

BUNDESPATENTGERICHT

5 W (pat) 412/99

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

wegen des Gebrauchsmusters 91 17 159

(hier: Löschantrag)

hat der 5. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 31. Juli 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Goebel sowie der Richter Dipl.-Ing. Bork und Dipl.-Ing. Bülskämper

beschlossen:

1. Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluß des Deutschen Patent- und Markenamts - Gebrauchsmusterabteilung II – vom 27. Juli 1998 wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.

G r ü n d e

I

Die Antrags- und Beschwerdegegnerin ist Inhaberin des Gebrauchsmusters 91 17 159, das am 2. Mai 1996 unter Abzweigung aus der Patentanmeldung P 41 10 124.3 (Anmeldetag: 27. März 1991) angemeldet worden ist. Das Gebrauchsmuster ist vom Deutschen Patent- und Markenamt am 20. Juni 1996 mit der Bezeichnung

Isoliermaterial für Rohrleitungen

in die Rolle eingetragen worden.

Der mit der Gebrauchsmusteranmeldung eingereichte und der Eintragung zugrunde liegende Schutzanspruch 1 lautet:

Isoliermaterial für Rohrleitungen, bestehend aus einer feuchtigkeits- undurchlässigen Außenschicht (6), die mit einer geschlossenzelligen Schaumstoffschicht (1) zu einem schlauchförmigen Verbund (7) zusammengefaßt ist, dadurch gekennzeichnet, daß insbesondere zum Zweck der Schalldämmung die Schaumstoffschicht (1) eine geringe Dichte und an deren Innenmantelfläche langgestreckte Hervorhebungen (2) und Vertiefungen (3) in Form eines Rillenprofils aufweist, die sich in Achsrichtung des schlauchförmigen Verbunds (7) erstrecken, wobei die Rillenbreite ungefähr gleich der Rillentiefe ist.

Zu den nachgeordneten Schutzansprüchen 2 bis 16 wird auf die Registerakten des Streitgebrauchsmusters verwiesen.

Die Antragstellerin hat am 14. November 1996 beim Deutschen Patent- und Markenamt die Löschung des Gebrauchsmusters beantragt. Zur Begründung führt sie aus, daß der beanspruchte Gegenstand nicht bestimmt sei, da dem kennzeichnenden Teil des Schutzanspruchs 1 das Wort "insbesondere" vorangestellt sei, ohne daß eindeutig erkennbar sei, auf welche Merkmale sich dieses Wort beziehe. Außerdem sei die Inanspruchnahme des Anmeldetags der Patentanmeldung P 41 10 124.3 für das Streitgebrauchsmuster zu Unrecht erfolgt, da das Streitgebrauchsmuster nicht dieselbe Erfindung wie die Patentanmeldung betreffe. Denn der Schutzanspruch 1 des Streitgebrauchsmusters weise einerseits nicht alle Merkmale des Patentanspruchs 1 der zugrunde liegenden Patentanmeldung auf und sei andererseits durch die Aufnahme zusätzlicher Merkmale geändert. Weiter weise die Patentanmeldung insgesamt 21 Ansprüche und das Streitgebrauchsmuster lediglich 16 Ansprüche auf. Bei Unwirksamkeit der Abzweigung sei die zur Patentanmeldung P 41 10 124.3 veröffentlichte Offenlegungsschrift, die vor dem Anmeldetag des Streitgebrauchsmusters veröffentlicht worden sei, als Stand der Technik zu berücksichtigen. Demgegenüber sei dann

das Beanspruchte nicht neu. Außerdem seien die mit dem Streitgebrauchsmuster beanspruchten Gegenstände auch deshalb nicht schutzfähig, weil sie aus den Druckschriften WO 89/12199 A1, DE 26 16 067 A1, FR 2 383 782 A, DE 32 11 764 A1, DE 28 02 110 A1 und DE 38 02 322 A1 bekannt seien oder durch diese nahegelegt würden.

Die Antragsgegnerin hat dem Löschungsantrag widersprochen. Ihrer Meinung nach ist die Abzweigung wirksam, da alle Merkmale der abgezweigten Gebrauchsmusteranmeldung in den gesamten Unterlagen der zugrunde liegenden Patentanmeldung ohne weiteres als zur Erfindung gehörig erkennbar offenbart seien. Der Schutzanspruch 1 bringe außerdem für den zuständigen Fachmann unmißverständlich zum Ausdruck, was unter Schutz gestellt werde. Der aus dem Schutzanspruch 1 so entnehmbare Gegenstand sei schutzfähig, da keine der Entgegenhaltungen eine Anregung zu einem wie beansprucht gestalteten Axialrillenprofil zum Zwecke der Schalldämmung gebe.

