

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 7/71

URTEIL

Verkündet am
14. März 1974
Schwingen,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma M[REDACTED]-Düelfabrik Friedrich Kr[REDACTED], Inhaberin
Lina Kr[REDACTED], geb. Ku[REDACTED], Kup[REDACTED], K[REDACTED]platz [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma Albert B[REDACTED], Inhaber Albert B[REDACTED], Kü[REDACTED],
D[REDACTED]straße,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr.Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED], [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Februar 1974 durch die Richter Ballhaus, Dr. Bruchhausen, Ochmann, Bendler und Häußner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurückweisung der Revision im übrigen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 15. Dezember 1970 teilweise abgeändert.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Mannheim vom 22. August 1969 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß an die Stelle der in Nummer 2 und 3 des Urteilstenors genannten Daten 28. November 1968 und 18. Dezember 1968 das Datum 1. Januar 1969 tritt.

Die Beklagte hat die Kosten des zweiten und dritten Rechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin ist Inhaberin der Rechte aus der am 29. Juli 1961 angemeldeten und am 28. November 1968 bekanntgemachten Patentanmeldung ■■■■■■■■, die einen

- 3 -

"Spreizdübel aus spritzfähigem, verformbarem Werkstoff" betrifft.

Die bekanntgemachten Patentansprüche lauten:

- "1. Aus spritzfähigem, elastisch verformbarem Werkstoff gefertigter, hülsenförmiger Spreizdübel, bestehend aus einem an seinem einen Ende mit einem Ansatz versehenen, ungeschlitzten Halsteil und einem mit querverlaufenden Gratrippen versehenen Schaft, der einen mit einem Längsschlitz versehenen, durch eine Schraube spreizbaren Endteil aufweist und an seinem einführseitigen Ende verjüngt auslaufend gestaltet ist, dadurch gekennzeichnet, daß zwischen dem geschlossenen Halsteil (2) und dem längsgeschlitzten Endteil (9) ein durch Teillängsschlitz (4) in Stege und durch zusätzliche Teilquerschlitz (4') in Spreizteile (6) unterteilter, mittlerer Schaftteil vorgesehen ist, wobei die Stege und die Spreizteile an ihrer Innenseite an sich bekannte, längsverlaufende Rippen (12, 13) aufweisen.
2. Spreizdübel nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß der Halsteil (2) und der einführseitig konisch auslaufende Endteil (9) etwa gleich lang sind und daß der längsgeschlitzte Schaftteil (5, 6) etwa doppelt so lang ist wie jeder dieser Teile.
3. Spreizdübel nach Anspruch 1 oder 2, dadurch gekennzeichnet, daß der Längsschlitz (10) des Dübelendteils (9) versetzt zu den Teillängsschlitz (4) des mittleren Schaftteils (5, 6) angeordnet ist.



4. Spreizdübel nach einem der vorhergehenden Ansprüche, dadurch gekennzeichnet, daß an der Übergangsstelle von dem Halsteil (2) zu dem mittleren Schaftteil (5, 6) nach innen vorstehende Querrippen (14) vorgesehen sind.

Die Beklagte vertreibt von der Firma Kn [REDACTED] in Kü [REDACTED] (Beklagte in Sachen X ZR 17/71) hergestellte Spreizdübel aus Kunststoff, wie sie aus den mit der Klage (Anl. 4 - beige) überreichten Mustern ersichtlich sind. Die einander gegenüberliegenden durch Teillängs- und Teilquerschlitze gebildeten Spreizteile des Spreizdübels weisen mit ihrem beweglichen Ende zur Dübelspitze und sind an diesem freien Ende stärker ausgebildet als die sie umgebende Dübelwandung. Werden die zunächst federnd nach außen hervorstehenden Spreizteile in einer Bohrung so weit zusammengedrückt, daß sie mit dem Dübelschaft fluchten, dann verschließen die zum freien Ende stärker werdenden Spreizungen annähernd den Innenhohlraum des Dübels. Eine einzudrehende Schraube wirkt beim tieferen Eindringen spreizend auf die ausschwenkbaren Zungen.

Die Klägerin sieht in dem Spreizdübel der Beklagten eine Verletzung ihrer Patentanmeldung. Er benutze deren Gegenstand fast identisch. Daß der Dübel der Beklagten keine Längsrippen im Bereich der Spreizteile und der zwischen ihnen liegenden Stege ausweise, sei ohne Bedeutung. Eine etwas verschlechterte, aber noch ausreichende Führung der Schraube werde beim Dübel der Beklagten dadurch erzielt, daß die Spreizteile entsprechend dick ausgebildet seien.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Unterlassung und zur Rechnungslegung ab 28. November 1968 verurteilt und die Verpflichtung der Beklagten zum Schadenersatz von diesem Zeitpunkt ab festgestellt. Es hat das Verbot wie folgt gefaßt:

1. Der Beklagten wird bei Meidung von Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zur Dauer von sechs Monaten für jeden Fall der Zuwiderhandlung verboten,

Kunststoffdübel gewerbsmäßig herstellen zu lassen, in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen, die durch folgende Merkmale gekennzeichnet sind:

Die Dübel besitzen einen ungeschlitzten Halsteil; an ihn schließt sich ein mit sägezahnartigen Rippen versehener Schaftteil an, der vom unteren Ende her bis über die Mitte des Dübels längs geschlitzt ist; außerdem weist der Schaftteil zwei Spreizungen auf, die unmittelbar unterhalb des Halsteils beginnen und über den Umfang des Dübels hinausragen; die beiden Spreizungen liegen einander gegenüber und sind gegenüber dem Längsschlitz versetzt; im Innern enthält der Dübel eine sich von oben nach unten konisch verjüngende Ausnehmung, die sich über etwa zwei Drittel der Dübellänge erstreckt.

