

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 6/68

URTEIL

Verkündet am

4. März 1971
Schwingen,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Patentnichtigkeitssache

der Co [REDACTED] I [REDACTED] N [REDACTED]-P [REDACTED] S.p.A., in Bo [REDACTED]
(I [REDACTED]), vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden
Jan Pi [REDACTED], in Bo [REDACTED] (I [REDACTED]),

Beklagte und Berufungsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED], [REDACTED],
und Patentanwälte Dipl.-Ing. [REDACTED]
und Dipl.-Ing. [REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED] -

gegen

die Firma I.S.A.P. In [REDACTED] Sp [REDACTED] A [REDACTED] Plastici,
S.p.A., in V [REDACTED] (I [REDACTED]), vertreten durch den Präsidenten
Dr. Pietro Pa [REDACTED], in V [REDACTED] (I [REDACTED]),

Klägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED], [REDACTED],
Rechtsanwälte Dres. [REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED] und [REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED], und Patentanwalt
Dipl.-Ing. [REDACTED] -

betreffend das Patent Nr. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. März 1971 unter Mitwirkung der Bundesrichter Trüstedt, Claßen, Ballhaus, Dr. Bruchhausen und Ochmann

für Recht erkannt:

Die Berufung gegen das Urteil des
2. Senats (Nichtigkeitssenats II) des
Bundespatentgerichts vom 19. Juli 1967
wird auf Kosten der Beklagten zurückge-
wiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte ist eingetragene Inhaberin des am 26. Oktober 1957 unter Inanspruchnahme des Zeitpunktes der italienischen Voranmeldung vom 15. Juli 1957 angemeldeten Patents Nr. ■■■■■. Das Patent ist mit folgenden Patentansprüchen erteilt worden:

- "1. Tragplatte mit zellenartigem Aufbau zum Verpacken und Transportieren von tropfenartig geformten Früchten oder Gegenständen, beispielsweise Birnen, bei der jede zur Aufnahme einer Frucht dienende Zelle von mehreren hohlen Buckeln der Tragplatte umgeben oder durch solche Buckel gebildet bzw. begrenzt ist, dadurch gekennzeichnet, daß wenigstens einer der um die Zelle (2, 2') herum angeordneten Plattenbuckel (3, 4)

- 3 -

eine kleinere Höhe als die anderen aufweist bzw. an mindestens einer Stelle des Zellenumfanges ein Plattenbuckel fortgelassen ist.

2. Tragplatte nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß um jede Zelle (2) herum sechs, abwechselnd eine größere und eine kleinere Höhe aufweisende Plattenbuckel (3, 4) in Form eines Sechsecks angeordnet sind.
3. Tragplatte nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß jede Zelle (2') durch drei mit größerem Abstand voneinander angeordnete Plattenbuckel (3') begrenzt ist.
4. Tragplatte nach einem der Ansprüche 1 bis 3, dadurch gekennzeichnet, daß in den Seitenflächen der Plattenbuckel zwecks Erhöhung der elastischen Querdehnbarkeit der Buckelwände im wesentlichen senkrecht gerichtete Furchen oder Wellen bzw. schmale senkrechte Kräuselungen od. dgl. vorgesehen sind.
5. Tragplatte nach einem der Ansprüche 1 bis 3, bei der die um jede Zelle herum angeordneten Plattenbuckel in dem unteren Bereich der Zelle zusammenlaufen, dadurch gekennzeichnet, daß tiefe senkrechte Furchen oder Wellen zwischen den Buckeln angeordnet sind, wobei sich die Furchen oder Wellen zweier benachbarter Zellen vorzugsweise in der Verbindungslinie zweier Buckel treffen.
6. Tragplatte nach einem der Ansprüche 1 bis 5, dadurch gekennzeichnet, daß sie aus einer elastischen bzw. nachgiebigen Folie eines thermoplastisch verformbaren Kunststoffes im Tiefziehverfahren hergestellt ist.
7. Tragplatte nach einem der Ansprüche 1 bis 5, dadurch gekennzeichnet, daß sie aus einer organischen Faserstoffmasse, wie Papiermasché, Pappstoff od. dgl., im Preßverfahren hergestellt ist."



Die Klägerin hat beim Bundespatentgericht die Nichtigserklärung des Patents beantragt. Sie hat auf die britische Patentschrift [REDACTED], die italienische Patentschrift [REDACTED] sowie auf die US-Patentschriften [REDACTED] und [REDACTED] hingewiesen und geltend gemacht, die Lehre des Streitpatents sei durch die genannten, vorveröffentlichten Patentschriften nahegelegt worden. Der Gegenstand des Streitpatents stimme im übrigen mit dem des früher angemeldeten Patents Nr. [REDACTED] der Beklagten überein.

