



BUNDESPATEENTGERICHT

35 W (pat) 439/07

(Aktenzeichen)

Verkündet am
28. April 2009

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend das Gebrauchsmuster 299 24 738

hier: Löschantrag

hat der 35. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 28. April 2009 durch den Vorsitzenden Richter Müllner sowie die Richter Dipl.-Ing. Bernhart und Dipl.-Phys. Dr. Müller

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamtes - Gebrauchsmusterabteilung II - vom 16. Juli 2007 aufgehoben.
2. Das Gebrauchsmuster 299 24 738 wird im Umfang der Schutzansprüche 1 und 2 - soweit sie über die Anspruchsfassung vom 18. Juli 2006 hinausgehen - sowie im Umfang des Anspruchs 4 teilgelöscht.
3. Im Übrigen wird der Löschantrag und die Beschwerde zurückgewiesen.
4. Die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen trägt zu $\frac{1}{4}$ die Antragsgegnerin und zu $\frac{3}{4}$ die Antragstellerin.

Gründe

I

Die Gebrauchsmusterabteilung II des Deutschen Patent- und Markenamts hat das am 6. Oktober 1999 angemeldete Gebrauchsmuster 299 24 738 mit der Bezeichnung "Kehlkopfmaske", das die Unionspriorität GB 98 21 771 vom 6. Oktober 1998 in Anspruch nimmt und das am 12. Mai 2005 mit 10 Schutzansprüchen in das Gebrauchsmusterregister eingetragen worden ist, mit Beschluss vom 16. Juli 2007 teilgelöscht, soweit es über die Schutzansprüche 1, 2 und 4 vom 18. Juli 2006 hinausgeht.

Gegen den vorgenannten Beschluss richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin.

Sie macht unzulässige Erweiterung sowie, den Anspruch 4 betreffend, mangelnde deutliche Offenbarung zur Ausführung der Erfindung geltend; ferner stellt sie die Neuheit und den erfinderischen Schritt beim Gegenstand des Schutzanspruchs 1 in Frage.

Dazu verweist sie auf die Entgegenhaltungen

- D6** GB 2 298 797 A
- D7** GB 2 323 292 A
- D8** EP 0 796 631 A2
- D9** US 5 297 547 A
- D10** GB 2 317 830 A
- D12** GB 2 111 394 A
- D13** GB 2 205 499 A
- D14** GB 2 317 830 A

D19 WO 99/06093 A1 und

D20 US 5 305 743 A.

Zu weiteren Einzelheiten des Beschwerdeverfahrens wird auf den Akteninhalt verwiesen.

Die Antragstellerin stellt den Antrag,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und das Gebrauchsmuster im Umfang der angegriffenen Schutzansprüche 1, 2 und 4 teitzulöschen.

Die Antragsgegnerin stellt den Antrag,

die Beschwerde und den Löschungsantrag im Umfang der Schutzansprüche 1 und 2 vom 18. Juli 2006 zurückzuweisen.

Der Schutzanspruch 4 wurde gestrichen.

Der in Merkmalsblöcke gegliederte, ansonsten wörtlich wiedergegebene geltende Schutzanspruch 1 vom 18. Juli 2006 lautet:

- M1** Larynxmasken-Atmungsvorrichtung (20) umfassend:
- M2** eine aufblasbare Hauptmanschette (55), die,
 - M2.1** wenn gefüllt, die Form eines Torus aufweist,
 - M2.2** die durch ein asymmetrisches Oval umfassend einen breiteren proximalen Bereich (57) und einen schmaleren distalen Bereich (60) gebildet wird,
 - M2.3** wobei die Hauptmanschette einen Manschetteneinlass (65) aufweist, der mit dem proximalen Bereich verbunden ist und

- M2.4** ein gegossenes Produkt aus relativ dünnem und weich nachgiebigem elastomerischem Material ist; und
- M3** eine Rückplatte (52) umfassend
 - M3.1** einen Napf (90) mit einer querverlaufenden konkaven Larynxseite (97) und eine konvexe Pharynxseite (95), wobei die Rückplatte hermetisch mit einer Außenfläche (75) der Hauptmanschette verbunden ist, und eine Trennung zwischen dem Larynx-Kammerbereich und dem Pharynxbereich schafft, wobei
 - M3.2** die Rückplatte weiterhin eine externe Schlauchverbindung (92) direkt neben dem proximalen Bereich der Hauptmanschette umfasst, wobei
 - M3.3** die Schlauchverbindung auf der Pharynxseite gebildet ist und sich von der Pharynxseite in den Pharynxbereich hinein erstreckt, wobei
 - M3.4** die Schlauchverbindung des weiteren einen Durchlass (110) umfasst, der sich durch die Rückplatte erstreckt zur Verbindung zwischen dem Pharynxbereich und dem Larynx-Kammerbereich, **dadurch gekennzeichnet**, dass
- M4** der Napf eine längsverlaufende distale Rippe (105) zur längsverlaufenden Stützung des distalen Bereichs der Hauptmanschette aufweist.

