



BUNDESPATENTGERICHT

15 W (pat) 30/16

(Aktenzeichen)

Verkündet am
15. März 2018

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Patentanmeldung 10 2011 122 896.2

hat der 15. Senat (Technischer Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 15. März 2018 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Feuerlein und der Richter Dr. Egerer, Hermann und Dr. Freudenreich

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen

Gründe

I.

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 18. Dezember 2015 hat die Prüfungsstelle für Klasse A 47 G des Deutschen Patent- und Markenamtes (DPMA) die am 14. Juni 2012 zur Patentanmeldung 10 2011 051 143.1 eingegangene Teilanmeldung 10 2011 122 896.2 mit Anmeldetag 17. Juni 2011 und der Bezeichnung

„Rührstab“

zurückgewiesen, nachdem die Anmelderin ihren Antrag auf Anhörung im Prüfungsverfahren zurückgezogen und Entscheidung nach Aktenlage beantragt hatte.

Der Zurückweisung zugrunde liegt die ursprünglich eingereichte, acht Patentansprüche umfassende Anspruchsfassung.

Die Zurückweisung ist mit Verweis der Prüfungsstelle auf den Prüfungsbescheid vom 11. Oktober 2013 im Wesentlichen damit begründet, dass dem Gegenstand des Patentanspruchs 1 gegenüber dem mit den Druckschriften

D1 DE 10 2008 010 015 A1,

D2 Trinkgenuss auf höchstem Niveau. In: Moravan[®]-Inspiration, Ausgabe 12, Dezember 2007, S. 18, 19.

URL: http://www.moravan.de/documents/Inspiration_12-07_000.pdf [abgerufen am 10. Oktober 2013],

D3 Wasser in seiner edelsten Form. In: Golden SPA, 2010, Heft 1, - URL: http://www.vitajuwel.com/images/Info/Vita-Juwel_golden_spa.pdf [abgerufen am 10. Oktober 2013]

aufgezeigten Stand der Technik jeweils die Neuheit fehle. In der D1 seien zudem auch Merkmale der Unteransprüche 2 bis 8 beschrieben.

Von Seiten des Senats wurden die Druckschriften

D4 DE 20 2009 008 612 U1 und
D5 DE 20 2006 008 016 U1

in das Verfahren eingeführt.

Die Beschwerde der Anmelderin richtet sich gegen den Beschluss der Prüfungsstelle. Sie verfolgt die Patenterteilung zuletzt mit einem geänderten Hauptantrag und hilfsweise auf Basis der Hilfsanträge 1 bis 7 weiter. Die Anmelderin ist der Auffassung, dass der erfindungsgemäße Gegenstand gegenüber den wesentlichen Druckschriften D1 und D2 neu sei, denn die D1 und die der D1 vergleichbare D2 schwiegen bereits zur Vermeidung von chemischen Reaktionen der in die Phiole eingebrachten und als oxidationsanfällig beschriebenen Festkörper, gerade weil diese Druckschriften Wasser als Fluid angeben. Hinsichtlich der D2, nach der sich das Problem der Belagsbildung durch den Einsatz reinsten Wassers und Morgensonne-Exposition lösen lasse, belegten die in der Broschüre D2 gezeigten Abbildungen eine milchig, neblige Flüssigkeit als Fluid und somit, dass eine chemische Reaktion stattgefunden habe. Zudem ließen weder die D1 noch die D2 einen toroidförmigen Ring an einer Verbindung von Stabrohr und bauchigem Teil erkennen, denn die D1 und D2 beschrieben insoweit nur oberhalb dieser Verbindung angelegte Ausbuchtungen, ohne eine Angabe für deren Zweck zu machen. Der Rührstab beruhe auch auf einer erfinderischen Tätigkeit. Denn keiner der im Verfahren befindlichen Druckschriften seien Hinweise auf die erfindungsgemäß

verwirklichte Stabilisierung der Vorrichtung durch Blockierung chemischer Reaktionen und auf die mechanische Stabilisierung des Rührstabs an der zerbrechlichen Übergangsstelle von Stabrohr und bauchigem Teil zu entnehmen. Weiter werde nach den Ausgestaltungen der Hilfsanträge die Stabilisierung des Rührstabs in erfinderischer Weise durch die Wahl der Materialien für den Rührstab, die Wahl des Fluids sowie durch dessen Füllungsgrad vorteilhaft optimiert, wozu sich im Stand der Technik ebenfalls kein Hinweis finde.