Die Beklagte hat der Nichtigserklärung des Patents Nr. [REDACTED] widersprochen. Sie ist den Ausführungen der Klägerin entgegengetreten.

Das Bundespatentgericht hat das Streitpatent wegen fehlender Erfindungshöhe für nichtig erklärt.

Mit der Berufung erstrebt die Beklagte die Aufrechterhaltung des Streitpatents mit folgenden Patentansprüchen:

- "1. Tragplatte mit zellenartigem Aufbau zum Verpacken und Transportieren von tropfenartig geformten Früchten oder Gegenständen, beispielsweise Birnen, bei der die zur Aufnahme je einer Frucht dienenden Zellen von mehreren, in Form von Sechsecken angeordneten, hohlen Buckeln der Tragplatte umgeben oder durch solche Buckel gebildet bzw. begrenzt sind, von denen zumindest einige der Buckel über den größten Querschnitt des zwischen sie eingesetzten unteren Fruchtteils hinausragen und mit ihren oberen im Vergleich zu den leicht verformbaren Buckelseitenflächen steifen Buckelenden die Früchte federnd einklemmen und sicher festhalten, dadurch gekenn-

zeichnet, daß zur Aufnahme gleichsinnig ausgerichteter Früchte die Zellen entweder von sechs, abwechselnd eine größere und eine kleinere Höhe aufweisenden Buckeln umgeben oder durch nur drei, mit größerem Abstand voneinander angeordnete Buckel begrenzt sind.

2. Tragplatte nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß in den Seitenflächen der Plattenbuckel zwecks Erhöhung der elastischen Querdehnbarkeit der Buckelwände im wesentlichen senkrecht gerichtete Furchen oder Wellen bzw. schmale senkrechte Kräuselungen od. dgl. vorgesehen sind.
3. Tragplatte nach Anspruch 1 oder 2, bei der die um jede Zelle herum angeordneten Plattenbuckel in dem unteren Bereich der Zelle zusammenlaufen, dadurch gekennzeichnet, daß tiefe senkrechte Furchen oder Wellen zwischen den Buckeln angeordnet sind, wobei sich die Furchen oder Wellen zweier benachbarter Zellen vorzugsweise in der Verbindungslinie zweier Buckel treffen.
4. Tragplatte nach einem der Ansprüche 1 bis 3, dadurch gekennzeichnet, daß sie aus einer elastischen bzw. nachgiebigen Folie eines thermoplastisch verformbaren Kunststoffes im Tiefziehverfahren hergestellt ist.
5. Tragplatte nach einem der Ansprüche 1 bis 4, dadurch gekennzeichnet, daß sie aus einer organischen Faserstoffmasse, wie Papiermaché, Pappstoff od. dgl. im Preßverfahren hergestellt ist."

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Bundespatentgerichts die Nichtigkeitsklage mit der Maßgabe abzuweisen, daß die Patentansprüche des Patents Nr. ■■■ durch die vorstehenden Patentansprüche 1 - 5 ersetzt werden.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

In der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin ergänzend zu ihrem bisherigen Vortrag dem Streitpatent auch die Unterlagen des am 10. Januar 1957 erteilten italienischen Patents Nr. [REDACTED] [REDACTED] entgegen gehalten.

Als gerichtlicher Sachverständiger hat Dr.-Ing. Hans Be[REDACTED], M[REDACTED], Pf[REDACTED]straße [REDACTED], ein schriftliches Gutachten erstattet und das Gutachten in der mündlichen Verhandlung ergänzt und erläutert.

Entscheidungsgründe

I. Der Beurteilung der Patentfähigkeit des Streitpatents sind im Berufungsverfahren die von der Beklagten allein noch verteidigten, von ihr neugefaßten Patentansprüche zugrunde zu legen. Dem Patentinhaber steht es nach der ständigen Rechtsprechung des Senats (BGHZ 21, 8, 10 ff - Spritzgußmaschine I - ; BGH GRUR 1960, 542, 543 - Flugzeugbetankung I -; 1962, 294, 296 - Hafendrehkran -) frei, statt zuvor ein Beschränkungsverfahren nach § 36 a PatG durchzuführen, eine Beschränkung des Patents auch in einem anhängigen Nichtigkeitsverfahren durch die Erklärung herbeizuführen, das Patent nur noch in einem eingeschränkten Umfange verteidigen zu wollen. Im Patentnichtigkeitsverfahren sind alsdann nur noch die vom Patentinhaber verteidigten Patentansprüche zu prüfen, sofern sie sachlich eine Beschränkung des Patents enthalten. Das ist hier der Fall. Die von der Beklagten

neugefaßten und allein von ihr noch verteidigten Patentansprüche unterscheiden sich von den erteilten Patentansprüchen dadurch, daß die spezielleren Merkmale der bisherigen Ansprüche 2 und 3 in den Hauptanspruch aufgenommen worden sind und daß der Patentanspruch weiterhin durch zusätzliche, in der Patentbeschreibung (Sp. 1 Z. 49 - Sp. 2 Z. 46 und Sp. 1 Z. 15, 36) genannte Merkmale ergänzt worden ist. Darin liegt eine zulässige Beschränkung des Patents.