Der Schutzanspruch 2 lautet:

2. Larynxmasken-Atmungsvorrichtung nach Anspruch 1, wobei die distale Rippe sich in und durch das Innere des distalen Bereichs (60) der Hauptmanschette erstreckt.

II

1. Die Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig und teilweise insoweit begründet, als das Gebrauchsmuster im Umfang der angegriffenen Schutzansprüche 1 und 2 - soweit sie über die Anspruchsfassung von 18. Juli 2006 hinausgehen - und im Umfang des angegriffenen Schutzanspruchs 4 teilgelöscht wird.

2. Der Schutzanspruch 1 vom 18. Juli 2006 fußt auf der ursprünglichen Offenbarung.

Die im Merkmal **[M2]** beanspruchte aufblasbare (inflatable) Manschette stellt gegenüber einer befüllbaren Manschette eine Einschränkung dar und geht in der Gebrauchsmusterschrift aus dem Absatz [0057] hervor (... "die Hauptmanschette wird mit geringem Druck aufgeblasen" ...).

Der Begriff Torus im Merkmal **[M2.1]**, aus dem Lateinischen stammend, steht für Wulst.

Die Angabe im Merkmal **[M3.1]**, ..."wobei die Rückplatte hermetisch mit einer Außenfläche (75) der Hauptmanschette verbunden ist" ...findet seine Stütze im Schutzanspruch 1 der Gebrauchsmusterschrift und gründet auf dem Begriffsverständnis der Bezeichnung "periphery" des Napfs in der Stammanmeldung, denn damit ist nicht nur eine Linie sondern die äußere Fläche der Hauptmanschette sinngemäß definiert. Dass die Verbindung der Rückplatte mit der Hauptmanschette fest ("bonded"), somit nicht lösbar ist, erschließt sich aus dem gesamten Offenbarungsgehalt der Gebrauchsmusterschrift; eine lösbare Verbindung würde der Funktionsweise der Larynxmasken-Atmungs Vorrichtung entgegenstehen.

3. Nach den Angaben in der Streitgebrauchsmusterschrift betrifft das angegriffene Gebrauchsmuster eine Larynxmasken-Atmungs Vorrichtung (LMA-Vorrichtung) (vgl. Abs. [0001]). Derartige Vorrichtungen werden für das schnelle und zu-

verlässige Erstellen eines ungehinderten Atemweges bei Patienten in Notfallsituationen eingesetzt [0002]. Sie weisen einen Maskennapf auf, der von einer befüllbaren (beim Einführen der LMA jedoch entleerten) Manschette umgeben ist [0003]. Bei in den Rachen eines Patienten eingeführter LMA soll die dann gefüllte Manschette den Kehlkopfeinlass abdichten und einen vollständig geschlossenen Atemweg zur Lunge gewährleisten. Beim Einführen besteht jedoch die Gefahr des Abknickens der dabei noch vollständig entleerten Manschette, womit sich diese dann beim Befüllen nicht in ihre vollständig abdichtende Form entfalten kann [0004].

Daran orientiert sich die dem Streitgebrauchsmuster zugrundeliegende Aufgabe, zur Beseitigung dieser Nachteile ein Abknicken der Manschette beim Einführen zu verhindern [0005].

Erreicht wird dies durch eine am Napf vorgesehene längsverlaufende distale Rippe gemäß dem Merkmal **[M4]**.

4. Nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung ist der Senat davon überzeugt, dass der Stand der Technik, wie ihn die im Verfahren befindlichen Druckschriften repräsentieren, weder die Neuheit noch den erfinderischen Schritt beim Gegenstand dieses Schutzanspruchs 1 in Frage stellen.

Die Neuheit des Gegenstandes des Schutzanspruchs 1 (die die Antragstellerin jeweils gegenüber den Larynxmasken aus **D9**, **D6**, **D8**, **D19** und **D20** in Abrede stellt) ergibt sich schon daraus, dass keine der im Verfahren befindlichen Druckschriften Larynxmasken offenbaren, bei denen der Napf eine längsverlaufende distale Rippe zur längsverlaufenden Stützung des distalen Bereichs der Hauptmanschette aufweist **[M4]**.