Die Anmelderin beantragt sinngemäß,

den Zurückweisungsbeschluss der Prüfungsstelle vom 18. Dezember 2015 aufzuheben und das Patent gemäß Hauptantrag, eingereicht mit Schriftsatz vom 14. März 2018, zu erteilen,

hilfsweise das Patent gemäß eines der Hilfsanträge 1 bis 6, jeweils eingereicht mit Schriftsatz vom 14. März 2018, zu erteilen und

weiter hilfsweise das Patent gemäß Hilfsantrag 7, überreicht in der mündlichen Verhandlung, zu erteilen.

Der Patentanspruch 1 nach Hauptantrag lautet:

1. Rührstab (125) in Form einer geschlossenen und mit einem Fluid (40) und zumindest einem Festkörper (50) gefüllten Phiole, umfassend einen einseitig, an einem im Gebrauch unteren Ende bauchigen Teil (U) und einen, im Gebrauch oberen Ende, stabförmigen Teil (O) mit einem Stabrohr (2),
 - wobei zumindest an einer Verbindung zwischen dem Stabrohr (2) und dem bauchigen Teil (U) zumindest ein toroidförmiger Ring (22) am Stabrohr (2) ausgeformt ist,

- wobei das Fluid (40) ausgewählt ist, sodass keine chemische Reaktion zwischen den eingebrachten Festkörpern (50) untereinander oder mit dem Fluid (40) oder darin gelösten Substanzen erfolgt.

Der ursprüngliche Patentanspruch 2 ist gestrichen und die ursprünglichen, mittelbar oder unmittelbar rückbezogenen Unteransprüche 3 bis 8 sind hinsichtlich Nummerierung und Rückbezug angepasst.

Der Patentanspruch 1 nach Hilfsantrag 1 unterscheidet sich von Patentanspruch 1 nach Hauptantrag durch das Einfügen des nachfolgenden, als Teilstrich formulierten Merkmals zwischen die Merkmale der Teilstriche 1 und 2:

- der Rührstab (125) aus Mineralglas gefertigt ist, und

Die Unteransprüche entsprechen den Unteransprüchen nach Hauptantrag.

Der Patentanspruch 1 nach Hilfsantrag 2 unterscheidet sich von Patentanspruch 1 nach Hauptantrag durch das Einfügen des nachfolgenden, als Teilstrich formulierten Merkmals zwischen die Merkmale der Teilstriche 1 und 2:

- der Rührstab (125) aus Quarzglas oder Borosilikatglas gefertigt ist, und

Die Unteransprüche entsprechen den Unteransprüchen nach Hauptantrag.

Nach Hilfsantrag 3 wird der Patentanspruch 1 nach Hilfsantrag 2 durch das folgende, sich dem zweiten Teilstrich anschließende, als Teilstrich formulierte Merkmal ergänzt:

- wobei eine innere und eine äußere Oberfläche des Rührstabs (125) derart glatt und porenfrei und so ausgewählt ist, dass eine mit der Oberfläche in Kontakt tretende Flüssigkeit schlierenfrei abläuft, und

Die Unteransprüche sind wortgleich mit den Unteransprüchen nach Hauptantrag.

Nach Hilfsantrag 4 wird der Patentanspruch 1 nach Hilfsantrag 3 durch das folgende, sich dem zweiten Teilstrich anschließende, als Teilstrich formulierte Merkmal ergänzt:

- nahezu vollständig mit dem Fluid (40) gefüllt ist, und

Die Unteransprüche sind wortgleich mit den Unteransprüchen nach Hauptantrag.

Nach Hilfsantrag 5 wird das Merkmal des vierten Teilstrichs nach Hilfsantrag 3 wie folgt geändert:

- wobei das Fluid (40) eine organische Flüssigkeit ist und derart ausgewählt ist, sodass keine chemische Reaktion zwischen den eingebrachten Festkörpern (50) untereinander oder mit dem Fluid (40) oder darin gelösten Substanzen erfolgt.