Die Beklagte stellte eine Verletzung der Klagepatentanmeldung in Abrede.

Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist im wesentlichen begründet.

I.

1. a) Das Berufungsgericht sieht die der Klagepatentanmeldung zugrunde liegende Aufgabe darin, a) eine frühzeitige weitgehende Anpassung des Dübels auch an unregelmäßig vorgebohrte Löcher zu ermöglichen und b) die Geradführung für Schrauben beliebigen Gewindes zu gewährleisten. Zur ersten Teilaufgabe a) gehöre, daß der Dübel während des Eindrehens der Schraube gegen Verdrehen gesichert werde. Zu dieser Teilaufgabe gehöre dagegen nicht, den Dübel auch in durchgehend zu weiten Bohrlöchern verwenden zu können, denn in solchen Fällen brauche der Fachmann nur einen Dübel anderer Größe zu nehmen. Dagegen könne es in den Fällen zweckmäßig sein, zusätzliche Mittel zur Frühspreizung vorzunehmen, in denen das Bohrloch nach dem Eingang zu trichterförmig erweitert sei oder infolge stellenweiser Materialabbröckelung eine ungleichmäßige lichte Weite haben. Die Aufgabe b) (Geradführung) beziehe sich auf die beliebige Konizität des Gewindeendes.

b) Das Berufungsgericht gliedert die Merkmale des Spreizdübels nach Patentanspruch 1 wie folgt auf:

- a) er soll aus einem Werkstoff gefertigt sein, der
 - aa) spritzfähig und

- bb) elastisch verformbar ist,
- b) hülsenförmig sein und
- c) aus einem Halsteil, der
 - aa) ungeschlitzt und
 - bb) an seinem Ende mit einem Ansatz versehen ist,
- d) und einem Schaft bestehen, der
 - aa) mit querverlaufenden Gratrippen versehen ist und
 - bb) einen Endteil aufweist, der
 - aaa) mit einem Längsschlitz versehen und
 - bbb) durch eine Schraube spreizbar ist, und
 - cc) an seinem einführungsseitigen Ende verjüngt ausläuft.
- e) Zwischen dem geschlossenen Halsteil und dem längsgeschlitzten Endteil soll ein mittlerer Schaftteil angeordnet sein, der
 - aa) durch Längsschlitze in Stege und
 - bb) durch zusätzliche Teilquerschlitze in Spreizteile unterteilt ist.
- f) An der Innenseite
 - aa) der Stege und
 - bb) der Spreizteilesollen längsverlaufende Rippen vorhanden sein.

Nach Patentanspruch 3 sollen

- g) die Teillängsschlitze im Mittelteil des Dübels zu dem Längsschlitz des Dübelendteils versetzt angeordnet sein.

c) Das Berufungsgericht sieht in dem Merkmal c) bb) (Ansatz am Kopfende) kein wesentliches Merkmal des Gegenstandes der Erfindung. Dieses Merkmal sei eine sog. Überbestimmung. Die Längsrippen an der Innenseite der Stege und der Spreizteile dienten dazu, die Geradföhrung der Schraube sicherzustellen. Die Erfindung bestehe nicht darin, besondere ausschwenkbare Spreizteile zur Schraubenföhrung zu bilden, denn ausgespreizte Spreizteile könnten die Schraube nicht mehr in eine bestimmte Richtung föhren, sondern ließen vor allem bei unregelmäßigen Bohrlöchern Spielraum für ein seitliches Ausweichen der Schraube.

d) Zur Frage der Benutzung des Gegenstandes der Anmeldung durch die Beklagte föhrt das Berufungsgericht aus: Der Spreizdübel der Beklagten weise am Halsteil keinen Ansatz auf. Das sei für die Verletzungsfrage ohne Bedeutung. Beim Dübel der Beklagten reiche der Längsschlitz zum Spreizen der (vorderen) Dübelhälften vom einföhrungsseitigen Ende bis über die Mitte des Dübels. Mit je zwei am Dübelhals beginnenden bis über die Mitte des Dübels reichenden, gegenüber dem vorderen Schlitz versetzt angeordneten Teillängsschlitzten und je einem deren untere (vordere) Enden verbindenden Querschlitz sei auf jeder Dübelhälfte eine zusätzliche Spreizzunge abgeteilt. Die ineinander geschachtelten Spreizelemente verspannten den Dübel im Bohrloch in zwei Etappen: Die elastisch nach außen ragenden Spreizzungen gäben dem Dübel bereits durch ihre Andrückkraft einen ersten Halt in einem verhältnismäßig engen Bohrloch. Beim Einziehen der Schraube erfolge dann eine Frühspreizung, die den Dübel radial auch in unregelmäßig vorgebohrten Bohr-

löchern festspanne. Damit sei das kennzeichnende Merkmal des Patentanspruches 1 (Unterteilung des mittleren Teils des Dübelschaftes durch Teillängsschlitz in Stege und durch zusätzliche Teilquerschlitz in Spreizteile) sowohl der Aufgabe als auch der konstruktiven Ausgestaltung nach identisch verwirklicht. Auch das Merkmal der versetzten Anordnung des Längsschlitzes des Endteils und der Teillängsschlitz sei identisch verwirklicht. Auf die Richtung, in der die Spreizteile ausgespreizt würden, komme es nicht an.