II. Das Streitpatent betrifft nach seiner Überschrift, den einleitenden Worten der Patentbeschreibung und dem Gattungsbegriff des Hauptanspruchs eine Tragplatte mit zellenartigem Aufbau zum Verpacken und Transportieren von tropfenartig geformten Früchten oder Gegenständen, beispielsweise Birnen. Tragplatten der in Rede stehenden Art werden vor allem als Einlage für Versandkisten oder -kartons verwendet. Sie sollen Beschädigungen der Früchte oder sonstigen Gegenstände während des Transportes und während der Lagerung verhindern.

1. Die Beschreibung des Streitpatents enthält keine Angaben über den Stand der Technik, von dem die Erfinder des Streitpatents ausgegangen sind. Nach der Fassung des Patentanspruchs 1 des Streitpatents in der von der Beklagten verteidigten Fassung werden Tragplatten als bekannt vorausgesetzt, bei denen die zur Aufnahme je einer Frucht dienenden Zellen von mehreren, in Form von Sechsecken angeordneten, hohlen Buckeln der Tragplatte umgeben oder durch solche gebildet oder begrenzt sind und

bei denen zumindest einige der Buckel über den größten Querschnitt der zwischen sie eingesetzten unteren Fruchtteile hinausragen und mit ihrem oberen im Vergleich zu den leicht verformbaren Buckelseitenflächen steifen Buckelenden die Früchte federnd einklemmen und sicher festhalten. Von den Buckeln der als bekannt vorausgesetzten Tragplatten wird nach den weiteren Ausführungen der Patentschrift (Sp. 1 Z. 7 - 16 und Z. 23 - 34) angenommen, daß sie gleiche Höhe aufweisen und in einem solchen Abstand voneinander angeordnet sind, daß sie tropfenförmige Früchte nur stehend mit dem Stiel nach oben aufnehmen können.

Die Nachteile der als bekannt vorausgesetzten Tragplatten sehen die Erfinder des Streitpatents nach den Angaben über die Vorteile der vorgeschlagenen Lösung gegenüber den bekannten Ausführungen (Patentschrift Sp. 1 Z. 29 - 34) darin, daß die Tragplatten, soweit sie für Birnen verwendet werden sollen, eine große Gesamthöhe aufweisen müssen, das Verpacken erschweren, und die Birnen mit ihren oberen Enden und ihren Stielen nach oben aus den Tragplattenzellen herausragen.

2. Dem Streitpatent liegt die Aufgabe zugrunde, diese Nachteile zu vermeiden und insbesondere die Gesamthöhe einer mit tropfenartig geformten Früchten besetzten Tragplatte im Vergleich zu den bekannten Tragplatten wesentlich herabzusetzen sowie eine gleichförmige Besetzung der gesamten Tragplattenfläche mit gleichsinnig ausgerichteten Früchten zu erreichen (Patentschrift Sp. 1 Z. 7 - 16). Dabei sollen die Früchte, wie in der Patentschrift besonders hervor-

gehoben wird (Sp. 2 Z. 34 - 46), zugleich in der Tragplatte sicher festgehalten und gegen ein Wackeln oder Hüpfen während des Transports gesichert werden.

3. Diese Aufgabe wird nach dem kennzeichnenden Teil des neugefaßten Patentanspruchs 1 des Streitpatents (vgl. oben zu I) dadurch gelöst, daß die Zellen zur Aufnahme gleichsinnig ausgerichteter Früchte entweder

- (a) von sechs, abwechselnd eine größere und eine kleinere Höhe aufweisenden Buckeln umgeben oder
- (b) durch nur drei, mit größerem Abstand voneinander angeordneten Buckeln begrenzt sind.

