich nicht berufen; sie ist auch aus den Umständen nicht ersichtlich.

III.

Das Streitpatent hat daher mit der verteidigten Fassung des Patentanspruchs 1 Bestand. Da diese Fassung inhaltlich der des erteilten Patentanspruchs 3 entspricht, soweit dieser auf Anspruch 1 zurückbezogen ist, entfällt Patentanspruch 3 insoweit. Auch die Rückbeziehung in Patentanspruch 3 auf Patentanspruch 2 ist wegen der im Patentanspruch 2 verbliebenen Rückbeziehung auf den neuen Hauptanspruch gegenstandslos, so daß Patentanspruch 3 zur Klarstellung insgesamt zu streichen ist.

Die Patentansprüche 2 und 4 betreffen zweckmäßige Ausgestaltungen der Vorrichtung gemäß Anspruch 1 und erschöpfen sich nicht in platten Selbstverständlichkeiten; sie haben daher zusammen mit dem neuen Hauptanspruch Bestand.

IV.

Auf die Berufung der Beklagten ist somit das angefochtene Urteil entsprechend der eingeschränkten Verteidigung des Streitpatents teilweise abzuändern.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 110 Abs. 3 PatG in Verbindung mit § 92 Abs. 1 ZPO. Sie berücksichtigt, daß die Beklagte in der Berufungsinstanz das Streitpatent von Anfang an

nur mit der eingeschränkten Fassung des Hauptanspruchs verteidigt und insoweit in vollem Umfang obsiegt hat.

Ochmann

Brodeßer

von Albert

Mees

von Maltzahn