

BUNDESPATENTGERICHT

5 W (pat) 403/99

(Aktenzeichen)

Verkündet am
19. Januar 2000

...

BESCHLUSS

In Sachen

wegen Löschung des Gebrauchsmusters 296 18 614

hat der 5. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 19. Januar 2000 durch den Vorsitzenden Richter Goebel sowie die Richter Dr. Fritsch und Dipl.-Ing. Kadner

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluß des Patentamts - Gebrauchsmusterabteilung I - vom 15. Juli 1998 aufgehoben.

Das Gebrauchsmuster 296 18 614 wird gelöscht, soweit es über die Schutzansprüche 1 und 3 bis 11, letztere nur, soweit sie nicht auf Schutzanspruch 2 zurückbezogen sind, in der Fassung vom 26. August 1997 hinausgeht.

Im übrigen werden der Löschungsantrag und die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge tragen die Antragsgegnerin zu einem Viertel, die Antragstellerin zu drei Vierteln.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin ist Inhaberin des am 25. Oktober 1996 beim Deutschen Patentamt angemeldeten Gebrauchsmusters 296 18 614, das am 16. Januar 1997 mit der Bezeichnung "Textilgewebe zum Schutz der Haut vor einem Kontakt mit Milbenallergenen" eingetragen worden ist. Die Schutzdauer ist bis zum 25. Oktober 2002 verlängert.

Das Gebrauchsmuster hat fünfzehn Schutzansprüche, die folgenden Wortlaut haben:

1. Textilgewebe zum Schutz der Haut vor einem Kontakt mit Milbenallergenen bestehend aus Schuß- und Kettenfäden, gekennzeichnet durch einen Fadenabstand von höchstens einem Viertel der Größe von Milbenkot, so daß Zwischenräume (Poren) zwischen benachbarten Kreuzungspunkten der Schußfäden mit den Kettenfäden für Milben und deren Ausscheidungen (Milbenkot) undurchlässig und für Feuchtigkeit durchlässig ist, wodurch das Gewebe atmungsaktive Eigenschaften aufweist.
2. Textilgewebe nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß der mittlere Fadenabstand vorzugsweise etwa 2,9 µm beträgt, wobei der Fadenabstand einen Wert von 1,9 bis 5,0 µm einnimmt, vorzugsweise von 1,9 bis 3,8 µm.

3. Textilgewebe nach Anspruch 1 oder 2, dadurch gekennzeichnet, daß ein Gewebeaufbau 80 bis 100 Fäden/cm, vorzugsweise in Kettrichtung 58 Fäden/cm und in Schußrichtung 34 Fäden/cm aufweist.
4. Textilgewebe nach einem oder mehreren der Ansprüche, dadurch gekennzeichnet, daß der Schußfaden aus einem Mischfasergarn mit Natur- und Chemiefasern gebildet ist, insbesondere aus Pflanzenfasern und Synthefasern.
5. Textilgewebe nach Anspruch 4, dadurch gekennzeichnet, daß sich der Schußfaden aus Baumwoll- und Polyesterfasern zusammensetzt, wobei das Mischungsverhältnis von Baumwolle zu Polyester (PES) vorzugsweise 1:2 beträgt.
6. Textilgewebe nach einem oder mehreren der Ansprüche 1 bis 5, dadurch gekennzeichnet, daß der Schußfaden ein Mischfasergarn Nm 50 bis Nm 70, vorzugsweise Nm 68/1 ist.
7. Textilgewebe nach einem oder mehreren der Ansprüche 1 bis 6, dadurch gekennzeichnet, daß der Kettenfaden aus Chemiefäden, insbesondere Synthetikfäden, besteht.
8. Textilgewebe nach Anspruch 7, dadurch gekennzeichnet, daß der Kettenfaden aus endlos gesponnenen Polyestereinzelfäden gebildet ist.
9. Textilgewebe nach einem oder mehreren Ansprüchen 1 bis 8, dadurch gekennzeichnet, daß die Einzelfäden (Kapillaren) zwischen 0,8 und 1,2 dtex, vorzugsweise 0,8 dtex, bestehen.