Das Berufungsgericht verneint dagegen die Benutzung des Merkmals der an der Innenseite der Stege und der Spreizteile längs verlaufenden Rippen. Da die Spreizteile nur der Frühspreizung, nicht aber der Geradföhrung der Schraube dienen sollten, ersetze ihre Verstärkung allein nicht die Längsrippen an der Innenseite der Spreizteile und der Stege. Die Verdickungen der Spreizteile verenge den Innendurchmesser des Dübels nur bei engen Bohrlöchern, nicht aber bei weiten Bohrlöchern, wo ein größerer Spielraum für das schiefe Einziehen der Schraube bestehe. Außerdem seien die Längsrippen an den Stegen für die Geradföhrung der Schraube viel wichtiger, da diese dem Druck der einzuziehenden Schraube nicht seitlich ausweichen könnte. Der Dübel der Beklagten löse die Aufgabe der Geradföhrung der Schraube überhaupt nicht. Das zweite kennzeichnende Kombinationsmerkmal (Verstärkungsrippen) sei nicht verwirklicht. Damit falle der Dübel der Beklagten nicht in den gegenständlichen Schutzbereich der Patentanmeldung.

2. Die Revision wendet sich jeweils mit einer Gruppe von Rügen gegen diese Beurteilung der Aufgabe, der Lösung und der Benutzung des Gegenstandes der Anmeldung durch den Dübel der Beklagten. Allen diesen Rügen ist der Erfolg zu versagen, weil dem Berufungsgericht in dem Punkte zuzustimmen ist, daß der Dübel der Beklagten von dem erfindungswesentlichen Merkmal der längsverlaufenden Rippen an der Innenseite der Stege des Dübelschaftes (Merkmal f) aa)) keinen Gebrauch macht. Der Auslegeschrift   ist zu entnehmen, daß die beanspruchte Erfindung auch das technische Problem lösen soll, eine Geradföhrung der in den Dübel einzudrehenden Schrauben beliebigen Gewindes zu gewährleisten (Sp. 1, Z. 68 bis Sp. 2, Z. 2). Zur Lösung dieses Problems nennt die Beschreibung die Stege und die Spreizteile mit den an ihrer Innenseite längsverlaufenden Rippen (Sp. 2, Z. 13 - 15). Demgemäß ist im Kennzeichen des Patentandpruchs 1 beansprucht, daß die Stege und die Spreizteile an ihrer Innenseite längsverlaufende Rippen aufweisen (Sp. 4, Z. 6- 8). Wenn die Revision demgegenüber auf die Beschreibung des Ausführungsbeispiels verweist, wo es heißt, daß die längsverlaufenden Rippen Materialverstärkungen an der Innenseite der Stege oder Spreizteile bildeten (Sp. 3, Z. 7 - 9), so ist an dieser Stelle der Beschreibung nur auf die besondere Art der Ausbildung der Rippen und auf die verstärkende Wirkung der Rippen auf die Stege und auf die Spreizteile hingewiesen. Es kann entgegen der Ansicht der Revision dieser Beschreibungsstelle nichts dafür entnommen werden, daß die Geradföhrung an sich durch die Stege und die Spreizteile erfolgen soll und daß die an ihnen angebrachten Rippen nur deren Ma-

terial verstärken sollen, wodurch deren geradführende Wirkung noch verbessert würde. Nach der Lebenserfahrung ist dem Durchschnittsfachmann eine solche abstrahierende Betrachtung der Lösungsmerkmale der Patentanmeldung der Klägerin nicht ohne besondere (nähere) Überlegungen möglich. Eine derartige abstrahierende Betrachtung eines Anspruchsmerkmals verläßt aber bereits den gegenständlichen Bereich der Anmeldung zugunsten eines allgemeinen Erfindungsgedankens. Da die Beklagte das Merkmal der längsverlaufenden Rippen an der Innenseite der Stege unstreitig bei ihrem Dübel nicht benutzt, scheidet eine gegenständliche Benutzung der klägerischen Anmeldung aus. Auf die weiteren Rügen, die zu diesem Themenkreis erhoben sind, braucht deshalb in diesem Zusammenhang nicht mehr eingegangen zu werden.

II.

1. Das Berufungsgericht hat eine Teilkombination aus den oben bei I 1 b aufgeführten Merkmalen der Patentansprüche 1 und 3 der Klagepatentanmeldung a) aa) und bb), b), c) aa), d) aa) und bb) aaa) und bbb) und cc), e) aa) und bb) und g) unter dem Gesichtspunkt eines allgemeinen Erfindungsgedankens auf ihre Schutzfähigkeit geprüft. Es hat diese Teilkombination demnach unter Ausscheidung der Merkmale c) bb) und f) aa) und bb) aus dem Gegenstand der Patentanmeldung gebildet, die nach seiner Ansicht beim Dübel der Beklagten nicht benutzt werden. Das Berufungsgericht hat zwar auf Seite 14 der Urteilsausfertigung festgestellt, daß der Spreizdübel der Beklagten an der Innenseite der zusätzlichen Spreizzungen "Verdickungen" aufweist, die als

Verengungen des Innendurchmessers des Dübels in Erscheinung treten, wenn die Spreizzungen im Bohrloch nach innen gedrückt werden. Es hat diesen Verdickungen der Spreizzungen jedoch ersichtlich keine Führungsfunktion für die Schraube beigemessen, wie der Zusammenhang seiner Ausführungen auf Seite 14 der Urteilsgründe erkennen läßt. Das ist entgegen der Ansicht der Revision rechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat somit zu Recht auch das Merkmal f) bb) aus der auf Schutzfähigkeit zu prüfenden Teilkombination ausgeschieden.