Die Larynxmaske aus **D9** weist einen von einer aufblasbaren Manschette (inflatable ring 15) umgebenen Napf mit einer Rückplatte (body 13 with bowl shape; vgl.

Sp. 2, Z. 37-39 sowie die Figuren 1-3) sowie eine externe Schlauchverbindung (airway tube 10) auf, die, wie aus den Figuren ohne weiteres ersichtlich ist, ebenso gestaltet und angeordnet sind, wie beim Gegenstand des Schutzanspruchs 1 gemäß den Merkmalen [M1] bis [M3.3].

Eine Auskehlung zwischen dem Napf 13 und der Manschette 15 ist mit einem flexiblen Material - Silikonkleber - befüllt (Sp. 2, Z. 49/50 ... "V-groove is filled with a flexible material such as silicone-rubber glue"). Eine stützende Wirkung auf den distalen Bereich der Manschette, wie sie die distale Rippe beim Gegenstand des Schutzanspruchs 1 gewährleistet, übt der in der zwischen dem Napf und der Manschette umlaufenden Auskehlung befindliche Silikonkleber nicht aus. Die befüllte Auskehlung ist daher entgegen der Sichtweise der Antragstellerin weder von ihrer Gestaltung her noch hinsichtlich ihrer Funktion mit einer Rippe gleichzusetzen, schon gar nicht mit der längsverlaufenden distalen Rippe auf dem Napf zur längsverlaufenden Stützung des distalen Bereichs der Manschette gemäß Merkmal [M4] der Larynxmasken-Atmungsvorrichtung des Schutzanspruchs 1.

Die Figur 5A zeigt zwar im Detail die in den distalen Bereich des Napfs 13 gleitend auslaufende Füllung 16. Für eine Verlängerung auf den Napf besteht aber für die flexible Füllung keine Veranlassung; sie würde auch zu keiner Stützung der Manschette beitragen. Auch die Ausgestaltung gemäß der Figur 8 entfaltet entgegen der Sichtweise der Antragstellerin nicht die stützende Wirkung auf die Manschette in Bezug auf den Napf wie beim Gebrauchsmuster, da auch die distal angeordnete Verstärkung 15' lediglich auf der Manschette ausgeformt ist und damit nicht eine auf dem Napf längsverlaufende Rippe zur Stützung der Manschette bildet.

Zur längsverlaufenden Stützung des distalen Bereichs der Manschette wäre die Füllung 16 auch gar nicht geeignet, denn dazu dürfte sie nicht aus flexiblem Material bestehen. Letzteres gewährleistet aber die beabsichtigte elastische Verbindung zwischen Napf und Manschette (vgl. Sp. 2 Z. 60 "resiliently unites"), die durch die im distalen Bereich noch breiter ausgelegte Füllung bei gleichzeitig re-

duzierter Wandstärke des Napfes weiter gefördert wird. Diese Maßnahmen bewirken in **D9** beim Einführen in den Rachen ein Umstülpen der Manschettenwandung entgegen der Vorschubrichtung - somit in Bezug auf den Rachen nach oben - der beim Einführen entleerten Manschette. Dies soll beim Streitgebrauchsmuster gerade verhindert werden. Die den distalen Bereich der Manschette stützende Versteifungsrippe gewährleistet beim Gegenstand des Schutzanspruchs 1, dass die entleerte Manschette nach unten gerichtet ist, was eine wünschenswerte Position für die Einführung derselben in den Patienten ist (vgl. in der Gebrauchsmusterschrift Abs. [0008] ab Z. 11).

Da die bei der Larynxmaske aus **D9** vorgesehene flexible Füllung in der Auskehrung in keiner Weise der Stützung der Manschette im Sinne der Gebrauchsmuster gemäßen Vorgehensweise dient, vermittelt die **D9** dem Fachmann, einem mit der Entwicklung von Beatmungsmasken befassten berufserfahrenen Medizingenieur, der medizinische Belange betreffend im ständigen Erfahrungsaustausch mit Ärzten steht, auch keine Anregungen, um von dieser bekannten Vorgehensweise abzugehen und in Richtung die Manschette stützender Maßnahmen, wie sie beim Gegenstand des Schutzanspruchs 1 gemäß Merkmal **[M4]** vorgesehen sind, Überlegungen anzustellen.

Die Larynxmasken-Atmungsrichtung des Schutzanspruchs 1 beruht daher gegenüber der Larynxmaske aus **D9** auch auf einem erfinderischen Schritt.