Die ursprünglichen Patentansprüche 2 und 7 sind gestrichen und die ursprünglichen, mittelbar oder unmittelbar rückbezogenen Unteransprüche 3 bis 6 und 8 hinsichtlich Nummerierung und Rückbezug angepasst.

Der Patentanspruch 1 nach Hilfsantrag 6 vereinigt die Merkmale der Patentansprüche 1 nach den Hilfsanträgen 4 und 5. Die Unteransprüche entsprechen Hilfsantrag 5.

Nach Hilfsantrag 7 wird in Patentanspruch 1 nach Hilfsantrag 6 das erste Teilstrich-Merkmal in der folgenden Weise geändert:

- wobei zumindest eine Verbindung zwischen dem Stabrohr (2) und dem bauchigen Teil (U) als toroidförmiger Ring (22) am Stabrohr (2) ausge-

formt ist, und die Verbindung eine Verjüngung des bauchigen Teils (U) umfasst,

Die Unteransprüche entsprechen Hilfsantrag 5.

Wegen des weiteren Vorbringens und des Wortlauts der Unteransprüche wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II.

Die Beschwerde der Anmelderin ist frist- und formgerecht eingelegt worden und zulässig (§ 73 PatG).

1. Den Anmeldungsunterlagen zufolge bezieht sich die Erfindung auf einen mit einem Fluid gefüllten geschlossenen Glasbehälter in Form eines Rührstabes, der zumindest einen Festkörper enthält und ein voluminöses Basalteil und ein daran angesetztes röhrenförmiges Segment geringeren Durchmessers aufweist. Dabei stehen das Basalteil und das röhrenförmige Segment miteinander in fluidischer Kommunikation (vgl. a. a. O.: Abs. [0001]). Wegen der im Basalteil frei beweglich angeordneten Festkörper und einer angestrebten vollständigen Befüllung des Glasbehälters mit einem Fluid könnten sich Probleme für die Stabilität der Verbindung zwischen dem voluminösen Basalteil und dem daran angesetzten röhrenförmigen Segment geringen Durchmessers ergeben (vgl. a. a. O.: Abs. [0002]) und bei sachgerechter Auswahl des Fluids werde eine chemische Reaktion zwischen den eingebrachten Festkörpern untereinander oder mit dem Fluid oder darin ggf. zusätzlich gelösten Substanzen vermieden, weswegen das im Glasbehälter eingebrachte Fluid transparent bleibe und sich auch bei längerer Belichtung nicht verfärbe. Zudem würden am Festkörper ausgebildete Feinstrukturen, beispielsweise Schliffflächen oder polierte Flächen und Facetten nicht verändert (vgl. a. a. O.: Abs. [0002]).

Anmeldungsgemäß liegt der Erfindung die Aufgabe zu Grunde, einen Glasbehälter zur Verwendung als Rührstab bereitzustellen (a. a. O.: Abs. [0004]). In Übereinstimmung mit der Sichtweise der Anmelderin ist die objektive Aufgabe darin zu sehen, den Rührstab als ein „style product“ hinsichtlich mechanischer und chemischer Stabilisierung weiterzubilden (vgl. dazu a. a. O. auch Abs. [0003], [0012], [0019]-[0021], [0025]).

2. Als Lösung für die angesprochene Problematik gibt die Erfindung nach Hauptantrag eine, nachfolgend mit Merkmalen versehene, Vorrichtung an:

- M1** Rührstab in Form einer geschlossenen Phiole umfassend
- M1.1** einen einseitig (an einen im Gebrauch unteren Ende) bauchigen Teil, und
- M1.2** einen (im Gebrauch [am] oberen Ende) stabförmigen Teil mit einem Stabrohr,
- M1.3** wobei zumindest an einer Verbindung zwischen dem Stabrohr und dem bauchigen Teil zumindest ein toroidförmiger Ring am Stabrohr ausgeformt ist.
- M1.4** Die geschlossene Phiole ist mit einem Fluid und zumindest mit einem Festkörper gefüllt, wobei
- M1.5** das Fluid so ausgewählt ist, dass keine chemische Reaktion zwischen den eingebrachten Festkörpern untereinander oder mit dem Fluid oder darin gelösten Substanzen erfolgt.