2. Gegenüber den Feststellungen des Berufungsgerichts, beim Dübel der Beklagten seien die Merkmale der beanspruchten Teilkombination identisch benutzt, rügt die Beklagte in ihrer Revisionserwiderung, ihr Dübel sei weder im Sinne der Klagepatentanmeldung dreigeteilt, noch weise er erfindungsgemäße Stege auf, noch würden bei ihm die vorderen und die zusätzlichen Spreizteile in verschiedener Richtung gespreizt.

Die Angriffe der Beklagten gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts greifen nicht durch. Die Klagepatentanmeldung setzt im Patentanspruch 1 nicht voraus, daß die drei Bereiche des Dübels (Hals - mittlerer Teil - Endteil) in einem bestimmten Längenverhältnis zueinander stehen. Dies ist erst im Patentanspruch 2 unter Schutz gestellt. Die Figur 4 der Zeichnung, die die Längsschlitzte - wenn auch nur geringfügig - ineinander geschachtelt darstellt, ergibt, daß der mittlere Schaftteil vom Endteil nicht deutlich durch einen ungeschlitzten (völlig geschlossenen) Schaftteil abgegrenzt

zu sein braucht. Daraus folgt, daß auch eine ineinander geschachtelte Anordnung der Längsschlitzte im Dübel-schaft die geschützte Lehre identisch benutzt, solange im mittleren Teil des Dübels ein Bereich vorhanden ist, wo allein die durch Längsschlitzte und einen Querschlitz abgeteilten zusätzlichen Spreizteile, nicht aber der vordere Längsschlitz angebracht sind. Die zwischen den zusätzlichen Spreizteilen befindlichen Teile des Schaftes, die mit dem Halsteil und dem Endteil verbunden bleiben, werden in der Klageanmeldung "Stege" genannt. Es ist unerheblich, daß der vordere Längsschlitz bis in diese Stege hineinreicht, wie das beim Dübel der Beklagten der Fall ist. Dadurch wird die Verbindung des mittleren Schaftteils zum Endteil des Dübels nicht gelöst. Für eine einschränkende Auslegung des im Patentanspruch 3 unter Schutz gestellten Merkmals der versetzten Anordnung der Längsschlitzte, dahin, daß sich die Spreizzungen in eine andere Richtung spreizen sollen als die beiden Hälften des Dübelendteils, besteht keine Veranlassung. Das in der Patentzeichnung abgebildete Ausführungsbeispiel der geschützten Erfindung zeigt zwar eine solche Ausbildung des Dübels. Das in der Patentzeichnung dargestellte Ausführungsbeispiel dient jedoch lediglich der Erläuterung der unter Schutz gestellten Lehre, es schränkt diese bei einem weitergefaßten Patentanspruch nicht auf die dargestellte Ausführungsform ein.

3. Die beim Dübel der Beklagten nach den somit rechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts identisch benutzte Teilkombination ist aus den Patentansprüchen 1 und 3 der Patentanmel-

dung der Klägerin herleitbar. Sie ist der Auslegeschrift, die die beiden Teilaufgaben (frühzeitige weitgehende Anpassung zur Erreichung eines festen Halts des Dübels, bevor das Dübelende gespreizt wird, einerseits, und Geradführung der Schraube andererseits) voneinander scheidet und die die einzelnen Lösungsmerkmale den verschiedenen Teilaufgaben zuordnet (Sp. 1, Z. 65 bis Sp. 2, Z. 19), bei einigem Nachdenken zu entnehmen und deshalb hinreichend offenbart.

4. Das Berufungsgericht hat die Neuheit der Teilkombination bejaht. Die Beklagte macht in der mündlichen Revisionserwiderung geltend, in den ursprünglichen Anmeldungsunterlagen sei die Frühspreizung der zusätzlichen Spreizteile noch nicht erwähnt. Im Verlauf des Erteilungsverfahrens sei zwar mit der Eingabe vom 28. Mai 1963 ausgeführt worden, daß die Schraube sogleich beim Einführen in den Dübel eine einwandfreie Führung erhalten solle; von einer frühzeitigen Anpassung des Dübels an Wandungen und Decken werde auch in dieser Eingabe mit keinem Wort gesprochen. Erstmalig mit der Eingabe vom 30. November 1967 sei zur Aufgabe der Erfindung ausgeführt worden, beim Eindrehen einer Schraube solle ohne Spreizen des Dübelendes zunächst ein fester Halt des in ein Dübelloch eingesetzten Dübels herbeigeführt und verhindert werden, daß die Schraube bei weiterem Eindrehen, während dem auch das Dübelende gespreizt werde, seitlich ausweiche. Das widerspreche der ursprünglichen Aufgabe. In der am 11. Januar 1967 geänderten Beschreibung sei das Wort "zunächst" nicht mehr zu finden. Erst mit der Eingabe vom 21. Februar 1968 sei entgegen einem ausdrücklichen