10. Textilgewebe nach einem oder mehreren Ansprüchen 1 bis 9, dadurch gekennzeichnet, daß der Kettenfaden einen Feinheitsgrad von 76 bis 133 dtex, vorzugsweise 100 dtex, aufweist.
11. Textilgewebe nach einem oder mehreren Ansprüchen 1 bis 10, dadurch gekennzeichnet, daß der Kettenfaden und/oder der Schußfaden ein texturierter Faden ist.
12. Textilgewebe nach einem oder mehreren Ansprüchen 1 bis 11, dadurch gekennzeichnet, daß der Kettenfaden und/oder der Schußfaden mit einem antimikrobiellen Textilausrüstungsmittel ausgerüstet ist.
13. Textilgewebe nach Anspruch 1 bis 11, dadurch gekennzeichnet, daß die Polyesterfaser des Mischfasergarns antibakteriell ausgerüstet ist.
14. Textilgewebe nach Anspruch 13, dadurch gekennzeichnet, daß in die Polyesterfaser Zeolithpartikel fest eingelagert sind.
15. Textilgewebe nach einem oder mehreren Ansprüchen 1 bis 14, dadurch gekennzeichnet, daß dasselbe in vorgegebenen, an die Standardbettbreiten angepaßten Bahnbreiten, vorzugsweise von 160, 224 oder 240 cm, hergestellt wird.

Die Antragsgegnerin hat am 26. August 1997 neue Schutzansprüche 1 bis 11 beim Patentamt eingereicht, die folgende Fassung haben:

1. Textilgewebe zum Schutz der Haut vor einem Kontakt mit Milbenallergenen bestehend aus Schuß- und Kettenfäden mit einem Fadenabstand von höchstens einem Viertel der Größe

von Milbenkot, so daß zwischen benachbarten Kreuzungspunkten der Schußfäden mit den Kettenfäden für Milben und deren Ausscheidungen (Milbenkot) undurchlässige und für Feuchtigkeit durchlässige Zwischenräume (Poren) gebildet sind, wodurch das Gewebe atmungsaktive Eigenschaften ausweist, wobei der Schußfaden Pflanzenfasern enthält und der Kettenfaden aus endlos gesponnenen Polyestereinzelfäden gebildet ist, dadurch gekennzeichnet, daß sich der Schußfaden aus Baumwoll- und Polyesterfasern zusammensetzt und der Kettenfaden und/oder der Schußfaden mit einem antimikrobiellen Textilausrüstungsmittel ausgerüstet ist/sind.

2. Textilgewebe nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß der mittlere Fadenabstand vorzugsweise etwa 2,9 μm beträgt, wobei der Fadenabstand einen Wert von 1,9 bis 5,0 μm einnimmt, vorzugsweise von 1,9 bis 3,8 μm .
3. Textilgewebe nach Anspruch 1 oder 2, dadurch gekennzeichnet, daß ein Gewebeaufbau 80 bis 100 Fäden/cm, vorzugsweise in Kettrichtung 58 Fäden/cm und in Schußrichtung 34 Fäden/cm aufweist.
4. Textilgewebe nach einem der vorstehenden Ansprüche, dadurch gekennzeichnet, daß das Mischungsverhältnis von Baumwolle zu Polyester (PES) 1:2 beträgt.
5. Textilgewebe nach einem oder mehreren der Ansprüche 1 bis 4, dadurch gekennzeichnet, daß der Schußfaden ein Mischfaser garn Nm 50 bis Nm 70, vorzugsweise Nm 68/1 ist.

6. Textilgewebe nach einem oder mehreren der Ansprüche 1 bis 5, dadurch gekennzeichnet, daß die Einzelfäden (Kapillaren) zwischen 0,8 und 1,2 dtex, vorzugsweise 0,8 dtex, bestehen.
7. Textilgewebe nach einem oder mehreren der Ansprüche 1 bis 6, dadurch gekennzeichnet" daß der Kettenfaden einen Feinheitsgrad von 76 bis 133 dtex, vorzugsweise 100 dtex, aufweist.
8. Textilgewebe nach einem oder mehreren der Ansprüche 1 bis 7, dadurch gekennzeichnet, daß der Kettenfaden und/oder der Schußfaden ein texturierter Faden ist.
9. Textilgewebe nach Anspruch 8, dadurch gekennzeichnet, daß die Polyesterfaser des Mischfasergarns antibakteriell ausgerüstet ist.
10. Textilgewebe nach Anspruch 9, dadurch gekennzeichnet, daß in die Polyesterfaser Zeolithpartikel fest eingelagert sind.
11. Textilgewebe nach einem oder mehreren der Ansprüche 1 bis 10, dadurch gekennzeichnet, daß dasselbe in vorgegebenen, an die Standardbettbreiten angepaßten Bahnbreiten, vorzugsweise von 160, 224 oder 240 cm, hergestellt wird.