3. Bei dem mit der Lösung der Aufgabe betrauten Fachmann handelt es sich, was den Aufbau und die mechanische Stabilisierung des Rührstabs anbelangt, um einen Fachhochschul-Ingenieur, der mit der Bereitstellung geformter transparenter Hohlkörper aus beliebigen Materialien befasst ist und auch über Fachwissen zu Gläsern und Glasverarbeitung verfügt. Wegen der zu vermeidenden „chemischen Reaktionen“ der in den Hohlkörper eingebrachten Stoffe ist ein zweiter Fachmann

zu Rate zu ziehen, so dass es sich um ein Team mit einem Chemie-Ingenieur, Master des Studiengangs Chemie oder Diplomchemiker handelt. In den letztgenannten Studiengängen wird nicht nur ein Überblick über tatsächliche „chemische Reaktionen“ vermittelt, sondern auch Kenntnisse physikalischer Grundprinzipien und das Wissen über die Reinhaltung von Flüssigkeiten. Dazu kommen Kenntnisse über die Zusammensetzung und Eigenschaften von Gläsern und, wegen der Arbeit im Labor, praktische Erfahrungen in der Glasverarbeitung (vgl. dazu auch D2. S. 19, Abb. oben links).

4. Einige Merkmale des Patentanspruchs 1 nach Hauptantrag bedürfen der Erörterung.

4a. Die Verwendung zum Rühren schränkt die Gestalt der Phiole (Merkmal **M1**) als nach allgemeinem Sprachgebrauch und auch in der Anmeldung nicht abweichend definiertem birnenförmigen (Glas)Gefäß mit langem, engem Hals nicht weiter ein. Soweit die Phiole geschlossen sein soll, bleiben die Art des Verschlusses und damit die Möglichkeit eines reversiblen Öffnens und Verschließens offen.

4b. Mit dem Wort „einseitig“ (Merkmal **M1.1**) ist die eine Seite des stabförmigen Teils gemeint. Dabei ist es unbeachtlich, dass der bauchige Teil das im Gebrauch untere Ende bildet.

4c. Dies gilt sinngemäß auch für den Gebrauch des „im Gebrauch oberen Ende, stabförmigen Teils“ mit einem – als redundant zu wertenden – „Stabrohr“ (Merkmal **M1.2**). Der Rührstab besteht somit im Wesentlichen aus zwei unterschiedlich geformten Teilen, nämlich einem bauchigen und einem stabförmigen Teil.

4d. Ein Torus ist ein schlauchringförmiger mathematischer Körper, der durch Drehung eines Kreises um eine in seiner Ebene liegende, ihn nicht schneidende Achse entsteht und in der Mitte ein „Loch“ aufweist. Zur Auslegung des Merkmals

„toroidförmig“ (Merkmal **1.3**) lassen die Fig. 1-2 der Anmeldung nicht den Schluss zu, dass die Aufweitung exakt wie ein Torus geformt sein muss, sondern sie zeigen einen Wulst. Somit wird dieses Teilmerkmal durch jegliche ringförmige Ausformung am Stabrohr erfüllt.

Weiter ist nach Merkmal **1.3** der Ring am Stabrohr an einer Verbindung zwischen dem Stabrohr und dem bauchigen Teil ausgeformt. Zwar verjüngt sich der bauchige Teil des Rührstabs nach den beispielhaften Zeichnungen der Patentanmeldung auf denselben Durchmesser wie das Stabrohr, wobei der Ring an der Stelle der Verbindung beider Teile ausgeformt ist. Allerdings ist anspruchsgemäß der bauchige Teil bis auf einen Bauch räumlich-körperlich nicht weiter festgelegt und kann sich folglich in beliebiger Weise, also auch zu einer stabförmigen Strecke als Teil des bauchigen Teils verjüngen. Am Übergang zwischen beiden Bauteilen ist der Ring angeformt.

4e. Nach Merkmal **M1.4** ist die Phiole mit zumindest einem Festkörper und einem Fluid gefüllt, wonach beliebige Festkörper in der Phiole vorliegen dürfen. Der Ausdruck Fluid ist die gemeinsame Bezeichnung für Gase und Flüssigkeiten, was im Einklang mit den beispielhaften Angaben der Patentanmeldung zu dem Fluid steht (vgl. a. a. O.: Patentanspruch 7 und Abs. [0019]).

