

BUNDESPATENTGERICHT

14 W (pat) 701/02

(Aktenzeichen)

Verkündet am
17. September 2002

...

BESCHLUSS

In der Einspruchssache

betreffend das Patent 195 48 952

...

...

hat der 14. Senat (Technischer Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 17. September 2002 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Moser, der Richter Dr. Wagner und Harrer sowie der Richterin Dr. Proksch-Ledig

beschlossen:

Nach Prüfung der Einsprüche wird das Patent mit folgenden Unterlagen beschränkt aufrechterhalten:

Patentansprüche 1 bis 12 gemäß Hauptantrag, überreicht in der mündlichen Verhandlung am 17. September 2002

und

Beschreibung gemäß Patentschrift mit der Maßgabe, daß auf Seite 6 Zeile 56 der Satzbestandteil "und/oder" durch das Wort "und" ersetzt wird.

Gründe

I

Die Erteilung des Patents 195 48 952 mit der Bezeichnung

"Leichtmauermörtel"

ist am 21. November 1996 veröffentlicht worden.

Gegen dieses Patent sind am 21. Februar 1997 zwei Einsprüche erhoben worden. Die Einsprüche sind mit Gründen versehen und auf die Behauptung gestützt, dem Gegenstand des Streitpatents fehle es an der Neuheit und an der erfinderischen Tätigkeit. Die Einsprechende I macht als weiteren Widerrufsgrund geltend, das Patent offenbare die Erfindung nicht so deutlich und vollständig, daß ein Fachmann sie ausführen könne.

Zur Untermauerung ihres Vorbringens verweisen die Einsprechenden auf folgende Druckschriften:

- (1) DE-U 92 01 498
- (2) DE-OS 23 51 469
- (3) DE 29 38 338 C 2
- (4) DE 37 20 286 A 1
- (5) RÖMPP CHEMIE LEXICON, 9. Auflage, Georg Thieme Verlag
Stuttgart
 - a) Seite 406 "Betonzuschlag"
 - b) Seiten 415/416 "Bimsstein, Bimssand, Bimskies"
 - c) Seite 3291 "Perlite"

- (6) W. Albrecht, U. Mannherz, Zusatzmittel, Anstrichstoffe, Hilfsstoffe für Beton und Mörtel, Bauverlag GmbH, Wiesbaden/Berlin, 1968, Seiten 27, 38 bis 50, 107 bis 113
- (7) Prospekt der Firma HOECHST "Modern und rationell bauen mit Tylose® und Hilfsmitteln", Seiten 5, 8 und 37
- (8) Prospekt über das Produkt "UCR" der Firma Chemotechnik-Ges. für Baustoffchemie mbH & Co.
- (9) H. Reul, Handbuch Bauchemie, Verlag für chem. Industrie, H. Ziolkowsky KG, Augsburg, 1991, Seiten 19, 54, 55, 211 bis 221 und 223/224
- (10) Prospekt der Clariant GmbH, betreffend das Produkt ®Hostapur OSB
- (11) Allgemeine bauaufsichtliche Zulassung Nr Z-17.1-624 vom 17. Juli 1998.

Die Einsprechende I macht ferner die offenkundige Vorbenutzung einer seit etwa Mitte 1994 hergestellten, entsprechend der DIN 1053 als "Leichtmauermörtel LM 21" bezeichneten Mischung mit einer bestimmten Zusammensetzung geltend, die im September bis November 1995 an verschiedene Abnehmer ausgeliefert worden sei, und bietet hierfür Beweis durch Zeugnis und eidesstattliche Versicherung des Herrn W... an.

Auf den Antrag der Einsprechenden I vom 28. März 2002 ist die Einspruchsakte gemäß PatG § 147 Abs 3 Ziff 2 dem Bundespatentgericht vorgelegt worden.

Die Einsprechende I beantragt,

das Patent zu widerrufen.

Die ordnungsgemäß geladene Einsprechende II hat, wie auf die Terminladung mitgeteilt, die Verhandlung nicht wahrgenommen. Mit Einspruchsschriftsatz vom 21. Februar 1997 hat sie beantragt,

das Patent in vollem Umfang zu widerrufen.

Die Patentinhaber treten dem Vorbringen der Einsprechenden in allen Punkten entgegen und beantragen,

die Einsprüche zurückzuweisen und das Patent beschränkt aufrechtzuerhalten mit den in der mündlichen Verhandlung überreichten Patentansprüchen 1 bis 12 (Hauptantrag)
hilfsweise mit den in der mündlichen Verhandlung überreichten Patentansprüchen 1 bis 11 gemäß Hilfsantrag,
jeweils mit Beschreibung gemäß Patentschrift mit der Maßgabe, daß auf Seite 6 Zeile 56 der Satzbestandteil "und/oder" durch "und" ersetzt wird.