Die Gebrauchsmusterabteilung II hat in der Sitzung vom 27. Juli 1998 den Löschungsantrag zurückgewiesen. Das Streitgebrauchsmuster nehme den Anmeldetag der zugrunde liegenden Patentanmeldung zu Recht in Anspruch, da Schutz für ein und dieselbe Erfindung begehrt werde. Denn alle Merkmale des Schutzanspruchs 1 fänden ihre Stütze in der ursprünglichen Offenbarung der Patentanmeldung. Der Schutzanspruch 1 leide auch nicht am Mangel der Unbestimmtheit seines Gegenstandes, da eine Ausweitung des mit "insbesondere" umschriebenen Merkmals auf über den Zweck der Schalldämmung hinausgehende Merkmale im Hinblick auf den Offenbarungsgehalt des Streitgebrauchsmusters für den zuständigen Fachmann, der auf dem Gebiet der Schalldämmung tätig sei, abwegig erscheine. Keine der angeführten Entgegenhaltungen zeige einen schlauchförmigen Verbund mit dem beanspruchten Rillenprofil oder könne dieses nahelegen, so daß der beanspruchte Gegenstand schutzfähig sei.

Gegen diesen Beschluß wendet sich die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde. Sie macht zusätzlich geltend, daß die Abzweigung auch deshalb unwirksam sei, weil Patentanmelderin und Gebrauchsmusteranmelderin nicht dieselbe Person seien. Patentanmelderin sei nämlich die E. ... GmbH & Co., Stuttgart, die nicht identisch sei mit der E. ... GmbH, Stuttgart, die die Abzweigung erklärt habe.

Im übrigen sehe sie eine Unbestimmtheit des Schutzanspruchs 1 auch hinsichtlich der Merkmale gegeben, daß die Rillenbreite ungefähr gleich der Rillentiefe sei und daß der Schaumstoff eine geringe Dichte aufweise. Es sei nämlich nicht angegeben, wie Rillenbreite und Rillentiefe definiert seien und was unter geringer Dichte zu verstehen sei. Zur Frage der Schutzfähigkeit des Schutzanspruchs 1 weist sie noch auf die DD 247 586 A3 und auf eine geriffelte Schaumfolie hin, die nach ihren Angaben bereits vor dem Anmeldetag der in Anspruch genommenen Patentanmeldung im Inland vertrieben worden sein soll. Als weiteren Grund für die Schutzunfähigkeit führt die Antragstellerin an, daß der Gegenstand nach Schutzanspruch 1 nicht ausführbar sei, da er nicht alle zur Lösung der Aufgabe wesentlichen Merkmale enthalte. Zu den Unteransprüchen trägt sie vor, daß die Lehren nach den Schutzansprüchen 8 bis 16 im Widerspruch zu der nach dem Schutzanspruch 1 stünden.

Die Antragstellerin beantragt,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und das Gebrauchsmuster zu löschen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Nach ihrer Auffassung ist die Abzweigung wirksam, der Schutzanspruch 1 klar und die darin angegebene Erfindung ausführbar. Außerdem sei die Schutzfähigkeit des beanspruchten Gegenstandes gegeben. Denn bereits die dem Streitgebrauchsmuster zugrunde liegende Aufgabe sei Teil der Erfindung, da eine Optimierung des Isoliermaterials für Rohrleitungen hinsichtlich Schalldämmung bisher nicht in Betracht gezogen worden sei. Hinzu komme, daß keine der Entgegenhaltungen die beanspruchte Rillenstruktur nahelegen könne. Für das Vorliegen eines erfinderischen Schritts spreche außerdem, daß erhebliche Anstrengungen erforderlich gewesen seien, um ausgehend von den aus dem Stand der Technik bekannten Isoliermaterialien die beanspruchte Lösung aufzufinden, und daß der beanspruchte Gegenstand, der ein Massenartikel sei, durch Wettbewerber nachgeahmt werde.

Die Sache wurde am 6. April 2000 vor dem beschließenden Senat verhandelt. In der mündlichen Verhandlung wurde das Einverständnis der Verfahrensbeteiligten zum Übergang ins schriftliche Verfahren erklärt. Die Beteiligten haben noch zur Frage der personellen Identität von Gebrauchsmuster- und Patentanmelderin vorgebracht.

Wegen der Einzelheiten des angefochtenen Beschlusses und des weiteren Vorgehens der Beteiligten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Denn der Löschantrag ist nicht begründet. Der geltend gemachte Löschananspruch mangelnder Schutzfähigkeit (§ 15 Abs 1 Nr 1 GebrMG) ist nicht gegeben.