Die Bewertung hinsichtlich Neuheit und erfinderischem Schritt trifft auch gegenüber den weiteren Druckschriften zu.

Bei der Kehlkopfmaske aus **D6** befindet sich auf dem von einer Manschette (sealing ring 22) umgebenen Maskenteil (mask portion 20; vgl. Fig. 2 und 3) eine Verstärkungsplatte (backing plate 34), die mit ihrer elliptischen Form distal abgerundet und die Manschette überlappend gestaltet ist (Figur 3), um das Risiko von Verletzungen zu verringern (vgl. S 4, Abs. 1). Diese Verstärkungsplatte verhindert zwar

beim Einführen der Maske ein Abknicken der Manschette, sie zeigt aber weder eine Rippe noch besteht eine Veranlassung, von dieser elliptischen Form der Platte, das Verletzungsrisiko verringernd, abzugehen (vgl. S. 4 le. Abs. ... "the rear surface ...remains substantially flat"...) und die Verstärkungsplatte in eine lediglich in Längsrichtung verlaufende Rippe auf dem Napf abzuändern.

Die Kehlkopfmaske aus **D8** ist mit einem Drainageschlauch versehen, der auf das gebogene Außenprofil des Luftwegrohrs aufgeklebt ist (vgl. die Figuren 1 und 2 sowie Sp. 4, Z. 43 f.) und - notwendigerweise - über den Manschettenring 17 der Maske hinausragt. Der dünne Drainageschlauch 25 ist jedoch verhältnismäßig flexibel und kann daher beim Einführen der Maske nicht zur Stützung des Manschettenrings 17 beitragen. Mit einer Rippe ist er ohnehin nicht gleichzusetzen, schon gar nicht im Hinblick auf die mit der Rippe beim Streitgebrauchsmuster beabsichtigte versteifende Wirkung (vgl. Sp. 3, Z. 24 bis 33).

Auch die Larynxmaske aus **D20** ist wie die Maske aus **D8** mit einem Magendrainageschlauch (drainage tube; Figur 8, 70, 72) gemäß dem Ausführungsbeispiel 8 versehen, der - wiederum notwendigerweise - über die Manschette (inflatable ring 71) hinausragt. Der Schlauch ist flexibel (vgl. Sp. 8, Z. 34 "flexible tubing 72"). Zur Steifigkeit der Manschette kann er damit (kaum) beitragen. Er ist damit auch nicht mit einer Rippe gemäß dem Streitgebrauchsmuster gleichzusetzen, weder in seiner Form noch in seiner Wirkung auf die Manschette.

D19 betrifft eine Anordnung für die Formgebung einer Larynxmaske 10 (apparatus for shaping a laryngeal mask). Deren an einem Napf (boss 14; Figuren 2 und 3 befindliche Manschette (cuff 13) ist mit Rippen (ribs 33) versehen (vgl. Figur 3), von denen eine distal angeordnet ist. Die Rippen sollen beim Entleeren der Manschette eine gewünschte Faltenformung bewirken. Keine der Rippen, auch nicht die distale - nach vorne gerichtete - ist auf dem Napf (boss 14) längsverlaufend ausgebildet und kann daher nicht zur Stützung der Manschette in Bezug auf den Napf beim Einführen der Maske (vgl. im Streitgebrauchsmuster Absatz [0005] Auf-

gabe "Abknicken") beitragen. Vielmehr bewirken diese Rippen, wie aus Figur 2 ersichtlich ist, ein Umknicken der entleerten Manschette. Sonach ist auch bei diesen bekannten Kehlkopfmasken keine längsverlaufende Stützung des distalen Bereichs der Manschette (in Bezug auf den Napf) gegeben.

Diese Druckschriften können daher weder für sich betrachtet noch in der Zusammenschau die Schutzfähigkeit des Gegenstandes des Schutzanspruchs 1 in Frage stellen.

Der Schutzanspruch 2 wird von der Schutzfähigkeit des Schutzanspruchs 1 mitgetragen.

Die weiteren im Verfahren befindlichen Druckschriften liegen dem Gebrauchsmuster noch ferner, sie haben dementsprechend in der mündlichen Verhandlung keine Rolle gespielt.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 18 Absatz 2 Satz 2 GebrMG i. V. m. § 84 Absatz 2 PatG, §§ 71 ff. Absatz 1 ZPO. Die Billigkeit erfordert keine andere Entscheidung.

Müllner

Dr. Müller

Bernhart

Pr