Hinweis des Prüfers, die Aufgabe möglichst den ursprünglichen Unterlagen entsprechend zu definieren, das Wort "frühzeitig" in die neue Beschreibung aufgenommen worden. Zu dieser Zeit seien aber bereits verschiedene Druckschriften, nämlich das französische Patent ■■■■ (1963) der Klägerin und das Gebrauchsmuster ■■■■ (1966) sowie die belgische Patentschrift ■■■■ (1962) der Klägerin veröffentlicht gewesen. Die Beklagte vertritt den Standpunkt, die frühzeitige Anpassung des Dübels an die Bohrlochwandung müsse wegen unzulässiger Erweiterung des Anmeldungsgegenstandes beim allgemeinen Erfindungsgedanken außer Betracht bleiben; die Beklagte könne sich auch in der Revisionsinstanz noch auf diese unzulässige Erweiterung berufen. Sie habe schon im ersten Rechtszuge die Beiziehung der Erteilungsakten der Klagepatentanmeldung beantragt. Der Vorderrichter habe den im ersten Rechtszuge zur Information beigezogenen Erteilungsakten der Klagepatentanmeldung die unzulässige Erweiterung entnehmen können und die Parteien nach § 139 ZPO auf diesen Umstand hinweisen müssen. Wenn das geschehen wäre, hätte sich die Beklagte schon in den Tatsacheninstanzen auf die mangelnde Offenbarung der frühzeitigen Anpassung des Dübels an die Bohrlochwandung in den ursprünglichen Unterlagen und auf Vorveröffentlichungen im Zeitpunkt der späteren Offenbarung berufen.

Die Beklagte kann sich im Revisionsrechtszuge nicht auf mangelnde Offenbarung der frühzeitigen Anpassung des Dübels an die Bohrlochwandung in den ursprünglichen Anmeldungsunterlagen und deren druckschriftliche Vorwegnahme im Zeitpunkt der erstmaligen Offenbarung im

Erteilungsverfahren berufen. Nach § 561 Abs. 1 Satz 1 ZPO unterliegt der Beurteilung des Revisionsgerichts nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Tatbestand des Berufungsurteils oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Ausweislich des Urteilstatbestandes des Urteils im ersten Rechtszuge waren die Erteilungsakten der Klagepatentanmeldung zur Information beigezogen und sind zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden. Die Beklagte hat sich im vorliegenden Rechtsstreit in den Tatsacheninstanzen jedoch nicht darauf berufen, daß die sogenannte Frühspreizung in den ursprünglichen Anmel-
dungsunterlagen nicht offenbart und im Zeitpunkt der späteren Offenbarung im Laufe des Erteilungsverfahrens bereits vorveröffentlicht war. Auch im Einspruchsverfahren ist das bis dahin nicht geltend gemacht worden. Die Beklagte ist nach der genannten Vorschrift gehindert, dem Revisionsgericht dieses neue Vorbringen zur sachlich-rechtlichen Beurteilung zu unterbreiten. Zwar kann das Revisionsgericht nach § 561 Abs. 1 Satz 2 ZPO auch diejenigen Tatsachen berücksichtigen, die einen behaupteten Verfahrensmangel ergeben. Die Berücksichtigung dieser Tatsache kann jedoch nur im Rahmen der Nachprüfung eines Verfahrensfehlers erfolgen. Der Tatrichter kann entgegen der Ansicht der Beklagten nicht für verpflichtet angesehen werden, die beigezogenen Erteilungsakten von Amts wegen auf etwaige Änderungen der Anmeldung, die eine Prioritätsverschiebung ergeben könnten, zu überprüfen, ohne daß von den Parteien auf derartige Umstände hingewiesen worden ist. Ein Verstoß des Tatrichters gegen die Aufklärungspflicht im Sinne von § 139 ZPO liegt somit nicht vor.

5. Das Berufungsgericht hat die Teilkombination auch als fortschrittlich angesehen. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn es auch angezeigt ist, den von dem Dübel nach der Teilkombination erzielten technischen Fortschritt näher darzustellen. Die Dübel mit den Merkmalen der Teilkombination finden in verhältnismäßig engen Bohrlöchern bereits durch die Andrückkraft der elastischen Spreizungen einen ersten Halt gegen Herausfallen aus dem Bohrloch. Beim Einziehen der Schraube werden zunächst die Spreizteile gespreizt und mit der von der Schraube den Spreizteilen vermittelten Kraft gegen die Bohrlochwandung gepreßt. Dabei können sich die Spreizteile auch ungenau vorgebohrten Bohrlöchern anpassen. Indem sie sich mehr oder weniger nach außen aufspreizen, können sie den Dübel in ungleichmäßig oder zu weit gebohrten Bohrlöchern festhalten. Der Dübel findet selbst dann mehr oder weniger festen Halt im Bohrloch, wenn die eingedrehte Schraube zu kurz ist und wegen ihrer zu geringen Länge das geschlitzte Dübelende nicht vollständig aufspreizen kann. Der Revision ist zuzugeben, daß sich derartige Fälle nach der Erfahrung des täglichen Lebens beim Hausgebrauch der streitigen Dübel durchaus ergeben können, wenn kein kürzerer Dübel zur Verfügung steht. Das Maß des allein von den Spreizungen bewirkten Halts des Dübels hängt allerdings von der Dimensionierung der Spreizungen ab. Man kann nicht ohne weiteres sagen, daß die Spreizungen der Dübel der Parteien für einen ausreichenden Halt ungeeignet sind. Endlich haben die Dübel nach der Teilkombination den Vorteil, daß die von der Schraube gespreizten Zungen dem Dübel einen zusätzlichen Halt geben, wenn die vollständig eingezogene