a) Diese Kennzeichnung der Lösung steht zum Teil in gewissem Widerspruch mit der Fassung des Oberbegriffs der von der Beklagten verteidigten Fassung des Patentanspruchs 1 des Streitpatents. Denn die im Oberbegriff des Patentanspruchs vorausgesetzte Anordnung der Buckel in Form eines Sechsecks kommt nur für die soeben unter a angeführte Ausführungsform mit sechs Buckeln in Betracht. Bei der soeben unter b genannten Ausführungsform können die drei Buckel, die jeweils eine Zelle begrenzen, naturgemäß nur, wie in der Patentzeichnung (Figur 3) angedeutet und in der Patentbeschreibung (Sp. 4 Z. 51) erwähnt wird, in Form eines Dreiecks und nicht in Form eines Sechsecks angeordnet sein. Gemeint ist jedoch nach dem Zusammenhang ersichtlich folgendes: Die Erfinder des Streitpatents gehen von einer als bekannt vorausgesetzten Tragplatte aus, auf der sechs Buckel in Form eines Sechsecks

angeordnet waren. Die vorgeschlagene Abwandlung soll darin bestehen, daß entweder jeder zweite der sechs Buckel verkürzt oder ganz fortgelassen wird (Patentschrift Sp. 1 Z. 17 - 22, Sp. 4 Z. 53 - 57). Die Grundform der Zelle, die sich aus der als bekannt vorausgesetzten Buckelanordnung ergeben hatte, soll dabei nicht verändert werden. Bei der soeben unter b) geschilderten Ausführungsform sollen die verbleibenden Buckel mithin so angeordnet bleiben, daß für den zwischen ihnen einzusetzenden rundlichen unteren Fruchtteil - ebenso wie bei der anderen Ausführungsform - eine sechseckige Grundfläche zur Verfügung steht.

b) Nach dem Oberbegriff des neugefaßten Patentanspruchs sollen zumindest einige der Buckel über den größten Querschnitt des zwischen sie eingesetzten unteren (rundlichen) Fruchtteils hinausragen und die eingesetzte Frucht in der dort näher beschriebenen Weise festhalten. Dafür kommen bei den Ausführungsformen, die im kennzeichnenden Teil des Patentanspruchs beschrieben werden, die drei höheren Buckel der ersten Ausführungsform sowie die drei verbleibenden Buckel der zweiten Ausführungsform in Betracht. Die Fassung des Patentanspruchs läßt offen, ob die in Betracht kommenden Buckel sämtlich oder nur teilweise in der in Rede stehenden Weise ausgebildet werden sollen. Für den Fachmann ist jedoch ohne weiteres ersichtlich, daß die angestrebte Haltewirkung nur dann zu erreichen ist, wenn der eingesetzte rundliche Fruchtteil wenigstens an drei Stellen in der geschilderten Weise von Buckelenden übergriffen wird, die in Betracht kommenden Buckel

also sämtlich in der im Oberbegriff des Patentanspruchs beschriebenen Weise ausgebildet sind. Er wird den Patentanspruch deshalb auch nur in diesem Sinne verstehen.

c) Nach dem neugefaßten Patentanspruch sollen die Tragplattenzellen "zur Aufnahme gleichsinnig ausgerichteter Früchte" in der im kennzeichnenden Teil des Anspruchs geschilderten Weise ausgebildet sein. In der Patentbeschreibung wird dazu (Sp. 1 Z. 35 - 43, Sp. 3 Z. 62 - 66) bemerkt, daß die Besetzung der Tragplatte durch die vorgeschlagene Ausbildung der Zellen und durch deren gegeneinander versetzte Anordnung erreicht wird. Die versetzte Anordnung ist ersichtlich notwendig, damit sich die Früchte bei gleichsinniger Anordnung nicht gegenseitig im Wege sind. Sie ergibt sich jedoch durch die vorgeschlagene sechseckige Ausgestaltung der Grundfläche der einzelnen Zellen (vgl. oben zu a) von selbst.

4. Gegenstand des neugefaßten Patentanspruchs 1 des Streitpatents ist hiernach eine Tragplatte zum Verpacken und Transportieren von tropfenartig geformten Gegenständen, beispielsweise Birnen, mit folgendem Merkmalen:

- (1) Die Tragplatte hat einen zellenartigen Aufbau.
- (2) Die zur Aufnahme je einer Frucht dienenden Zellen
 - (a) werden entweder
 - (aa) von sechs, abwechselnd eine größere oder kleinere Höhe aufweisenden Buckeln umgeben
 - oder
 - (bb) durch nur drei in größerem Abstand voneinander angeordnete Buckel begrenzt;

- (b) sind - infolge der Anordnung der Buckel (vgl. unten 3 c) - derart gegeneinander versetzt, daß die Tragplatte mit gleichsinnig ausgerichteten Früchten zu besetzen ist.

(3) Die Buckel sind

- (a) hohl,
- (b) sämtlich (im Falle 2 a bb) oder teilweise (die höheren Buckel im Falle 2 a aa) so ausgebildet, daß sie
 - (aa) über den größten Querschnitt des zwischen sie eingesetzten unteren Fruchtteils hinausragen,
 - (bb) mit ihrem oberen im Vergleich zu den leicht verformbaren Buckelseitenflächen steifen Buckelenden die Früchte federnd einklemmen und sicher festhalten,
- (c) so angeordnet, daß für den unteren (runden) Fruchtteil eine sechseckige Grundfläche zur Verfügung steht.