Die dem Hauptantrag zugrundeliegenden Patentansprüche 1 bis 12 lauten:

"1. Leichtmauermörtel mit

- 0,1 bis 5 Gew.-% Styropor einer Korngröße bis 6 mm
- 3 bis 18 Gew.-% Perlite einer Korngröße bis 6 mm
- 35 bis 80 Gew.-% Zement
- 10 bis 20 Gew.-% Kalk
- 0,1 bis 0,5 Gew.-% Betonverflüssiger (bezogen auf das Trockengewicht)

2. Leichtmauermörtel nach Anspruch 1, **dadurch gekennzeichnet**, daß der Trockengewichtsanteil des Styropors 0,1 bis 2 Gew.-% vorzugsweise 0,2 bis 1 Gew.-% beträgt.

3. Leichtmauermörtel nach einem der Ansprüche 1 oder 2, **dadurch gekennzeichnet**, daß die Styroporanteile aus Abfallprodukten von Verpackungsmaterial oder Baustoffabfällen bestehen.
4. Leichtmauermörtel nach einem der Ansprüche 1 bis 3, **dadurch gekennzeichnet**, daß der Trockengewichtsanteil der Perlite 4 bis 15 Gew.-%, vorzugsweise 5 bis 10 beträgt.
5. Leichtmauermörtel nach einem der Ansprüche 1 bis 4, **dadurch gekennzeichnet**, daß die Perlite eine Korngröße von bis zu 2 mm, vorzugsweise bis zu 1,5 mm aufweisen.
6. Leichtmauermörtel nach einem der Ansprüche 1 bis 5, **dadurch gekennzeichnet**, daß der Anteil des Betonverflüssigers 0,2 bis 0,3 Gew.-% beträgt.
7. Leichtmauermörtel nach einem der Ansprüche 1 bis 6, **dadurch gekennzeichnet**, daß er pro Kubikmeter Trockenvolumen ca 2 kg Betonverflüssiger aufweist.
8. Leichtmauermörtel nach einem der Ansprüche 1 bis 7, mit einem Anteil von 10 bis 20 Gew.-% Füllstoffen, insbesondere Kohlenflugasche.
9. Leichtmauermörtel nach einem der Ansprüche 1 bis 8, **gekennzeichnet durch** einen Luftporenbildner, vorzugsweise in einem Anteil von 0,2 bis 0,3 Gew.-%.
10. Leichtmauermörtel nach einem der Ansprüche 1 bis 9, **gekennzeichnet durch** einen Verzögerer, vorzugsweise in einem Anteil von 0,2 bis 0,3 Gew.-%.
11. Leichtmauermörtel nach einem der Ansprüche 1 bis 10 mit einem Anteil von 40 bis 80 Gew.-% Zement und 14 bis 18 Gew.-% Kalk.
12. Leichtmauermörtel nach einem der Ansprüche 1 bis 11 mit
ca. 0,6 Gew.-% Styropor,
ca. 10 Gew.-% Perliten,
ca. 75 Gew.-% Zement,

- ca. 14 Gew.-% Kalk,
- ca. 0,3 Gew.-% Luftporenbildner,
- ca. 0,3 Gew.-% Betonverflüssiger und
- ca. 0,3 Gew.-% Verzögerer.

Zum Wortlaut der Patentansprüche 1 bis 11 gemäß Hilfsantrag sowie zu weiteren Einzelheiten des schriftlichen Vorbringens der Beteiligten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II

1. Über die Einsprüche ist gemäß § 147 Abs 3 Ziff 2 PatG idF des Gesetzes zur Bereinigung von Kostenregelung auf dem Gebiet des geistigen Eigentums vom 13. Dezember 2001 Art 7 durch den Beschwerdesenat des Bundespatentgerichts zu entscheiden.
2. Die beiden Einsprüche sind frist- und formgerecht erhoben und mit Gründen versehen; sie sind daher zulässig. Für das gemäß Hauptantrag der Patentinhaber verfolgte Patentbegehren können aber weder die geltend gemachten Widerrufsgründe greifen, noch sind andere Widerrufsgründe ersichtlich.
3. Die Patentansprüche 1 bis 12 sind zulässig.

Anspruch 1 geht inhaltlich auf die ursprünglichen Ansprüche 1 bis 3, 5 und 13 in Verbindung mit Seite 3 Abs 3 und Seite 4 Abs 4 der ursprünglichen Beschreibung bzw auf den erteilten Patentanspruch 1 in Verbindung mit Seite 2 Z 56 bis 58 der Streitpatentschrift zurück. Die Gewichtsgrenzen nach Anspruch 2 liegen innerhalb des Bereiches nach Anspruch 1 und gelten nach BGH "Chrom-Nickel-Legierung" (GRUR 1992, 842) schon aus diesem Grunde als offenbart; zusätzlich sind sie der ursprünglichen Beschreibung - wenn auch mit engeren Bereichen für die anderen Komponenten - als Einzelwerte entnehmbar, vgl Seite 4 Abs 4/5. Die Gegenstän-

de der geltenden Ansprüche 3 und 5 bis 12 ergeben sich aus den ursprünglichen Ansprüchen 4, 7 bis 12, 14 und 16. Die Gewichtsanteile nach Anspruch 4 sind aus den ursprünglichen Ansprüchen 5 und 13 abzuleiten.