4f. Das Fluid ist nach Merkmal **M1.5** so ausgewählt, dass keine chemische Reaktion zwischen den eingebrachten Festkörpern untereinander oder mit dem Fluid oder darin gelösten Substanzen erfolgt (vgl. Anmeldeunterlagen: Abs. [0019]-[0020]). Danach ist das Fluid „im Wesentlichen transparent“ und reagiert nicht chemisch mit den Festkörpern. Auch die Festkörper reagieren nicht chemisch untereinander oder mit im Fluid zusätzlich gelösten Substanzen.

Durch geeignete Wahl des Fluids soll bezweckt werden, dass das im Glasbehälter eingebrachte Fluid transparent bleibt und sich auch bei längerer Belichtung nicht

verfärbt, sowie, dass sich am Festkörper ausgebildete Feinstrukturen nicht verändern.

5. Der Gegenstand nach Patentanspruch 1 ist nicht neu gegenüber jeweils den Druckschriften D1 und D2.

5a. Die DE 10 2008 010 015 A1 (D1) beschreibt einen Rührstab in Form einer geschlossenen Phiole (vgl. D1: Fig. 1 Bz. 1, Abs. [0001]; **M1**) mit einem einseitig im Gebrauch unteren bauchigen Teil und einem im Gebrauch oberen stabförmigen Teil (vgl. D1: Fig. 3 Bz. 4, 3; **M1.1**, **M1.2**) und zumindest einem an einer Verbindung zwischen dem Stabrohr und dem bauchigen Teil am Stabrohr ausgeformten toroidförmigen Ring (E1: Fig. 1-3, Bz. 17, 18 i. V. m. Abs. [0022]; **M1.3**). Der Rührstab ist mit beliebigen (Halb-)Edelsteinen und einer Flüssigkeit oder einem Gas gefüllt (vgl. D1: Patentanspruch 1 und Abs. [0013]; **M1.4**), wobei es sich bei dem Fluid, um eine Oxidation (vgl. D1: Abs. [0003]), also eine chemische Reaktion zu vermeiden, um chemisch inerte Edelgase oder Vakuum, also ein gegenüber Normalbedingungen weniger Gaspartikel aufweisendes und damit in der Reaktionsfähigkeit eingeschränktes Gas, handelt (vgl. D1: Patentansprüche 3, 4; **M1.5**).

In der D1 ist mit Verweis auf die D5 beschrieben, dass es beim Einsatz fester Körper, die anfällig gegen Oxidation, also eine chemische Reaktion, sind, selbst wenn sie gänzlich in eine Fluidfüllung eingebettet sind, zu Oxidationen kommen kann, die sich auf die optischen Eigenschaften des Stabs auswirken (vgl. D1: Abs. [0003]). Für die sachgerechte Auswahl des Fluids beachtet der Fachmann, um Fluid und Festkörper ansehnlich zu erhalten, nicht nur klassische chemische Reaktionen wie Oxidationsreaktionen, sondern auch ihm geläufige, weitere und im eigentlichen Sinne nicht zu chemischen Reaktionen zählende Effekte, die zu einer Trübung des Fluids oder einem unschönen Aussehen der Festkörper führen können (vgl. auch D2: Schleimbildung, die der Autor der D2 auf im Rührstab vorhandene lebende Inhaltsstoffe zurückführt). Dem Fachmann ist bekannt, dass unterschiedliche Effekte zur Trübung und/oder Schleimbildung führen, nämlich u. a. das

(oxidative) Anlösen der (Halb-)Edelsteine, deren gegenseitige Abrasion sowie die bekannten Effekte, die beim Stehenlassen gewöhnlichen Leitungswassers oder ungereinigten Wassers auftreten, nämlich die Aufnahme von CO₂, von Bakterien, Keimen und Mikroben/Algen aus der Umgebung, sowie von Staub und Schmutzpartikeln.

Nach der Offenbarung der D1 wird genau wie nach der Patentanmeldung der Abrasion der Edelsteine durch die Tropfenform des erweiterten Bereichs 4 entgegengewirkt. Zudem ist der Rührstab wegen des Vakuums oder der Edelgase von der Umgebungsluft abgesperrt. Damit können aus dieser Quelle keine Stoffe, Bakterien etc. in das Innere eindringen, wonach eine chemische Reaktion im allgemeinsten Sinn unterbunden ist. Im Übrigen erkennt die D1 bereits das Problem oxidationsanfälliger Festkörper (vgl. D1: Abs. [0003]) und bietet die Lösung an, diese mit einem speziellen, die Oxidation vermeidenden Fluid zu umgeben (vgl. D1: Abs. [0008], [0028]).