1. Der Löschantrag scheitert nicht schon an einer etwa fehlgeschlagenen wirksamen Zustellung an die Inhaberin des Gebrauchsmusters nach § 17 Abs 1 Satz 1 GebrMG. Zwar ist der gegen die in der Gebrauchsmusterrolle als Inhaberin eingetragene E. ... GmbH gerichtete Löschantrag vom 13. November 1996 erst am 3. Februar 1997 und damit zu einem Zeitpunkt zugestellt worden, nachdem die E. ... GmbH am 27. Dezember 1996 im Wege eines Formwechsels nach §§ 190 ff UmwG in die E. ... GmbH & Co. ungewandelt worden ist. Damit ist aber die rechtliche Identität der in der Rolle eingetragenen Inhaberin nicht berührt worden. Denn unbeschadet der anderen Rechtsform, die der Rechtsträger durch den Formwechsel nach § 190 UmwG erhält, besteht er in seiner neuen Rechtsform gemäß § 202 UmwG weiter (vgl Sagasser-Sickinger, Umwandlungen (2), S 631, 605). Damit ist auch der Widerspruch gegen die Löschung, der unter der Bezeichnung E. Missel GmbH erklärt worden ist, wie in § 17 Abs 1 Satz 2 GebrMG vorgeschrieben von der Inhaberin und nicht von einem dritten Rechtsträger erklärt worden. Die nach der Änderung der falsch gewordenen Bezeichnung der Gebrauchsmusterinhaberin in der Rolle im Beschwerdeverfahren erfolgte Umstellung der Beteiligtenbezeichnung (jetzt: E. ... GmbH & Co.) hat die Identität der ursprünglichen Antragsgegnerin nicht berührt.

y2. Die Erfindung betrifft nach der Beschreibungseinleitung des Streitgebrauchsmusters ein Isoliermaterial für Rohrleitungen, das aus einer feuchtigkeitsundurchlässigen Außenschicht und einer geschlossenzelligen Schaumstoffschicht besteht. Außenschicht und Schaumstoffschicht sind zu einem schlauchförmigen Verbund zusammengefaßt.

Mit derartigen Isoliermaterialien werden beispielsweise Abwasserrohre ummantelt. Auf diese Weise kann durch Absorption der im Abwasserrohr entstehenden Geräusche durch das Isoliermaterial aber lediglich bis zu einem gewissen Maß eine Verringerung der nach außen hörbaren und somit störenden Geräusche erreicht werden.

Die Erfindung ist darauf gerichtet, ein Isoliermaterial zu schaffen, mit dem ein möglichst guter Schalldämmeffekt erzielbar ist.

Zur Lösung dieses Problems schlägt das Streitgebrauchsmuster ein Isoliermaterial für Rohrleitungen mit folgenden Merkmalen vor:

1. Isoliermaterial für Rohrleitungen,
2. bestehend aus einer feuchtigkeitsundurchlässigen Außenschicht (6)
3. und einer geschlossenzelligen Schaumstoffschicht (1);
4. beide sind zu einem schlauchförmigen Verbund (7) zusammengefaßt.

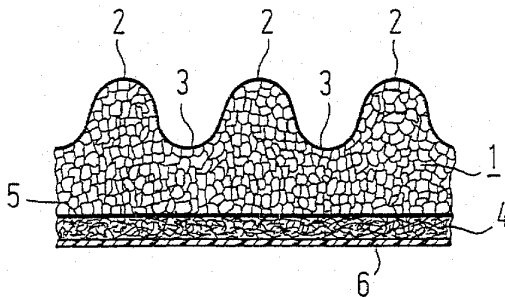
- Oberbegriff -

5. Insbesondere zum Zweck der Schalldämmung ist vorgesehen:
6. die Schaumstoffschicht (1) weist eine geringe Dichte auf;
7. die Schaumstoffschicht weist an der Innenmantelfläche langgestreckte Hervorhebungen (2) und Vertiefungen (3) in Form eines Rillenprofils auf;

8. die Hervorhebungen (2) und Vertiefungen (3) erstrecken sich in Achsrichtung des schlauchförmigen Verbunds (7);
9. die Rillenbreite ist ungefähr gleich der Rillentiefe.

- Kennzeichen -

Fig.1



In der nebenstehenden Fig 1 des Streitgebrauchsmusters ist das flächige Ausgangsmaterial des erfindungsgemäßen Isoliermaterials dargestellt. Auf der feuchtigkeitsundurchlässigen Außenschicht (Folie 6) ist unter Zwischenschaltung einer Faserschicht 4 die Schaumstoffschicht 1 angeordnet,

die Hervorhebungen 2 und Vertiefungen 3 in Form eines Rillenprofils aufweist. Dieses Ausgangsmaterial wird dann zu einem schlauchförmigen Verbund in Form eines Dämmschlauches zur Verwendung beispielsweise bei Abwasser- und Fallrohren geformt. Auf dieses als schlauchförmiger Verbund gestaltete Isoliermaterial bezieht sich der Schutzanspruch 1. Daraus ergibt sich, daß sich die Angaben zur Geometrie des Rillenprofils (Merkmal 9) ebenfalls auf diesen schlauchförmigen Verbund und nicht auf dessen Ausgangsmaterial beziehen.