Die Antragstellerin hat am 7. Januar 1998 die Löschung des Gebrauchsmusters Umfang beantragt. Das Gebrauchsmuster sei nach den §§ 1 bis 3 GebrMG nicht schutzfähig. Hierzu hat sie auf folgende Unterlagen verwiesen:

1. Prospekt "VARIOPROTECT" der Gebr. Sanders GmbH & Co. in Bramsche mit Druckdatum 11.95

2. DE 43 35 759 A1
3. DE-AS 21 61 086
4. Prospekt "DIOLEN BAKTEKILLER" der Enka AG in Wuppertal vom September 1990
5. Prospekt "SANITIZED RT 87-12" der Sanitized AG vom 20.01.1992
6. Zeitschrift "Technische Textilien" 10/92, S T134 bis T135: Viskose- und Propylenfasern mit permanenter antimikrobieller Wirkung"
7. Auszüge aus dem "Fachwörterbuch Textil", Verlag J. Lösch, Frankfurt 1975

Weiterhin hat sie geltend gemacht, die Erfindung sei nicht ausführbar, da sie nicht deutlich und vollständig genug offenbart sei.

Die Antragsgegnerin hat dem Löschungsantrag widersprochen und auf ihre am 26. August 1997 eingereichten Ansprüche verwiesen, deren Schutzfähigkeit durch den entgegengehaltenen Stand der Technik nicht berührt sei. Auch sei der Einwand der mangelnden Ausführbarkeit nicht begründet.

Durch Beschluß vom 15. Juli 1998 hat die Gebrauchsmusterabteilung I des Patentamts das Streitgebrauchsmuster gelöscht, soweit es über die Fassung der Schutzansprüche vom 26. Juli 1997 hinausgeht.

Die Antragstellerin hat gegen den Beschluß Beschwerde eingelegt.

Die Antragsgegnerin verteidigt das Gebrauchsmuster nicht mehr, soweit sein Gegenstand sich aus dem zuletzt verteidigten Schutzanspruch 2 und den Schutzansprüchen 3 bis 11, soweit sie sich auf diesen Schutzanspruch beziehen, ergibt.

Die Antragstellerin beantragt,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und das Gebrauchsmuster zu löschen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde im Umfang der beschränkten Verteidigung zurückzuweisen.

Wegen Einzelheiten des Vortrags der Beteiligten wird auf den Inhalt ihrer Schriftsätze verwiesen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist nur in dem Umfang begründet, in dem der Löschantrag über die verteidigte Fassung der angegriffenen Schutzansprüche hinausgeht. Im übrigen ist sie unbegründet. Denn insoweit ist der Löschantrag sachlich nicht gerechtfertigt.

1. Soweit die Antragsgegnerin das Gebrauchsmuster nicht verteidigt, war es ohne weiteres zu löschen, weil es an einem für die Prüfung in sachlicher Hinsicht erforderlichen Widerspruch fehlt (§ 17 Abs 1 Satz 2 GebrMG). Die Antragsgegnerin hat das Streitgebrauchsmuster von vornherein eingeschränkt verteidigt, dem Löschantrag also nur teilweise widersprochen. Soweit sie die Verteidigung zuletzt weiter eingeschränkt hat, bedeutet dies die teilweise Zurücknahme des Widerspruchs.