Soweit die Anmelderin mit Verweis auf Abs. [0003] der D1 anführt, dass dort nur Wasser als Fluid offenbart werde, was anmeldungsgemäß nicht geeignet sei, übersieht sie, dass die D1 explizit nicht oxidierende Gase als Fluid nennt (vgl. D1: [0008]), sowie, dass nach Hauptantrag Wasser explizit als geeignetes Fluid beansprucht ist (vgl. Patentansprüche 1 und 6).

Auch ihr Einwand, dass mit den in der D1 mit den in Fig. 1 gezeigten Ausbuchtungen 17, 18 kein toroidförmiger, also einem Torus ähnlich geformter Ring verwirklicht sei (vgl. D1: Abs. [0022] und Fig. 1), vermag nicht durchzugreifen, denn übereinstimmend mit der gebotenen Auslegung spricht auch die Patentanmeldung insoweit von „ringförmigen Erweiterungen“ (vgl. a. a. O.: Abs. [0012]) bzw. „toroidförmigen ringförmigen Aufweitungen“ (vgl. a. a. O.: Abs. [0025]).

Was die Anbringung des toroidförmigen Rings am Stabrohr an einer Verbindung zwischen dem Stabrohr und dem bauchigen Teil anbelangt, meint die Anmelderin

bei den Figuren bzw. Abbildungen der D1 im Gegensatz zur Fig. 1 der Patentanmeldung potentielle Bruchstellen auszumachen. Wegen des anspruchsgemäß in der Form offenen bauchigen Teils, erlauben diese Betrachtungen keine eingeschränkte Auslegung des Patentanspruchs.

Damit ist der Gegenstand des Patentanspruchs 1 gegenüber der D1 nicht neu.

5b. Moravan[®]-Inspiration (D2): Wie aus den Abbildungen in der Druckschrift D2 ersichtlich ist (vgl. D2: S. 18 li. unten, S. 19 re. unten), zeigt der mit Osmose-Wasser und Edelsteinen gefüllte, luftdicht geschlossene Edelsteinstab (vgl. D2: S. 18 mi. Sp. le. 2 Z. – re. Sp. Z. 3, S. 19 li. Sp. le. Abs. – mi. Sp. Z. 2-3) nach der gebotenen Auslegung alle Merkmale **M1** bis **M1.5**, denn durch den luftdichten Abschluss wird der Kontakt der Steine zu Umgebungsluft verhindert und entionisiertes Wasser enthält im Gegensatz zu normalem Leitungswasser keine reaktionsfähigen Stoffe und Sauerstoff allenfalls in Spuren, so dass alle eine allgemeine chemische Reaktion ermöglichenden Partner entfernt sind bzw. keinen Zugang haben. Zur Abrasion gelten die zu D1 getroffenen Ausführungen.

Wie die Anmelderin aus der Passage der D2 (vgl. D2: S. 19 mi. Sp. 2. Abs.), wonach der Stab hin und wieder in die Morgensonne zu legen sei, einen starken Hinweis darauf herauslesen möchte, dass eine Wechselwirkung zwischen den Edelsteinen untereinander und dem Wasser bestehe, erschließt sich nicht, denn die Behandlung betrifft die Außenoberfläche des Rührstabs. Auch wenn sie geltend macht, dass die Abbildungen der D2 ein trübes oder nebliges Fluid zeigten, was eine chemische Reaktion belege, ist eher von einer Trübung im Glas oder einer bei Erstellung der Photographie durch Reflexion verursachten scheinbaren Trübung auszugehen. Denn es widerspricht der Lebenserfahrung, wenn gerade in einem Werbeprospekt ein verunreinigtes Produkt abgebildet würde.

Die D2 beschreibt somit ebenfalls alle Merkmale des Patentanspruchs 1.