4. Die Lehre des Streitpatents ist hinreichend deutlich und vollständig offenbart, daß ein Fachmann sie ausführen kann.

Der Kritik der Einsprechenden I an der unklaren Bedeutung des Begriffs "Verflüssiger" in den erteilten Ansprüchen ist durch die (wie vorstehend ausgeführt offenbarte) Präzisierung der Komponente als "Betonverflüssiger" Rechnung getragen und somit nunmehr die Grundlage entzogen.

Der Vorwurf der Einsprechenden I, ohne die Bestandteile Luftporenbildner und Verzögerer könne kein brauchbarer "kellengängiger" Leichtmauermörtel erhalten werden, ist nicht hinreichend substantiiert und kann daher nicht durchgreifen. Zum einen argumentiert die Einsprechende in sich widersprüchlich, wenn sie einerseits zu dem Antrag auf Entscheidung über den Einspruch durch das Bundespatentgericht darauf hinweist, daß sich das Deutsche Patent- und Markenamt in fast fünf Jahren der Sache nicht angenommen habe (Schriftsatz vom 28. März 2002 Seite 1), sich aber andererseits darauf beruft, Versuche zur Stützung ihrer Behauptung hätten aufgrund der knappen Zeit nicht (mehr) durchgeführt werden können. Im übrigen würde eine fehlende Kellengängigkeit nicht bedeuten, daß eine Mörtelmischung überhaupt nicht hergestellt und verwendet werden kann.

5. Der Leichtmauermörtel mit der im geltenden Anspruch 1 definierten Zusammensetzung ist neu, was auch in der mündlichen Verhandlung nicht mehr bestritten wurde.

Als nächstgelegener Stand der Technik ist, wenn die von der Einsprechenden I geltend gemachte offenkundige Vorbenutzung unterstellt wird, ein Leichtmauermörtel mit folgender Zusammensetzung anzusehen:

0,5 % Styropor einer Korngröße ≤ 1 mm
61 % Bims einer Korngröße ≤ 4 mm
28 % Zement
6 % Kalkhydrat
0,02 % Celluloseether
0,03 % bis 0,04 % UCR 15
0,06 % Luftporenbildner Hostapur OSB
0,02 % Verdicker Zelliquid SE.

Von diesem Leichtmauermörtel, dessen Gewichtsanteil an Styropor sich aus dem von der Einsprechenden I genannten Volumen nach der von den Patentinhabern (im Schriftsatz vom 3. Februar 1998 auf Seite 2) vorgenommenen und von den Einsprechenden nicht in Frage gestellten Umrechnung ergibt, unterscheidet sich der patentgemäße bereits durch den Bestandteil Perlite (einer Korngröße bis 6 mm).

Die Entgegenhaltung (3) beschreibt zwar einen Leichtbeton, der ua Verflüssiger und als leichte Zuschlagstoffe Blähtonperlen, Bims, Perlite oder ein Gemisch aus Styroporperlen und Bims enthalten kann (Sp 5 Z 23 bis 34, Sp 6 Z 25 bis 62). Styroporperlen und Perlite werden aber in keiner der angegebenen Rezepturen gemeinsam eingesetzt; auch aus der sonstigen Beschreibung ergibt sich kein Hinweis auf diese Möglichkeit. Zudem ist der Zusatz von Kalkhydrat nur für eine einzige Rezeptur vorgesehen (Sp 5 Z 36 bis 45) und dies nur in einem Anteil von 0,4 % des Zementgehaltes (0,005 Teile Kalkhydrat; 1,2 Teile Zement).

Die aus (7) Seite 37 bekannten Leichtmauermörtel enthalten weder Styropor noch Betonverflüssiger. Die Rezeptur in (9) Seite 223 unten in Verbindung mit Seite 224 oben betrifft Leichtmauermörtel mit den Alternativen Bims oder Blähton oder Perlite oder Styropor als Leichtzuschlag; die gemeinsame Verwendung unterschiedlicher Leichtzuschläge ist ebenso wenig vorgesehen, wie die eines Betonverflüssigers.

Die weiteren Entgegenhaltungen liegen dem Gegenstand des Streitpatents ferner und können daher die Neuheit der Mischung nach Anspruch 1 nicht in Frage stellen.