2. Der darüber hinausgehende Löschantrag ist unbegründet, weil der Löschananspruch mangelnder Schutzfähigkeit (§ 15 Abs 1 Nr 1 GebrMG) nicht gegeben ist.

a) Die Antragsgegnerin verteidigt das Gebrauchsmuster im eingeschränkten Umfang in zulässiger Weise. Das Merkmal des Oberbegriffs des Anspruchs 1 "...wobei der Schußfaden Pflanzenfasern enthält ..." ist sinngemäß im ursprünglichen Anspruch 4 enthalten. Dieses Merkmal des Oberbegriffs ist im Kennzeichen des Anspruch 1 auf die Zusammensetzung des Schußfadens aus Baumwoll- und Polyesterfasern eingeschränkt, was im ursprünglichen Anspruch 5 offenbart war.

b) Die Erfindung ist mit den Angaben der Ansprüche im Zusammenhang mit der Beschreibung ausführbar. Denn die Beschreibung des Schutzgegenstandes enthält nicht die von der Antragstellerin behaupteten Widersprüche, so daß ein auf dem einschlägigen Gebiet tätiger Fachmann die beanspruchte Lehre nacharbeiten kann.

Dem Gegenstand des Streitgebrauchsmusters liegt die Aufgabe zugrunde, ein Textilgewebe, insbesondere als Bezugstoff für Matratzen, Bettwäsche, Betttücher, Inletts oder dgl., zu schaffen, das für Milben und deren Ausscheidungen (Milbenkot) undurchlässig ist, so daß Hausstaubmilben-Allergiker vor einem Kontakt mit Milbenallergenen einfach und kostengünstig geschützt sind, wobei das Gewebe gleichzeitig atmungsaktive Eigenschaften besitzt.

Zuständiger Durchschnittsfachmann ist hier ein Textilingenieur mit Fachhochschulabschluß und mehrjähriger Berufserfahrung in der Weberei. Das Problem der notwendigen Dichtheit des Gewebes gegen Milbenkot ist ihm durch die Anforderung des Marktes bekannt, ebenso wie die Größe der Staubpartikel, die durch das Gewebe abgehalten werden sollen. Dieser Fachmann erhält durch den Anspruch 1 im Zusammenhang mit der genannten Aufgabe die Anweisung, das Gewebe so dicht zu weben, daß Milbenkot nicht durch die Poren zwischen den Kreuzungspunkten der Schußfäden und der Kettenfäden gelangen kann.

Dabei versteht er die Angabe der Partikelgröße von 10 bis 40 μm selbstverständlich als statistische Größe und richtet die Porengröße daraufhin aus. Somit folgert er aus den Angaben eines mittleren Wertes von 2,9 μm für den Fadenabstand (S3, 2. Abs) bzw den Faserabstand (S5, 2. Abs), daß die Staubpartikel das Gewebe nicht durchdringen dürfen, wenn der Zweck eines wirksamen Schutzes gegen Milbenallergene erreicht werden soll.

Auch die Titerangaben in den Ansprüchen 5 und 6 für den Schußfaden und die Einzelfäden widersprechen sich nicht. Die von der Antragstellerin vorgelegte Berechnung des Fadendurchmessers berücksichtigt nämlich nicht, daß das Garn durch die Vielzahl von Einzelfasern, aus der es gebildet ist und die in der Größenordnung 150 bis 200 liegt, eine wesentliche Bauschichtigkeit aufweist, infolge deren auch die Größenordnung von 1,9 bis 5 μm der angegebenen Fadenabstände erreichbar ist.

c) Der Gegenstand des Schutzanspruchs 1 in der verteidigten Fassung ist neu.

Die Neuheit der Textilgewebes nach Schutzanspruch 1 ist nicht bestritten worden und im übrigen auch gegeben. Keine der Entgegenhaltungen offenbart Mischgewebe, welches für Milbenallergene undurchlässig ist und sich aus einem Kettenfaden aus endlos gesponnenen Polyestereinzelfäden sowie aus einem Schußfaden aus einem Gemisch von Baumwoll- und Polyesterfasern zusammensetzt.

d) Die Lehre nach dem Schutzanspruch 1 beruht im Hinblick auf den berücksichtigten Stand der Technik auch auf einem erfinderischen Schritt.