III. Der Gegenstand des Patentanspruchs 1 des Streitpatents in der hier zu prüfenden Fassung (vgl. oben Zu I) war am Prioritätstage des Streitpatents (15. Juli 1957) neu im Sinne des § 1 Abs. 1, § 2 Satz 1 PatG. Er wird in keiner der entgegengehaltenen, vorveröffentlichten Patentschriften vollständig beschrieben.

1. Die US-Patentschrift ■■■ aus dem Jahre 1934 beschreibt eine Tragplatte (aus verfilzter Holzpulpe oder anderen Fasern) für zerbrechliche Gegenstände. insbesondere für mit Getränken gefüllte Flaschen. Die Tragplatte enthält Vertiefungen, die der Form der (liegenden) Flaschen angepaßt und so angeordnet sind, daß die Hals- und Bodenteile der Flaschen abwechselnd nebeneinander liegen. Die Ränder der Vertiefungen werden durch Rippen (13, 13a) gebildet, die ganz um die Vertiefungen herumlaufen, über die Plattenebene vorstehen, den größten Querschnitt der Flaschen überragen und eine größere Wandstärke besitzen als der Boden der Vertiefungen. Buckel sind nicht vorhanden. Es fehlen daher zumindest die Merkmale der Merkmalsgruppen 2 und 3 des Streitpatents (vgl. oben zu II 4).

2. Die US-Patentschrift ■■■ aus dem Jahre 1934 betrifft eine Tragplatte aus gepreßter Papiermasse für Eier oder andere zerbrechliche Gegenstände. Die Platte hat Vertiefungen, die sich vom Boden her nach oben hin erweitern und zur Aufnahme von stehenden Eiern bestimmt sind. Jede der Vertiefungen ist von vier, im Abstand voneinander angeordneten hohlen Buckeln umgeben, die sich nach oben verjüngen und von denen jeweils zwei niedriger sind als die beiden anderen Buckel. Die niedrigeren Buckel sind oben offen und gestatten damit einen freien Luftumlauf (Patentschrift S. 2 Z. 26 - 34). Sie befinden sich ferner an solchen Stellen, an denen bei anderen, zur gemeinsamen Verwendung vorgesehenen Tragplatten höhere Buckel angeordnet sind (Patentschrift S. 2 Z. 51 - 57); beim

Aufeinanderlegen der leeren Platten kann daher jeweils ein höherer Buckel durch die obere Öffnung eines abgeschnittenen niedrigeren Buckels hindurchgeführt werden, so daß die leeren Platten raumsparend gestapelt werden können. Die wechselnde Anordnung niedriger und hoher Buckel dient daher einem anderen Zweck als bei der Ausführungsform 2 a aa des Streitpatents (vgl. oben zu II 4). Die Tragplatte nach der US-Patentschrift 1 983 325 weist auch nicht die Merkmale 2 b, 3 b bb und 3 c des Streitpatents auf.

3. Die britische Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] aus dem Jahre 1948 hat eine Schachtel aus Papiermaché für zerbrechliche Gegenstände, insbesondere für elektrische Glühlampen zum Gegenstande. Die Schachtel besteht aus einem Unterteil 10 mit Platte 13 und aus einem Deckelteil 11. In die Platte des Unterteils sind Höhlungen eingepreßt, die der Form einer liegenden Glühlampe angepaßt sind und die in dem Bereich zur Aufnahme des kugeligen Teils der Glühlampe breiter und tiefer sind als in dem Teil, der den schmaleren Teil der Lampe aufnehmen soll. Die Höhlungen sind in ihren Längsachsen teils zueinander parallel und teils im rechten Winkel zu den Längsachsen der anderen Höhlungen angeordnet. Die Ränder der Höhlungen sind durch versteifende Rippen 18, 19 und 20 verbunden, deren Oberkanten unterhalb der Plattenebene 13 liegen. Buckel sind nicht vorhanden. Der Gegenstand der britischen Patentschrift weist daher jedenfalls nicht die Merkmale der Merkmalsgruppen 2 und 3 des Streitpatents (vgl. oben zu II 4) auf.