6. Der Gegenstand nach Patentanspruch 1 beruht, selbst wenn man sich der Sichtweise der Anmelderin anschliesse, dass die D1 oder die D2 nicht eindeutig und unmittelbar ein erfindungsgemäßes Fluid offenbaren, gegenüber der Kombination der Druckschriften D1 oder D2 mit der einen gattungsgemäßen Rührstab betreffenden und bereits in der D1 zitierten Druckschrift DE 20 2006 008 016 U1 (D5) nicht auf einer erfinderischen Tätigkeit.

Wie sich aus dem direkten Vergleich der Figur der D5 mit Fig. 1 der Patentanmeldung erschließt, beschreibt die Druckschrift D5 bereits die wesentliche Gestalt des beanspruchten Rührstabs, denn sie zeigt die Merkmale **M1** bis **M1.2** und **M1.4** (vgl. D5: Figur und Abs. [0018], [0019]), allerdings nicht die toroidförmigen Ringe nach Merkmal **M1.3**. Als Fluide werden nach der gebotenen Auslegung und entsprechend Unteranspruch 5 nach Hauptantrag chemische Reaktionen verhindernde Flüssigkeiten wie Gase, Alkohole und destilliertes und keimfreies Wasser und Wasser/Alkohol-Gemische genannt (vgl. D5: Abs. [0012] und Patentanspruch 1; Merkmal **M1.5**) und mit Methanol, Äthanol, Propanol und Butanol gleich vier ausgesuchte organische Flüssigkeiten, die unter die anmeldungsgemäß genannten Fluide fallen.

Der Auffassung der Anmelderin, der Fachmann werde bei der Kombination der D1 bzw. D2 mit der D5 davon abgehalten, toroidförmige Ringe am Rührstab vorzusehen, kann nicht beigetreten werden. Denn die D1 wertet die Ausgestaltung nach dort gezeigten Fig. 1 mit toroidförmigem Ring bereits als „zweckmäßig“ (vgl. D1: [0016]) und die D2 stellt ein offensichtlich seinen Zweck erfüllendes Verkaufsprodukt vor.

7. Auch die Ausgestaltungen der Patentansprüche 1 nach den Hilfsanträgen führen zu keinem patentfähigen Gegenstand.

7a. Soweit der Rührstab nach Hilfsantrag 1 aus Mineralglas oder nach Hilfsantrag 2 aus Quarzglas oder Borosilikatglas gefertigt ist, lehrt die D5 als geeignete,

womöglich nicht vollständig klare Materialien neben Kunststoff bereits Glas oder Kristallglas, wobei Glas den Vorteil durch Aufprall erzeugter akustischer Signale und den Nachteil der Zerbrechlichkeit zeige, während dies bei Kunststoff umgekehrt liege (vgl. D5: Abs. [0011]). Nimmt der Fachmann den Nachteil der Zerbrechlichkeit wegen der sonstigen Vorteile, insbesondere der ästhetischen Gefälligkeit, der leichten Reinigung oder der geringen Neigung, verkratzt zu werden, in Kauf, wählt er nach Belieben und Anforderung aus den verschiedenen kommerziell erhältlichen Glassorten aus.

Folglich wird er geläufiges preiswertes (Mineral)Glas zur Anwendung bringen, wenn teurere Gläser wegen ihres Preises ausscheiden und auf Quarz- oder Borosilikatgläser zurückgreifen, wenn chemische oder thermische Widerstandsfähigkeit, insbesondere im Lebensmittelbereich gefordert sind. Diese Auswahl vermag keine erfinderische Tätigkeit zu begründen. Auch hat die Anmelderin zu den bereits in D5 angesprochenen Vor- und Nachteilen transparenter Werkstoffe keine besonderen Effekte vorgetragen oder nachgewiesen. Sie sieht zwar mit der Wahl dieser Werkstoffe die mechanische Stabilität des Rührstabs zusätzlich vorteilhaft verwirklicht. Allerdings leitet das bekannte Eigenschaftsprofil hochwertiger Gläser den Fachmann ohne erfinderisches Zutun in die beanspruchte Richtung.

7b. Neben dem Merkmal, den Rührstab aus Quarzglas oder Borosilikatglas zu fertigen, erfordern auch die weiteren, in den Hilfsanträgen 3 bis 5 genannten und schließlich in Hilfsantrag 6 aggregierten Merkmale, den Rührstab nahezu vollständig mit einer organischen Flüssigkeit zu befüllen und eine innere und eine äußere Oberfläche des Rührstabs derart glatt und porenfrei auszugestalten, dass eine mit der Oberfläche in Kontakt tretende Flüssigkeit schlierenfrei abläuft, kein erfinderisches Zutun.