Schraube den geschlitzten Endteil des Dübels gespreizt hat. Dieser zusätzliche Halt kann in Fällen unterschiedlicher Festigkeit der Bohrlochwandung von entscheidender Bedeutung für einen festen Sitz des Dübels sein. Jedenfalls erhöht er die Belastbarkeit des Dübels. Die vorbekannten Dübel die vor dem Einziehen der Schraube nur kraft der den Spreizungen innewohnenden Elastizität im Bohrloch festhalten, sind den Dübeln nach der Teilkombination in ihrer Haltefestigkeit unterlegen. Der Tatsache, daß die Trennschlitze für die Spreizungen die Festigkeit des Dübelschaftes verringern, kommt wegen des elastisch verformbaren Dübelmaterials, das ziemlich reißfest ist, keine große Bedeutung zu. Das Erfordernis komplizierter Spritzvorrichtungen für die Herstellung des Dübels fällt bei einem Massenartikel, wie ihn Dübel darstellen, nicht sonderlich ins Gewicht und wird durch die bei der Verwendung des Dübels erreichbaren Vorteile mehr als aufgewogen. Außerdem sind die außen am Dübelschaft angebrachten Zungen nach der französischen Patentschrift   auch nur mit komplizierten Werkzeugen herzustellen.

6. a) Das Berufungsgericht versagt der Teilkombination den Schutz, weil es ihr an der Erfindungshöhe mangle. Die Aufgabe, eine frühzeitige weitgehende Anpassung des Dübels auch an unregelmäßig vorgebohrte Löcher während des Einziehens der Schraube vor Beginn der Tiefenspreizung des Endteils zu sichern, sei bereits durch den Dübel nach der französischen Patentschrift   gelöst, dessen an der Außenseite des Schaftes elastisch abstehende Zungen sich an die Bohrlochwand anpreßten, und die durch eine Nase gegen Ver-

drehung gesichert seien. Der allgemeine Erfindungsgedanke beschränke sich darauf, für eine bekannte und bereits gelöste Aufgabe eine konstruktiv geringfügig abweichende Lösung ohne zusätzliche Vorteile aufzuzeigen. Diese andere Lösung sei in Anbetracht der französischen Patentschrift [REDACTED] für den Fachmann naheliegend. Sie erfordere kompliziertere Spritzvorrichtungen und verringere die Festigkeit des Dübelschaftes.

b) Den gegen diese Beurteilung erhobenen Rügen der Revision, das Berufungsgericht habe bei der Verneinung der Erfindungshöhe der Teilkombination den durch sie erreichten technischen Fortschritt außer Betracht gelassen und den wahren Offenbarungsgehalt der entgegengesetzten Druckschrift verkannt, kann der Erfolg nicht versagt bleiben. Bei der französischen Patentschrift [REDACTED] sind die Spreizzungen am Dübelschaft (15, 18 und 23 der Figuren 7 bis 12) nicht durch Längsschlitz und einen Querschlitz aus dem Dübelschaft ausgeschnitten, sondern außen am Dübelschaft angebracht. Sie halten den Dübel nur kraft der ihnen innewohnenden Federkraft. Sie besitzen keinen unmittelbaren Kontakt mit der Schraube und können folglich nicht von ihr gespreizt werden. Die französische Patentschrift [REDACTED] gibt keinen Hinweis, einen Dübel in Richtung auf die Lehre nach der in der Klagepatentanmeldung offenbarten Teilkombination zu verbessern. Da es für die Gesamtheit dieser Lehre an einem entsprechenden Vorbild und an entsprechenden Hinweisen im Stande der Technik fehlte, kommt dem vom Dübel nach der Teilkombination erreichten technischen Fortschritt entscheidende Bedeutung für die Beurteilung der Erfindungshöhe zu. Die Erzielung dieses

Fortschritts bei einem gebräuchlichen Massenartikel, der dessen Brauchbarkeit erheblich verbessert, kann nicht als rein handwerkliche Leistung gewertet werden. Die Teilkombination ist vielmehr erfinderisch und deshalb schutzfähig. Die Beklagte verletzt mit ihren Dübeln daher die Rechte der Klägerin aus ihrer Patentanmeldung (§ 30 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 6 PatG), indem sie die Dübel gewerbsmäßig herstellen **läßt und vertreibt**.

III.

Die Beklagte bestreitet die Rechte der Klägerin. Das begründet die Gefahr, daß sie ihre Verletzungshandlungen fortsetzt. Deshalb ist der Unterlassungsantrag der Klägerin begründet. Vom 1. Januar 1969 an ist der Beklagten auch der Vorwurf zu machen, daß sie die Rechtsstellung der Klägerin aus der Patentanmeldung nicht respektiert hat. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte sie nach der am 28. November 1968 erfolgten Bekanntmachung der Klagepatentanmeldung ausreichend Zeit und Gelegenheit, das Recht der Klägerin kennenzulernen und in seinen Auswirkungen zu überschauen. Deshalb ist die Beklagte von diesem Zeitpunkt an nach §§ 30 Abs. 1 Satz 2, 47 Abs. 2 PatG zum Schadenersatz verpflichtet. Insoweit sind der Antrag auf Rechnungslegung und der Antrag auf Feststellung der Schadenersatzpflicht begründet. Das angefochtene Urteil ist deshalb insoweit abzuändern und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts zurückzuweisen.