4. Die italienische Patentschrift  , die im Februar 1957 ausgegeben wurde, bezieht sich auf ein "System zur Obstverpackung unter Verwendung von Stützflächen für vorbestimmte Sitze". Das "System" besteht nach der Patentbeschreibung aus einer Tragplatte aus Papiermasse, Kunststoff, Blech oder dergleichen u.a. mit Zellen, von denen jede vorzugsweise von vier oder sechs hohlen Buckeln umgeben wird, die in Form eines Vier- oder Sechseckes angeordnet sind. Die Buckel sind jedoch im Gegensatz zu der Ausführungsform a des Streitpatents (vgl. oben zu II 3), bei der sie in ihrer Höhe unterschiedlich sind (Merkmal 2 a aa vgl. oben zu II 4), gleich hoch. Die Buckel sind ferner zwar im Abstand voneinander angeordnet. Die Abstände sind jedoch nicht, wie es dem Sinn des Merkmals 2 a bb (vgl. oben zu II 4) der Ausführungsform b des Streitpatents (vgl. oben zu II 3) entspricht, in einem solchen Abstand voneinander angeordnet, daß der schmalere Teil einer Birne dazwischen Platz finden könnte; außerdem beschreibt oder zeigt die italienische Patentschrift   auch keine Ausführungsform mit drei Buckeln, die eine einzelne Zelle begrenzen (Merkmal 2 a bb des Streitpatents vgl. oben zu II 4). Schließlich befaßt sich die italienische Patentschrift auch nicht mit der (liegenden) Aufnahme tropfenartig geformter Früchte, so daß sich auch die Frage der Ausrichtung der Früchte auf der Tragplatte (Merkmal 2 b des Streitpatents vgl. oben zu II 4) bei dem Gegenstand des italienischen Patents nicht stellte.

5. Es kann dahingestellt bleiben, ob es nicht nach § 42 g Abs. 1 PatG als unzulässig angesehen werden muß, daß die Klägerin sich erst in der mündlichen Verhandlung auf die Unterlagen des italienischen Patents Nr. [REDACTED] bezogen hat. Denn auch in diesem Falle hatte der Senat nach § 42 g Abs. 2 PatG die Möglichkeit, diese Unterlagen, die nach den Ausführungen des Senats in dem zwischen den gleichen Parteien ergangenen Urteil vom 4. März 1971 - X ZR 7/68 - als vor dem Prioritätstag des Streitpatents veröffentlichte Druckschrift zu behandeln sind, zu berücksichtigen. Das erschien schon deshalb als angemessen, weil es sich bei dem italienischen Patent Nr. [REDACTED] um ein solches der Erfinder des Streitpatents handelt, das dem in diesem Verfahren als älteres Recht behandelten deutschen Patent Nr. [REDACTED] der Beklagten weitgehend entspricht, die Beklagte deshalb ohne weiteres in der Lage war, sich dazu zu äußern und die nachträgliche Heranziehung der Unterlagen dieses Patents demzufolge auch keine Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits verursacht hat.

Das italienische Patent Nr. [REDACTED] betrifft eine "Tragplatte aus dünnwandigem Kunststoff für die Verpackung von Obst und Gartenerzeugnissen". Die Zellen zur Aufnahme der Früchte werden von einer "geeigneten Anzahl" (Patentschrift S. 1 Z. 63) von Buckeln begrenzt; bei dem in der Patentzeichnung dargestellten Ausführungsbeispiel werden die Zellen von jeweils sechs hohlen Buckeln umgeben, die in der Form eines Sechsecks angeordnet sind und durch Rippen (6) miteinander verbunden

werden. Die Buckel, die nach der Patentzeichnung den größten Querschnitt der zwischen sie eingesetzten Frucht überragen, sollen an ihren oberen Enden versteift sein; durch die Elastizität der Seitenwände in Gegenwirkung zu der Steifigkeit der oberen Enden der Buckel sollen die Früchte derart mit Rückhaltewirkung eingeklemmt werden, daß sie auch bei einer geneigten Lage der Tragplatte nicht aus dieser herausfallen (Patentschrift S. 1 Z. 47 bis 54). Die Tragplatte nach dem italienischen Patent Nr. [REDACTED] [REDACTED] ist jedoch nicht für die liegende Aufnahme von tropfenartig geformten Früchten bestimmt und geeignet. Die Zellen sind so nahe aneinander gerückt, daß derartige Früchte nur stehend in sie eingesetzt werden könnten. In den Unterlagen ist auch weder davon die Rede, die Buckel verschieden hoch zu halten, noch ist vorgesehen, benachbarte Buckel in einem solchen Abstand anzuordnen, daß der obere schlanke Fruchtteil einer Birne zwischen ihnen Platz finden könnte (Merkmale 2 a aa und 2 a bb des Streitpatents, vgl. oben zu II 4). Auch das Problem der Ausrichtung der Früchte (Merkmal 2 b des Streitpatents, vgl. oben zu II 4) wird in den Patentunterlagen nicht angesprochen. Die Unterlagen des italienischen Patents Nr. 554 402 kommen daher nicht als neuheitsschädlich in Betracht.