6. Der beanspruchte Leichtmauermörtel beruht auch auf einer erfinderischen Tätigkeit.

Dem Streitpatent liegt die Aufgabe zugrunde, einen Leichtmauermörtel zu schaffen, der bei ausgezeichneter Festigkeit hervorragende Wärmedämmeigenschaften aufweist (S 2 Z 52/53).

Diese Aufgabe wird durch einen Leichtmauermörtel mit den Merkmalen des geltenden Anspruchs 1 gelöst.

Ausgehend vom nächstgelegenen Stand der Technik - der unter II.5 aufgeführten, nach Angabe der Einsprechenden I offenkundig vorbenutzten Zusammensetzung - ergibt sich ein derartiger Leichtmauermörtel nicht in naheliegender Weise.

Dabei kann offen bleiben, ob der Fachmann gemäß dem Vorbringen der Patentinhaber einen Austausch von Bims durch Perlite nicht in Betracht ziehen wird, weil das resultierende Leichtzuschlagstoffgemisch aus Styropor und Perlite bisher nirgends vorbeschrieben ist und eine Entmischung durch Aufschwimmen befürchtet werden müßte (wozu die Patentinhaber sich auf (3) Sp 5 Z 23 bis 45 iVm den Ausführungen der Einsprechenden I, im Schriftsatz vom 4. November 1998 S 3 Abs 3 als Beleg dafür berufen, daß Bims zur Vermeidung der Entmischung essentiell sei), oder ob gemäß dem Vortrag der Einsprechenden ein Ersatz des Leichtzuschlagstoffs Bims durch vergleichbare Volumenanteile Perlite, der zu einer Mischung mit Styropor, Perlite, Zement und Kalk innerhalb der im geltenden Anspruch 1 festgelegten Bereiche führen würde, im Routinekönnen des Fachmanns liegt.

Eine derartige Modifizierung der als offenkundig vorbenutzt angenommenen Mischung würde nämlich keinen Leichtmauermörtel mit den Merkmalen des geltenden Anspruchs 1 ergeben. Vielmehr müßte die als vorbekannt unterstellte Lehre weiter durch den Zusatz von 0,1 bis 0,5 Gew.-% Betonverflüssiger abgeändert werden. Zu einem derartigen den Wasserbedarf verringernden Zusatz können aber weder die als Verdickungsmittel wirkenden, den Wasserbedarf erhöhenden Bestandteile Celluloseether und UCR (vgl hierzu (7) S 8 re Sp Abs 3 u 6; (8) S 12 li Sp unter "Mauermörtel" und "Zementgebundene Spachtelmassen und Fliesenkleber") noch der in einer Dosierung von 0,06 % (geltend gemachte Vorbenutzung) bzw 0,005 bis 0,05 Gew.-% (lt. Hersteller-Empfehlung (10) S 2 Mitte) verwendete Luftporenbildner Hostapur OSB anregen.

Der Senat verkennt nicht, daß die Verwendung von Betonverflüssigern in Mörtelmischungen an sich bekannt war (vgl (6) S 45/46 iVm Tafel 7; (9) S 211 le Abs) und daß auch eine festigkeitssteigernde Wirkung beschrieben ist (vgl (6) S 38 vore Abs; (9) S 55 oben; s aber auch (6) S 40 Abs 3). Da aber zugleich eine (für einen Leichtmauermörtel unerwünschte) größere Dichte zu erwarten ist und - wie ausgeführt - in keiner der nachgewiesenen Leichtmauermörtel-Rezepturen Betonverflüssiger als Bestandteil enthalten ist, kann der patentgemäß durchgeführte Zusatz dieser Komponente nicht als naheliegend bewertet werden.

Die Bereitstellung eines Leichtmauermörtels, der erstmals die beiden Leichtzuschlagstoffe Styropor und Perlite gemeinsam und zugleich erstmals einen Betonverflüssiger aufweist, war somit nicht ohne erfinderisches Zutun möglich.

Die Berücksichtigung der weiteren dem Senat vorliegenden, in der mündlichen Verhandlung nicht mehr aufgegriffenen Druckschriften führt zu keiner anderen Beurteilung des Sachverhalts.

7. Der Leichtbaumörtel nach dem geltenden Anspruch 1, dessen gewerbliche Anwendbarkeit außer Frage steht, erfüllt somit alle Kriterien der Patentfähigkeit.

Der dem Hauptantrag zugrundeliegende Anspruch 1 hat somit Bestand. Die geltenden Ansprüche 2 bis 12 betreffen besondere Ausführungsformen des Leichtmauermörtels gemäß Hauptanspruch und sind somit mit diesem rechtsbeständig.

Bei dieser Sachlage bleibt für ein Eingehen auf den Hilfsantrag der Patentinhaber kein Raum. Vielmehr war wie im Tenor angegeben, zu beschließen.

Moser

Wagner

Harrer

Proksch-Ledig

Pü