Innerhalb der Überlegungsfrist von etwa einem Monat nach der Bekanntmachung der Anmeldung trifft die

Beklagte kein Verschulden, weshalb für diesen Zeitraum ihre Ersatzpflicht entfällt. In diesem Umfang ist die Abweisung des Rechnungslegungsantrages und des Antrages auf Feststellung der Schadenersatzpflicht durch das Berufungsgericht zu Recht erfolgt. Die Abweisung der genannten Anträge für die genannte Zeitspanne betrifft jedoch einen verhältnismäßig geringfügigen Teil der Klage und hat keine besonderen Kosten veranlaßt. Deshalb waren die Kosten der Rechtsmittel insgesamt der Beklagten aufzuerlegen (§§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 ZPO).

IV.

Eine Aussetzung des Rechtsstreits mit Rücksicht auf das schwebende Beschwerdeverfahren vor dem Bundespatentgericht ist nicht veranlaßt. Es ist nach dem derzeitigen Stand der Erörterungen kein greifbarer Anhalt vorhanden, der es hinreichend wahrscheinlich macht, daß die Beschwerde der Beklagten zu einer Versagung des Patents oder zu einer solchen Einschränkung des Patentanspruchs führt, daß die angegriffene Ausführungsform nicht mehr vom Schutzzumfang des Patents erfaßt würde.

1. Was zunächst die von der Beklagten aufgeworfene Frage der Prioritätsverschiebung wegen der sogenannten Frühspreizung angeht, so vermag der Senat dem Standpunkt der Beklagten, daß diese in den ursprünglichen Anmeldungsunterlagen nicht offenbart sei, nicht beizutreten. In der Anmeldung vom 29. Juli 1961 ist bei der Darstellung der der Erfindung zugrunde liegenden Aufgabe erwähnt, daß sich der Dübel auch unregelmäßig vor-

gebohrten Löchern in Wandungen und Decken weitgehend anpassen soll und daß verhindert werden soll, daß der Dübel aus dem Bohrloch herausgleitet. Bei der Schilderung der erfindungsgemäßen Lösung sind zwei Stege (Spreizteile) genannt, die "in bekannter Weise spreizbar gemacht sind". Bei der Beschreibung des Ausführungsbeispiels sind die spreizfähigen oder spreizbaren Stege 6 genannt, die auch in den ersten Anspruch aufgenommen worden sind. In der Zeichnung sind die spreizbaren Stege 6 in den Figuren 1 und 3 im aufgespreizten Zustand dargestellt. Aus dem Zusammenhang von Beschreibung und Zeichnung kann der Durchschnittsfachmann ohne weiteres entnehmen, daß die Stege 6 schon ausschwenken, wenn mit dem Eindrehen der Schraube in den Dübel begonnen wird, ehe die Schraube das geschlitzte Endteil des Dübels aufspreizt. Daraus ergibt sich von selbst, daß der Dübel sich mit seinen Spreizteilen dem Bohrloch anpaßt, noch ehe die Endteile des Dübels aufgespreizt werden. Der Hinweis darauf, daß ein Herausgleiten des Dübels aus dem Bohrloch verhindert werden soll, und die gezeichnete Ausführungsform des Dübels lassen den Fachmann ohne weiteres erkennen, daß dem Dübel schon beim Einziehen der Schraube durch die spreizbaren Stege ein fester Halt im Bohrloch vermittelt werden soll. In den späteren Eingaben des Anmelders während des Erteilungsverfahrens ist das, was der Fachmann ohnehin schon den ursprünglichen Anmeldungsunterlagen entnehmen konnte, nur zusätzlich noch einmal in Worte gefaßt worden. Eine Prioritätsverschiebung ist dadurch nicht eingetreten. Dem steht auch nicht entgegen, daß in den ursprünglichen Anmeldungsunterlagen von "in bekannter Weise spreizbar gemachten Stegen" gesprochen wird. Dieser Ausdruck

weist nur auf die Tatsache hin, daß die Stege aufgespreizt werden können und daß aufgespreizte Zungen schon durch die französische Patentschrift [REDACTED] bekannt waren. Er steht der Erkenntnis nicht entgegen, daß das Aufspreizen beim Dübel nach der ursprünglichen Anmeldung schon beim Eindrehen der Schraube geschehen soll, noch ehe die Endteile des Dübels aufgespreizt werden. Die Tatsache der frühzeitigen Anpassung des Dübels an die Bohrlochwandung ist demnach bereits in den ursprünglichen Anmeldungsunterlagen offenbart.