3. Es kann nicht festgestellt werden, daß der verteidigte Gegenstand nicht schutzfähig (§§ 1 bis 3 GebrMG) ist.

3.1 Der Schutzanspruch 1 des Streitgebrauchsmusters enthält eine ausreichend bestimmte technische Lehre.

Soweit die Antragstellerin ausführt, daß der Schutzanspruch 1 offenlasse, wo das mit "insbesondere" eingeleitete Merkmal ende, wird den Ausführungen im ange-

fochtenen Beschluß zugestimmt, daß eine Ausweitung des mit "insbesondere" eingeleiteten Merkmals auf über den Zweck der Schalldämmung hinausgehende Merkmale im Hinblick auf den Offenbarungsgehalt des Streitgebrauchsmusters für den Fachmann abwegig ist. Die Breite und Tiefe der Rillen ist – entgegen den Ausführungen der Antragstellerin – bereits im Schutzanspruch 1 definiert durch die Hervorhebungen und Vertiefungen in Form eines Rillenprofils an der Innenmantelfläche der Schaumstoffschicht, wobei unter Breite der Rillen der in Umfangsrichtung gemessene Abstand zwischen zwei Hervorhebungen und unter Tiefe der radiale Abstand zwischen einer Hervorhebung und einer Vertiefung zu verstehen ist. Das Merkmal "Schaumstoffschicht geringer Dichte" im Schutzanspruch 1 gibt dem Fachmann die für eine Ausführung ausreichende Richtung an, unter den für die Rohrisolierung geeigneten Schaumstoffen diejenigen mit geringer Dichte auszuwählen, die gute Schalldämmeigenschaften aufweisen.

3.2 Der Schutzanspruch 1 des Streitgebrauchsmusters enthält unter Berücksichtigung der weiteren Unterlagen des Streitgebrauchsmusters eine ausführbare technische Lehre.

Mit dem verteidigten Isoliermaterial werden beispielsweise Abwasserrohre ummantelt, in denen störende Geräusche entstehen können. Diese Ummantelung soll einen möglichst guten Schalldämmeffekt erzielen. Mit dem im Schutzanspruch 1 angegebenen Isoliermaterial ist die beabsichtigte Wirkung der Schalldämmung zu erreichen.

Unter "Dämmung" des Schalls versteht der zuständige Fachmann die Verminderung der Ausbreitung von Luft- oder Körperschall durch Reflexion der sich ausbreitenden Schallenergie an Unstetigkeitsstellen unter gegenseitiger Überlagerung und evtl Auslöschung der Schallwellen (vgl Rieländer, Michael: Reallexikon der Akustik, 1982, Verlag Erwin Bochinsky, Frankfurt/Main, Anlage MFP 1). Zu unterscheiden hiervon ist die "Dämpfung" des Schalls, bei der eine Verminderung

der Ausbreitung von Luft- und Körperschall durch Umwandlung von Schwingungs- in Wärmeenergie erfolgt.

Bei dem mit dem Schutzanspruch 1 umschriebenen Gegenstand liegen Reflektionsstellen, die eine Schalldämmung der Schallenergie bewirken, an der Wand des Rillenprofils der Schaumstoffschicht, an den Wänden der einzelnen Zellen der Schaumstoffschicht und am Übergang von der Schaumstoffschicht zur feuchtigkeitsundurchlässigen Außenschicht vor. Einer Aufnahme weiterer Merkmale in den Schutzanspruch 1 bedarf es daher nicht.

3.3 Die Schutzansprüche 8 bis 16 stehen nicht im Widerspruch zur Lehre nach Schutzanspruch 1.

Im Schutzanspruch 1 ist angegeben, daß das Isoliermaterial aus einer feuchtigkeitsundurchlässigen Außenschicht besteht, die mit einer Schaumstoffschicht zu einem schlauchförmigen Verbund zusammengefaßt ist. Dies schließt bereits rein sprachlich nicht aus, daß dieser schlauchförmige Verbund noch weitere Schichten umfaßt. Da außerdem bei der Interpretation des Schutzanspruchs 1 die Beschreibung und die Figuren heranzuziehen sind, ergibt sich aus der Fig 1 mit der zugehörigen Beschreibung unmittelbar, daß zwischen der Außenschicht und der Schaumstoffschicht eine als Vlies ausgebildete Faserschicht angeordnet sein kann. Um mit dieser Faserschicht besonders gute Dämmeigenschaften zu erreichen, kann sie eine geringe Dichte und einen vergleichsweise hohen Luftanteil aufweisen (S 2, letzter Abs des Streitgebrauchsmusters). Diese Ausgestaltung führt somit zu einer weiteren Verbesserung der mit der Erfindung angestrebten guten Schalldämmung, so daß sich die hierauf gerichteten Schutzansprüche 8 bis 16 dem Schutzanspruch 1 ohne weiteres als vorteilhafte Weiterbildungen des damit beanspruchten Gegenstandes anschließen können.