Hinsichtlich Aufgabe und Lösung wird der nächstkommende Stand der Technik durch den Prospekt "VARIOPROTECT" repräsentiert. Dort wird ein reines Baumwollgewebe beschrieben, welches innenseitig mit einer Molekulareinlagerung versehen ist und für eine absolute Abschirmung von allergenen Partikeln sorgt. Da der Fachmann immer mit dem Problem befaßt ist, ein Produkt kostengünstiger

herzustellen, ist ihm ohne weiteres zumutbar, sich im Stand der Technik nach geeigneten Werkstoffen umzusehen, die den Zweck erfüllen können. So erhält er durch die DE 43 35 759 A1 die allgemeine Lehre, wegen der Hautfreundlichkeit ein Gewebe herzustellen, dessen Kettfäden aus Polyestermaterial und dessen Schußfäden aus gerauhten Baumwollfäden bestehen. Zur Verwendung von Mischfasern für die Schußfäden liefert diese Druckschrift mangels irgendeinen Hinweises in dieser Richtung keine Anregung.

Der Prospekt "DIOLEN BAKTEKILLER" schlägt für das Einsatzgebiet als Bettwäsche mit antibakterieller Ausrüstung eine Polyester-Spinnfaser vor. Dieses Material kann zu 100% oder in Mischung mit Baumwolle ausgesponnen werden. Will der Fachmann ein solches Material für seinen speziellen Einsatz als Sperre für Milbenkot verwenden, so legt es diese Schrift wegen der geforderten Hautfreundlichkeit nahe, eine Polyester-Baumwoll-Mischfaser zu verwenden, und zwar als Schußfaden und als Kettfaden. Ein Anstoß, den Kettfaden aus endlos gesponnenen Polyestereinzelfäden zu bilden, ist dieser Literaturstelle nicht entnehmbar, weil sie sich ausschließlich auf Stapelfaserverarbeitung bezieht. Somit kann sie auch keine Anregung für die Kombination der Fäden für den Kettfaden und den Schußfaden geben.

Die weiteren Entgegenhaltungen, die DE-AS 21 61 086, der Prospekt "SANITIZED RT 87-12", die Zeitschrift "Technische Textilien" sowie die Auszüge aus dem "Fachwörterbuch Textil" liegen vom Schutzgegenstand weiter entfernt als das bisher behandelte Material und können daher weder einzeln noch in der Zusammenschau zur speziellen Lösung der Erfindung anregen.

Auch ist kein Weg erkennbar, auf dem der Fachmann allein aufgrund seines fachlichen Wissens und Könnens die beanspruchte Lehre hätte auffinden können.

e) Die auf den schutzfähigen Schutzanspruch 1 unmittelbar oder mittelbar rückbezogenen Unteransprüche 3 bis 11 enthalten nähere Ausgestaltungen des Erfindungsgegenstands und werden in ihrer erfinderischen Substanz vom Hauptanspruch getragen.

3. Die Kostenentscheidung beruht für beide Instanzen auf § 18 Abs 3 Satz 2 GebrMG in Verbindung mit § 84 Abs 2 Satz 2 PatG, § 92 Abs 1 ZPO und berücksichtigt das Maß des Obsiegens bzw Unterliegens der Beteiligten im Streit um die Schutzansprüche, wie sie in beschränkter Fassung zur Registerakte gereicht und im Wege des Widerspruchs ursprünglich verteidigt worden sind. In der zuletzt (noch) verteidigten, weiter eingeschränkten Fassung der Schutzansprüche hat das Gebrauchsmuster demgegenüber eine Einbuße erfahren, die nach der Überzeugung des beschließenden Senats ein Viertel des gemeinen Werts ausmacht. Es erschien daher angemessen, die Antragsgegnerin mit 1/4 und die Antragstellerin mit 3/4 der Kosten zu belasten. Für eine weitergehende Belastung der Antragsgegnerin bestand kein Grund, weil sie von vornherein das Gebrauchsmuster nur im Umfang der Schutzansprüche vom 26. August 1997 verteidigt hat.

Daß die Billigkeit eine andere Entscheidung erfordert (vgl § 84 Abs 2 Satz 2 PatG), ist nicht ersichtlich.

Goebel

Richter Dr. Fritsch ist wegen Ausscheidens aus dem richterlichen Dienst gehindert zu unterschreiben.

Kadner

Goebel

Pr