IV. Der Gegenstand des Patentanspruchs 1 des Streitpatents in der von der Beklagten verteidigten Fassung (vgl. oben zu I) hat auch gegenüber den einzelnen vorbeschriebenen Tragplatten einen technischen Fortschritt gebracht.

2

1. Die durchgehenden Wandungen der Tragplatten nach der US-Patentschrift [REDACTED] und nach der britischen Patentschrift [REDACTED] haben zwar gegenüber dem Gegenstand des Streitpatents den Vorteil, daß sie die eingelegten Gegenstände seitlich vollständig umschließen und damit gegenseitige Berührungen der in den Vertiefungen liegenden Flaschen oder Glühbirnen mit noch größerer Sicherheit verhindern. Sie verursachen jedoch einen größeren Raumbedarf für die eingelegten Gegenstände als die Buckel des Streitpatents. Sie lassen auch eine ausreichende Belüftung, wie sie bei Obst erforderlich ist, nicht zu. Sie können sich weiter den bei Obst in gewissen Grenzen auftretenden Form- und Größenunterschieden innerhalb derselben Fruchtart - anders als die nachgiebigen Buckelseitenflächen der Buckel der Tragplatte nach dem Streitpatent - nicht anpassen. Schließlich kann, wie das Bundespatentgericht zutreffend hervorhebt, die Tragplatte nach dem Streitpatent gegebenenfalls ohne allzu großen Raumverlust auch für kugelförmige Körper, beispielsweise Äpfel, verwendet werden, während in einem solchen Falle bei den vorbeschriebenen Tragplatten ein großer Raumverlust und eine schlechte Lagerung in Kauf genommen werden müßten.

2. In Tragplatten nach der US-Patentschrift [REDACTED], nach der italienischen Patentschrift [REDACTED] und nach den Unterlagen des italienischen Patents Nr. [REDACTED] können tropfenartig geformte Gegenstände und insbesondere Birnen nur stehend eingesetzt werden. Es treten daher die Nachteile ein, die durch die Lehre des Streitpatents vermieden werden sollen (vgl. oben zu I 1) und

auch tatsächlich vermieden werden, nämlich große Gesamthöhe der besetzten Tragplatte und Gefährdung der mit den Stielenden aus den Zellen herausragenden Birnen. Durch die Lösung des Streitpatents wird die Gesamthöhe der besetzten Tragplatte wesentlich herabgesetzt und ein besserer Schutz der eingesetzten Früchte erreicht.

V. Der Lehre des Streitpatents liegt jedoch, auch mit dem Inhalt, den sie durch die von der Beklagten verteidigte Fassung des Patentanspruchs 1 erhalten hat (vgl. oben zu I), kein das Können eines Durchschnittsfachmanns übersteigende, erfinderische Leistung zugrunde.

1. Am Prioritätstage des Streitpatents waren durch die Unterlagen des italienischen Patents Nr. [REDACTED] [REDACTED] Tragplatten aus Kunststoff bekannt, die einen sicheren Transport und eine sichere Lagerung von rundlich geformten Früchten durch die Ausgestaltung der Tragplatte selbst gewährleisteten. Diese Tragplatten konnten zwar auch für den Transport und für die Lagerung von tropfenartig geformten Früchten verwendet werden. Es war jedoch ohne weiteres ersichtlich, daß dabei die Nachteile auftreten mußten, die in der Patentschrift des Streitpatents geschildert und oben (vgl. zu II 1) bereits erwähnt sind. Denn die tropfenartig geformten Früchte mußten, da sie nur mit ihrem rundlichen unteren Fruchtteil in die Zellen der bekannten Tragplatte eingesetzt werden konnten, mit ihren schlanken oberen Fruchtteilen aus den Zellen herausragen. Für den Verpackungsfachmann, der nach dem Bekanntwerden der Unter-

lagen des italienischen Patents Nr. [REDACTED] [REDACTED] vor die Aufgabe gestellt wurde, eine Tragplatte für tropfenartig geformte Früchte zu entwickeln, war es deshalb klar, daß er die bei tropfenartig geformten Früchten auftretende Nachteile der bekannten Tragplatte vermeiden mußte, ohne dabei auf deren Vorteile zu verzichten. Er konnte auch ohne erfinderische Bemühungen zu der Lehre des Streitpatents gelangen.

2. Es bedurfte für den Fachmann keiner besonderen Überlegungen, um zu erkennen, daß sich die Nachteile, die mit dem Herausragen der schlanken oberen Fruchtteile aus den Tragplattenzellen verbunden sind, am sichersten auszuschalten sind, wenn tropfenartig geformte Früchte nicht aufrecht stehend, sondern liegend in die Tragplattenzellen eingesetzt werden. Denn ein tropfenartig geformter Gegenstand ist liegend besser gegen Beschädigungen gerade des besonders empfindlichen schlanken oberen Teils geschützt als aufrecht stehend. In der US-Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] und in der britischen Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] war auch bereits die liegende Unterbringung tropfenartig geformter Gegenstände auf der Tragplatte vorgeschlagen worden.