Eine auf das Volumen des Rührstabs bezogene, nahezu vollständige Befüllung des Rührstabs ist bereits bei den Rührstäben nach D1 oder D2 vorgesehen (vgl. D1: Fig. 3 Fluidgrenze 7; D2: S. 18 Photo unten links, S. 19 Photo Mitte rechts).

Dass die nahezu vollständige Befüllung sich insbesondere auf den stabförmigen Teil des Rührstabs beziehen soll, wie die Anmelderin meint, ist indes nicht einmal der Patentanmeldung zu entnehmen. Sofern der Befüllungsgrad nach dem Vortrag der Anmelderin zu einer Stabilisierung des Rührstabs beiträgt, wird dieser Beitrag auch im Stand der Technik geleistet.

Wenn die Anmelderin in der glatten und porenfreien Ausgestaltung einer inneren und einer äußeren Oberfläche des Rührstabs, sodass eine mit der Oberfläche in Kontakt tretende Flüssigkeit schlierenfrei abläuft, eine weitere durch den Stand der Technik nicht nahegelegte stabilitätserhöhende Maßnahme sieht, weil dadurch die Rissbildung vermieden würde, kann auch dieses Argument nicht überzeugen. Denn gerade ein „style product“ wird fachmännisch in ansprechender Weise und damit mit glatter porenfreier Oberfläche, die sich leicht reinigen lässt, bereitgestellt (vgl. Abb. in D2). Dazu verwendet der Fachmann die geläufigen Glassorten. Besondere Maßnahmen der Glasbehandlung gehen aus der Anmeldung gerade nicht hervor.

Zum Einsatz einer organischen Flüssigkeit als Fluid wird auf die Ausführungen oben, insbesondere zur erfinderischen Tätigkeit des Gegenstands nach Patentanspruch 1 gemäß Hauptantrag, verwiesen.

7c. Nach Hilfsantrag 7 ist eine Verbindung zwischen dem Stabrohr und dem bauchigen Teil als toroidförmiger Ring am Stabrohr ausgeformt, und die Verbindung umfasst eine Verjüngung des bauchigen Teils. Es kann nach der gebotenen Auslegung dahingestellt bleiben, ob sich dieser Wortlaut aus Abs. [0021] i. V. m. Fig. 1 der Anmeldeunterlagen herleiten lässt, wie die Anmelderin vorträgt, und ob damit das Merkmal **1.3** weiter ausgestaltet wird. Denn nach der Lehre der D1 befindet sich die Ausbuchtung am Ende des lang gestreckten Halsbereiches 3 (vgl. D1: Abs. [0022]), ebenso wie anmeldungsgemäß, wonach sich die Ausformung an der Stelle der Verbindung von Glasrohr mit dem unteren Behälterteil befindet (a. a. O.: Abs. [0012]).

8. Mit den nicht gewährbaren Patentansprüchen 1 nach Hauptantrag und nach den Hilfsanträgen 1 bis 7 fallen aufgrund der Antragsbindung auch die jeweiligen Unteransprüche (vgl. BGH, GRUR 1983, 171 – Schneidhaspel). Weitere Anhaltspunkte für ein stillschweigendes Begehren einer weiter beschränkten Fassung haben sich nicht ergeben. Somit brauchte bei dieser Sachlage auf die weiteren Unteransprüche nicht gesondert eingegangen werden (BGH v. 27. Juni 2007 X ZB 6/05 – Informationsübermittlungsverfahren; BGH GRUR 11, 1997, 120 – Elektrisches Speicherheizgerät). Für deren ausgestaltende weitere Merkmale wurde im Übrigen ein ggf. die erfinderische Tätigkeit begründender überraschender technischer Effekt nicht vorgetragen.

III.

Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren Beteiligten – vorbehaltlich des Vorliegens der weiteren Rechtsmittelvoraussetzungen, insbesondere einer Beschwerde – das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,

5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses schriftlich durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, einzureichen.

Feuerlein

Egerer

Hermann

Freudenreich

prä