4. Das mit dem Schutzanspruch 1 beanspruchte Isoliermaterial ist neu.

4.1 Maßgebend für den Zeitrang des Gebrauchsmusters ist der Anmeldetag der Patentanmeldung P 41 10 124.3, der nach § 5 GebrMG mit der Abzweigungserklärung wirksam in Anspruch genommen worden ist.

4.1.1 Bei Einreichung der Anmeldung durfte die Abzweigung von der Anmelderin erklärt werden. Die hiergegen von der Antragstellerin vorgebrachten Einwände sind nicht berechtigt. Denn es steht außer Zweifel, daß die Anmelderin Inhaberin des auf die Patentanmeldung, die der Abzweigung zugrunde liegt, erteilten Patents ist. Ob die Inhaberschaft aufgrund Rechtsnachfolge - unter Wechsel der Person des Inhabers - oder aufgrund Anwachsung - unter Wahrung der Identität des Inhabers - begründet ist, kann dahinstehen. Denn in jedem Fall ist die Anmelderin als Inhaberin des Patents auch zur Abzweigung befugt gewesen.

Die Abzweigungsbefugnis ist, anders als die Antragstellerin meint, nicht ein für alle Male an die Person der Patentanmelderin gebunden, sondern folgt der jeweiligen Inhaberschaft an der Patentanmeldung, kann also zusammen mit der Anmeldung auf einen Rechtsnachfolger übergehen. Denn sie ist kein höchstpersönliches Recht des Patentanmelders, sondern - insoweit dem Prioritätsrecht vergleichbar, das dem jeweiligen Inhaber einer Patentanmeldung die Befugnis verleiht, den Anmeldetag der Patentanmeldung als Zeitvorrang für eine spätere Patentanmeldung in Anspruch zu nehmen (vgl Benkard (9) PatG § 40 Rdn 11; Gobel, GRUR 1988, 243) - eine aus der mit der Patentanmeldung begründeten Rechtsposition fließende Befugnis des jeweiligen Inhabers, den Anmeldetag der Patentanmeldung als Zeitrang für eine spätere Gebrauchsmusteranmeldung in Anspruch zu nehmen. Die durch die Anmeldung zur Erteilung eines Patents begründete vermögensrechtliche Rechtsstellung, der Anspruch auf Erteilung eines Patents, ist dem freien Rechtsübergang zugänglich (§ 15 Abs 1 PatG, vgl Benkard (9) PatG § 15 Rdn 2). Die Abzweigungsbefugnis rechnet zu dieser Rechtsstellung. Ein rechtfertigender Grund dafür, daß diese Befugnis beim Rechtsübergang der Patentanmeldung nicht grundsätzlich übergehen sollte, ist nicht ersichtlich.

Steht die Abzweigungsbefugnis aber bei dem jeweiligen Inhaber der Patentanmeldung, gegebenenfalls also beim Rechtsnachfolger des ursprünglichen Anmelders, so ist kein Grund ersichtlich, warum entsprechendes nicht auch nach Erteilung eines Patents auf die Patentanmeldung gelten sollte. Das Gesetz geht davon aus, daß Abzweigungen auch noch nach Erteilung eines Patents erklärt werden dürfen (vgl § 5 Abs 1 Satz 3 GebrMG). Eine Einschränkung der Befugnis zur Abzweigung auf die Person des ursprünglichen Anmelders unter Ausschluß seines Rechtsnachfolgers ist auch für den Fall der Erteilung eines Patents auf die Patentanmeldung im Gesetz nicht vorgesehen worden.

4.1.2 Die Anmelderin des Gebrauchsmusters hat gemäß § 5 Abs 1 GebrMG für dieselbe Erfindung bereits früher ein Patent, und zwar mit der Patentanmeldung P 41 10 124.3, nachgesucht. Allerdings stimmt die Gebrauchsmusteranmeldung mit der Patentanmeldung nicht in vollem Umfang überein. Zwar stimmen in den Anmeldungsunterlagen die Beschreibungen überein. Die Patentanmeldung weist aber mehr und anders formulierte Ansprüche auf.

Bei der Frage nach der Wirksamkeit der Abzweigung ist aber auch dann von "derselben Erfindung" auszugehen, wenn der Gegenstand der abgezweigten Gebrauchsmusteranmeldung in der zugrunde liegenden Patentanmeldung zwar nicht in wörtlicher Übereinstimmung, aber doch für den Fachmann ohne weiteres erkennbar als Erfindung offenbart ist (vgl BPatGE 35, 1 - Scheibenzusammenbau). Ein solcher Fall liegt hier vor.