3. Um in eine Tragplatte, wie sie in den Unterlagen des italienischen Patents Nr. [REDACTED] [REDACTED] beschrieben ist, tropfenartig geformte Früchte liegend einsetzen zu können, mußte für den schlanken oberen Fruchtteil seitlich Platz geschaffen werden. Das konnte nur auf Kosten der Buckel geschehen, die entweder zum Teil gekürzt oder zum Teil ganz fortgelassen werden mußten.

Dabei mußte freilich darauf geachtet werden, daß die Haltewirkung der Buckel nicht verloren ging. Bei dem dargestellten Ausführungsbeispiel des italienischen Patents Nr. ■■■■■ waren insgesamt sechs Buckel vorgesehen, um die eingesetzte Frucht mit Rückhaltewirkung einzuklemmen. Der Fachmann wurde deshalb durch die bevorzugte Ausführungsform des italienischen Patents sicherlich nicht darauf hingewiesen, daß drei die eingesetzte Frucht übergreifende Buckel ausreichen, um die Frucht sicher festzuhalten. In der Beschreibung des italienischen Patents wird jedoch nicht auf sechs, die Frucht übergreifende Buckel abgestellt, sondern lediglich vorausgesetzt, daß eine "geeignete Anzahl" (Patentschrift S. 1 Z. 63) von Buckeln vorhanden ist. Der Fachmann wurde mithin durch die Unterlagen des italienischen Patents dazu angeregt, die erforderliche Anzahl der die Frucht übergreifenden Buckel selbst, gegebenenfalls durch Versuche, zu ermitteln. Zumindest durch Versuche war jedoch leicht festzustellen, daß eine tropfenartig geformte Frucht schon durch drei sie übergreifende Buckel sicher gehalten werden kann. In der Herabsetzung der Anzahl der die Frucht übergreifenden Buckel kann unter diesen Umständen, wie auch der gerichtliche Sachverständige in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, keine Maßnahme von erfinderischer Bedeutung gesehen werden.

4. Die Verminderung der Anzahl der die eingesetzte Frucht übergreifenden Buckel machte es notwendig, diese Buckel gleichmäßig um den rundlichen unteren Fruchtteil der tropfenartig geformten Frucht zu verteilen, weil

sonst die Haltewirkung der Buckel verloren gegangen wäre. Diese Forderung ließ sich bei einer gegen-
sinnigen Anordnung der Früchte, wie für den Fachmann leicht zu erkennen war, nur mit erheblichem Raumverlust erfüllen. Die US-Patentschrift [REDACTED] und die britische Patentschrift [REDACTED] boten sich schon aus diesem Grunde nicht als Vorbild für die Anordnung der Früchte an. Auf der anderen Seite zeigt der Grundriß der in der Zeichnung des italienischen Patents Nr. [REDACTED] dargestellten Ausführungsform der Tragplatte eine solche Anordnung der Zellen und der sie begrenzenden Buckel, daß der genannten Forderung unschwer durch Fortlassen oder Verkürzen derjenigen Buckel Rechnung getragen werden konnte, die den Stielenden der Früchte bei einer gleichsinnigen Anordnung der Früchte im Wege standen; da die Stielenden alsdann jeweils zwischen zwei rundliche Fruchtteile benachbarter Früchte zu liegen kommen mußten und dort nicht störten, brauchte bei entsprechender Anordnung der Früchte nicht mit einem nennenswerten Raumverlust gerechnet zu werden. Auch hierbei handelt es sich um Überlegungen, die - auch nach Ansicht des gerichtlichen Sachverständigen - von einem Verpackungsfachmann durchschnittlichen Könnens am Prioritätstage des Streitpatents erwartet werden konnten.

6. Da die Lehre des Streitpatents hiernach dem Fachmann durch den Stand der Technik an seinem Prioritätstage nahegelegt wurde, war die Berufung der Beklagten zurückzuweisen, ohne daß es eines Eingehens auf die Frage bedurfte, ob der Gegenstand des Streitpatents im Sinne des § 4 Abs. 2 PatG mit dem des älteren Patents Nr. 1 032 161 übereinstimmt.

Die Kostenentscheidung, die sich auch auf die außergerichtlichen Kosten der Parteien bezieht, beruht auf § 42 Abs. 3 PatG in Verbindung mit § 40 Abs. 2, § 36 q Abs. 1 Satz 2 PatG und § 97 Abs. 1 ZPO.

Trüstedt

Claßen

Ballhaus

Bruchhausen

Ochmann