2. Der Anspruch 1 der ursprünglichen Anmeldung beanspruchte das Merkmal der zusätzlichen Spreizteile allerdings mit der Maßgabe, daß sie mit dem einführungsseitigen Teil des Dübels fest verbunden sein sollten. Eine derartige eingeschränkte Fassung dieses Merkmals enthält der bekanntgemachte Patentanspruch nicht mehr. Dieser Umstand nötigt nicht zu der Annahme, daß der bekanntgemachte Patentanspruch im Beschwerdeverfahren insoweit wieder auf seine ursprüngliche Form zurückgeführt werden wird, denn die Streichung der genannten Einschränkung hält sich im Rahmen einer vor der Bekanntmachung der Anmeldung zulässigen Verallgemeinerung der Anspruchsmerkmale. Jedoch selbst wenn der Anspruch insoweit wieder auf seine ursprüngliche Form zurückgeführt würde, erfaßte er den Dübel der Beklagten, bei dem die zusätzlichen Spreizteile am Halsteil des Dübels angelenkt sind, im Wege der Äquivalenz. Die von der Klagepatentanmeldung erstrebte Wirkung, den Dübel zunächst durch die federnd abgespreizten Spreizungen im Bohrloch festzuhalten und

dann durch ein frühzeitiges Verspannen dieser Spreizteile beim Eindrehen der Schraube im Bohrloch festzuklemmen, bevor die Schraube den geschlitzten Endteil der Schraube aufspreizt und schließlich im Endzustand, wenn auch das Endteil des Dübels gespreizt ist, durch die zusätzlichen Spreizteile im Bereich des Schaftes für einen zusätzlichen Halt zu sorgen, wird auch dann erreicht, wenn die zusätzlichen Spreizteile mit dem Dübelhals verbunden sind. Mag die Geradföhrung der Schrauben auch darunter leiden, daß die Verbindung der Spreizteile nicht am Endteil, sondern am Halsteil des Dübels erfolgt, so fällt das für die Frage der Gleichwirkung nicht entscheidend ins Gewicht, da die obengenannten wesentlichen Vorteile der Dübel nach der Klagepatentanmeldung erreicht werden. Der Durchschnittsfachmann ist ohne weiteres in der Lage zu erkennen, daß er die oben geschilderten Vorteile auch dann erzielen kann, wenn er die Spreizteile statt mit dem Endteil mit dem Halsteil des Dübels verbindet. Er kann solchenfalls auch ohne weiteres durch eine ausreichende Bemessung des Halssteiles und eine stabile Ausbildung der im Schaft verbleibenden Stege für eine ausreichende Führung der Schrauben sorgen, so daß ihn die weniger wirkungsvolle Geradföhrung der Schrauben beim Anlenken der Spreizteile an dem Dübelhals nicht davon abhält, die zusätzlichen Spreizteile mit dem Dübelhals zu verbinden. Deshalb sind die Dübel der Beklagten, die entsprechend dieser Erkenntnismöglichkeit des Durchschnittsfachmanns ausgestaltet sind, insoweit als glatte Äquivalente zu werten.

3. Die obigen Ausführungen zur Schutzzfähigkeit der beanspruchten Teilkombination ergeben, daß auch

im übrigen nach dem derzeitigen Stand der Erörterungen nicht mit einer Versagung des Patents zu rechnen ist. Die in der mündlichen Revisionsverhandlung noch erörterten Druckschriften lassen ebenfalls keine begründeten Zweifel an der Schutzfähigkeit der Erfindung nach der Klagepatentanmeldung aufkommen. Die US-Patentschrift  zeigt eine durchgehend (vgl. den Schlitz 14) geschlitzte Verankerungshülse für Nägel und Dübel aus einem federnden Material, vorzugsweise aus Stahlblech, zur sicheren Befestigung von z. B. Gebäudeteilen (Sp. 1 Abs. 1 und 2). Aus dem Hülsenschaft sind längliche Streifen 17 herausgetrennt, deren oberer Teil nach außen, deren Enden jedoch wiederum nach innen gebogen sind und horizontal verlaufende sägezahnartige Lippen bilden. Die Zähne der Lippen sollen in die gewellte (corrugated) Oberfläche der Nägel eindringen und diese fest verankern (siehe Sp. 1, Z. 40 bis 45 und Sp. 2, Z. 18 - 21). Dieser Druckschrift ist kein Hinweis darauf zu entnehmen, aus dem Schaftteil eines mit seinem geschlitzten Endteil spreizbaren Dübels aus elastischem Kunststoff zusätzliche Spreizteile auszuschneiden, die sich beim Eindrehen seiner Schraube eher spreizen als der geschlitzte Endteil und die von Spreizkräften belastete Kunststoffhülse durch Längsschlitz für federnde Zungen im Schaft zu schwächen. Die britische Patentschrift  zeigt zwar an der Kopfseite geschlitzte Dübel aus federndem thermoplastischen Kunststoff (S. 2, Z. 16 und den Schlitz 6). Bei diesem Dübel ist die Bohrung zum Einsetzen der Schraube jedoch stark aufgeweitet, wie die Figuren 2 und 8 zeigen und in der Beschreibung ausgeführt ist (S. 1, Z. 73 - 75). Daraus folgt, daß die eingesetzte Schraube den geschlitzten Kopfteil

des Dübelschaftes erst gegen Ende des Einschraubvorgangs belastet, wenn das dickste Ende der Schraube in den Dübel eindringt. Das steht im Gegensatz zur Lehre nach der Klagepatentanmeldung, bei der schon zu Beginn des Eindrehens der Schraube ein seitliches Ausschwenken der Spreizteile erfolgen soll. Auch die britische Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] enthält somit keinen Hinweis in Richtung auf die Lehre nach der Teilkombination, bei der das Kopfende des Dübels bei einem weiteren Eindringen der Schraube stark belastet wird. Auch die US-Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] zusammen mit der britischen Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] ergeben keinen Hinweis, den Dübel nach der französischen Patentschrift [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] in Richtung auf die Lehre nach der in der Klagepatentanmeldung offenbarten Teilkombination zu verbessern.

Ballhaus

Bruchhausen

Ochmann

Bendler

Häußer