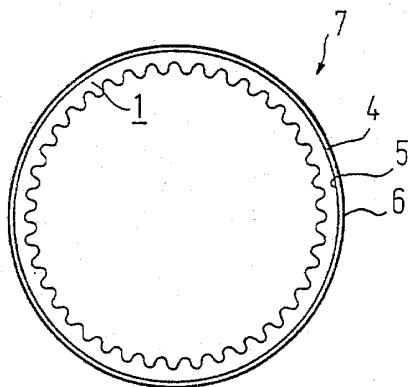
Der Schutzanspruch 1 des Streitgebrauchsmusters stellt nämlich eine Zusammenfassung der Merkmale der Patentansprüche 1, 4, 5 und 13 der Patentanmeldung dar, wobei in zulässiger Weise das Merkmal der "mechanisch stabilen" Außenschicht entfallen ist. Der Gegenstand nach dem Schutzanspruch 1 zielt auf einen möglichst guten Schalldämmeffekt, wie auch aus der in der Beschreibung von Gebrauchsmuster- und Patentanmeldung formulierten Aufgabe ersichtlich ist. Dieses Ziel wird im wesentlichen durch die besondere Gestaltung der Innenman-

telfläche erreicht. Ob die Außenschicht mechanisch stabil ist oder nicht, ist hierfür bedeutungslos. Lediglich bei besonderer äußerer Belastung des Isoliermaterials, zB bei Einsatz auf Baustellen (vgl S 3 Abs 2 der jeweiligen Beschreibung), gewinnt diese Stabilität als vorteilhafte Weiterbildung für einen bestimmten Zweck Bedeutung. Auf diesen besonderen Einsatz ist der als Erfindung offenbarte Gegenstand aber nicht beschränkt.

Die Merkmale des Schutzanspruchs 2 sind auf S 1, letzter Abs der am Anmeldetag zur Patentanmeldung P 41 10 124.3 eingereichten Unterlagen offenbart. Die Schutzansprüche 3 bis 16 entsprechen den Patentansprüchen 12, 10, 11, 9, 2, 3 und 14 bis 21.

Vergeblich macht die Antragstellerin geltend, sie habe bei der am Anmeldetag der Patentanmeldung herrschenden Rechtslage für den Fall einer Abzweigung von dem Erfordernis einer völligen Identität der Ansprüche ausgehen können. Die Rechtsprechung hat erstmals mit der vorgenannten Entscheidung des abschließenden Senats die Frage der gegenständlichen Identität beantwortet. Für einen Schutz des Vertrauens in eine andere Auslegung der erst im Jahre 1987, also weniger als fünf Jahre vor dem Anmeldetag der Patentanmeldung eingeführten Abzweigungsregelung sind keine rechtfertigenden Gründe ersichtlich.

Fig. 2



4.2 Nach dem Schutzanspruch 1 des Streitgebrauchsmusters sind die Außenschicht und die Schaumstoffschicht des Isoliermaterials zu einem schlauchförmigen Verbund zusammengefaßt; das Isoliermaterial weist somit die Form eines Isolierschlauches auf, der um das zu isolierende Rohr gelegt wird. Für diesen Isolierschlauch - und nicht für dessen flaches Ausgangsmaterial - gilt die im Schutzanspruch 1 angegebene Bemessung, daß die

Rillenbreite ungefähr gleich der Rillentiefe ist. Ein derartiger Isolierschlauch ist in der nebenstehenden Fig 2 des Streitgebrauchsmusters dargestellt.

Das Merkmal, daß bei einem zu einem schlauchförmigen Verbund zusammengefaßten Isoliermaterial die Rillenbreite ungefähr gleich der Rillentiefe ist, ist bei keiner der im Beschwerdeverfahren angeführten Entgegenhaltungen erfüllt. Dies räumt die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 17. März 2000 zuletzt auch zu den von ihr anfangs hierzu angeführten Druckschriften WO 89/12199 A1 und DD 247 586 A3 ein.

5. Das beanspruchte Isoliermaterial ist auch das Ergebnis eines erfinderischen Schrittes.

Keine der angeführten Entgegenhaltungen betrifft das Problem, die von Rohrleitungen ausgehenden Geräusche durch Isoliermaterial zu reduzieren, und keine zeigt den Lösungsansatz, den dem Fachmann im übrigen allgemein bekannten Weg von Schalldämpfungsmaßnahmen zu verlassen und demgegenüber Maßnahmen zur Schalldämmung einzusetzen und zu diesem Zweck ein Isoliermaterial mit dem im Schutzanspruch 1 angegebenen Rillenprofil vorzusehen..

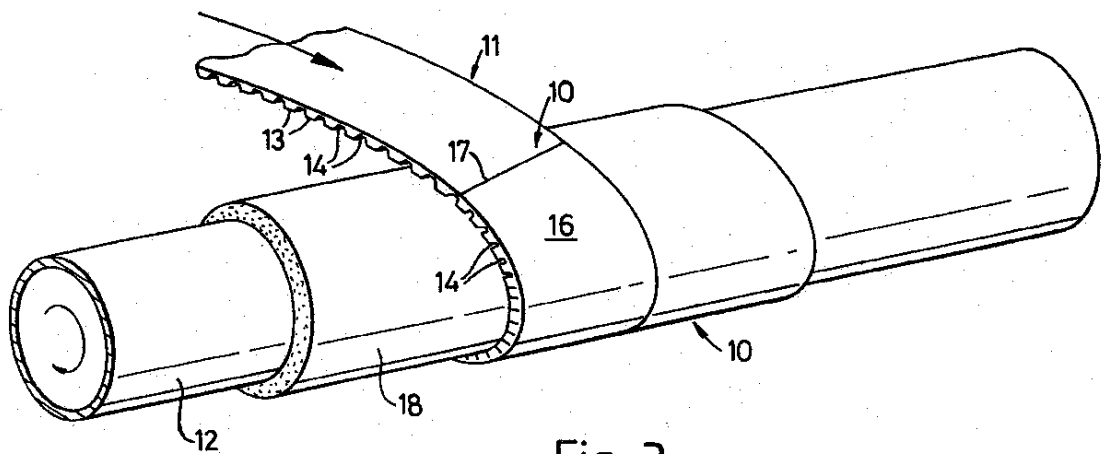


Fig. 3

Aus der WO 89/12199 A1, dessen Fig 3 vorstehend wiedergegeben ist, ist ein Isoliermaterial zur Wärmeisolierung von Unterwasserrohrleitungen bekannt, das im wesentlichen aus Stäben 13 aus hartem PVC-Schaum besteht, die an einer Seite über eine flexible Basis, die möglicherweise eine feuchtigkeitsundurchlässige Außenschicht aufweist, miteinander verbunden sind (aaO, S 2, Z 24 bis 33). Dieses Isoliermaterial wird als Flachmaterial hergestellt. Zur Anbringung wird das Isoliermaterial diagonal um die Rohrleitung 12 gewickelt. Dabei ordnen sich die Stäbe 13 in Axialrichtung der Rohrleitung an, und die Rillen 14 zwischen den Stäben 13 schließen sich nahezu vollständig, wie der vorstehenden Fig 3 dieser Schrift zu entnehmen ist (vgl auch aaO S 4, Z 15 bis 20 und S 5, Z 2 bis 4). Nur mit zumindest weitgehend geschlossenen Rillen bildet das Isoliermaterial eine sich über den gesamten Umfang die Rohrleitung erstreckende effektive Isolierschicht aus Schaumstoff. Offenbleibende Rillen würden jedenfalls zu Wärmebrücken führen und die isolierende Wirkung verringern. Um diese die Rohrleitung nahezu geschlossen umgebende Isolierschicht zu erreichen, sind der Neigungswinkel der Stäbe bezüglich der Ausgangsmaterials 11 sowie die Breite, Tiefe und die Form der Stäbe jeweils in Anpassung an den Durchmesser der Rohrleitung und die Dicke des Isoliermaterials auszulegen (aaO, S 4, Z12 bis 15). Diese Druckschrift führt danach vom Beanspruchten weg, da nach Anbringung des Isoliermaterials gerade keine nennenswerten Rillen zwischen den Stäben verbleiben dürfen.

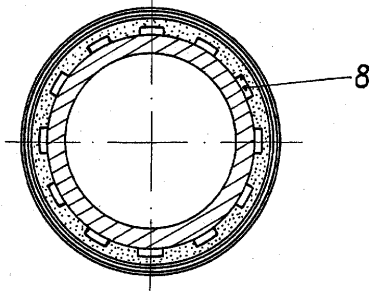


Fig. 1

Auch das aus der DD 247 586 A3 bekannte Isoliermaterial (siehe nebenstehende Fig 1) ist hinsichtlich der Wärmedämmung optimiert, da es zur Isolierung von Rohrleitungen in Fernwärme-Versorgungssystemen verwendet wird (aaO, Zusammenfassung). Es besteht aus einem geschäumten Polymer, vorzugsweise Polyethylen, und trägt auf seiner Außenseite eine beidseitig mit Polymerschichten kaschierte Aluminiumfolie. Das Isoliermaterial weist auf seiner Innenseite Rillen 8 auf, die sich in Achsrichtung des Isoliermaterials erstrecken. Diese Rillen dienen dazu, den Materialaufwand zu verringern und das Aufschieben der Isolierung auf das zu isolierende Rohr zu erleichtern. Die Rillen weisen nicht die im Streitgebrauchsmuster beanspruchte Form auf, sondern sind entweder rechteckig oder halbkreisförmig ausgebildet, wobei die Rillenbreite mindestens doppelt so groß ist wie die Rillentiefe. Außerdem sind in der DD 247 586 A3 keine Aussagen über die Dichte der Schaumstoffschicht enthalten.

Das Problem der Schallisolierung spielt bei Fernwärme-Versorgungssystemen offensichtlich keine Rolle, so daß der zuständige Fachmann dieses Isoliermaterial nicht ohne weiteres zur Schallisolierung von Abwasserrohren in Betracht ziehen dürfte. Daraus folgt zwangsläufig, daß auch jede Anregung fehlt, das Isoliermaterial hinsichtlich der Rillenstruktur und der Dichte der Schaumstoffschicht so zu optimieren, daß - wie mit der Gestaltung nach Schutzanspruch 1 des Streitgebrauchsmusters - eine gute Schalldämmung erreicht wird.

Eine Anregung hierzu kann auch von der geriffelten Schaumfolie, die nach Angaben der Antragstellerin bereits vor 1991 im Inland vertrieben worden sein soll und von der sie ein - allerdings nachträglich verändertes - Modell vorgelegt hat, nicht ausgehen. Denn wie die Antragsgegnerin glaubhaft dargelegt hat (vgl Anlage MFP 5), wurde diese Schaumfolie allein für Verpackungszwecke und nicht als Folie zur

Schalldämmung verwendet. Einen Einsatz dieser Schaumfolie vor dem Anmeldetag des Streitgebrauchsmusters als Isoliermaterial für Rohrleitungen hat auch die Antragstellerin nicht behauptet. Erst nach dem Anmeldetag des Streitgebrauchsmusters wurde auf Anregung der Antragsgegnerin der Einsatz derartiger Riffelfolien zur Schallisolierung in Betracht gezogen. Dabei hat die Antragsgegnerin, die nach ihren Angaben erst nach erheblichen Anstrengungen und nach Durchführung umfangreicher Versuche und Untersuchungen ein für die Schallisolierung geeignetes Isoliermaterial hinsichtlich der Schalldämmung optimiert hatte, dem Hersteller dieser Folien eine spezielle Riffelstruktur vorgeschlagen, die den Anforderungen der Schallisolierung genügt. Dies spricht ebenso wie die Vielzahl der Nachahmungen des geschützten Isoliermaterials durch Wettbewerber für das Vorliegen eines erfinderischen Schrittes. Es kann daher dahinstehen, ob diese Folie der Öffentlichkeit als zu berücksichtigender Stand der Technik zugänglich gemacht wurde.

Die weiteren im Beschwerdeverfahren lediglich zu den Unteransprüchen angeführten Entgegenhaltungen geben ebenfalls keine Anregungen zum beanspruchten Gegenstand.

Aus "Ullmanns Encyklopädie der technischen Chemie", 4. Aufl, Bd 20, 1980, S 423 ist lediglich die dem Fachmann allgemein bekannte Tatsache zu entnehmen, daß sich Polyäthylen-Schaumstoffe unter anderem für Rohrummantelungen, zur Wärmedämmung oder zur Dämpfung von Körperschall eignen. Für den Einsatz dieses Schaumstoffes zur Schalldämmung und für die konkrete Gestaltung eines Isoliermaterials mit einem Rillenprofil fehlt jedoch jede Anregung.

Die Isoliermaterialien nach den Missel-Prospekt "misselfix-garant", 11/89 (Druckschrift 11) und dem Prospektblatt Misselfix-Garant, 10/90 (Druckschrift 12) weisen ebenso wie das aus der EP 0 176 721 A2 oder der DE 86 03 674 U1 bekannte Isoliermaterial bereits kein in Axialrichtung der Rohrleitung verlaufendes Rillenprofil, sondern eine glatte Innenfläche auf. Zwar wird im Prospekt "Misselfix-

Garant" Körperschallausbreitung angesprochen. Als Abhilfe sind jedoch keine Schalldämmungsmaßnahmen vorgesehen, sondern das Isoliermaterial ist außen mit einem reißfesten Gittergewebe ausgerüstet, um Beschädigungen des Isoliermaterials zu vermeiden und eine Körperschallentkoppelung zwischen der Rohrleitung und der Umgebung sicherzustellen.

Die weiteren Entgegnungen sind vom Gegenstand des Streitgebrauchsmusters offensichtlich noch weiter entfernt.

6. Auch im Umfang der auf den Schutzanspruch 1 rückbezogenen Schutzansprüche 2 bis 16 ist der Lösungsanspruch nicht gegeben, da sie zweckmäßige Ausgestaltungen des Isoliermaterials nach Schutzanspruch 1 enthalten, die nicht selbstverständlich sind.

7. Der Senat ist nach der mündlichen Verhandlung vom 6. April 2000 mit Einverständnis der Beteiligten ins schriftliche Verfahren übergegangen und hat eine erneute mündliche Verhandlung nicht für sachdienlich erachtet.

8. Die Kostenentscheidung beruht auf § 18 Abs 3 Satz 2 GebrMG iVm § 84 Abs 2 PatG, § 97 Abs 1 ZPO. Die Billigkeit erfordert keine andere Entscheidung.

9. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen, weil mit der Frage, ob "dieselbe Erfindung" iSd § 5Abs 1 GebrMG bereits dann nicht vorliegt, wenn die abgezweigte Gebrauchsmusteranmeldung im Wortlaut von der zugrundeliegenden Patentanmeldung abweicht, eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden ist (§ 100 Nr 1 PatG).

Goebel

Bork

Bülskämper

Pr