



BUNDESPATENTGERICHT

21 W (pat) 303/04

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
8. Juli 2004

...

BESCHLUSS

In der Einspruchssache

...

gegen

das Patent 101 27 794

...

...

hat der 21. Senat (Technischer Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dipl.-Phys. Dr. Winterfeldt sowie der Richter Dipl.-Ing. Klosterhuber, Kätker und Dipl.-Phys. Dr. Maksymiw

beschlossen:

Nach Prüfung des Einspruchs wird das Patent widerrufen.

Gründe

I

Auf die am 7. Juni 2001 unter Inanspruchnahme der inneren Priorität vom 31. August 2000 (DE 100 42 776) beim Deutschen Patent- und Markenamt eingereichte und am 28. März 2002 offengelegte Patentanmeldung ist das Patent mit der Bezeichnung "Verkaufstheke, insbesondere für Backwaren" erteilt worden. Die Veröffentlichung der Patenterteilung ist am 17. April 2003 erfolgt.

Gegen das Patent ist Einspruch erhoben worden.

Dem Einspruchsverfahren liegt das Patent in der erteilten Fassung zugrunde.

Der Patentanspruch 1 lautet:

"Verkaufstheke (1), insbesondere für Backwaren, mit einem Thekenständer (2) und mit einem oberhalb des Thekenständers (3) angeordneten, von einer insbesondere von vorne und von oben für das Käuferpublikum durchsichtigen Umgrenzung (6) bereichsweise umgebenden Warenpräsentationsraum (5) mit einer den Warenpräsentationsraum (5) nach unten hin abschließenden Hauptausstellungsablage (9) und einer oberhalb der Hauptausstellungsablage (9) anzuordnenden Zwischenausstellungsablage (10), **dadurch gekennzeichnet**, daß die Zwischenausstellungsablage (10) in ihrer Außerbetriebsstellung in einem unterhalb der Hauptausstellungsablage gelegenen Thekenständerraum (3) angeordnet und zur Aufnahme eines mengenmäßig erhöhten Warenangebotes in der Verkaufstheke (1) durch eine hinter der Ausstellungsablage (9) gelegene Öffnung in den Warenpräsentationsraum (5) verschwenkbar ist."

Dem Gegenstand des Patents liegt die Aufgabe zugrunde, eine Verkaufstheke nach den Merkmalen im Oberbegriff des Patentanspruchs 1 zu schaffen, die es mit baulich einfacheren Mitteln ermöglicht, wahlweise über eine Zwischenablagefläche ein erhöhtes Warenangebot aufzunehmen, die jedoch darüber hinaus auch geeignet ist, nur die Hauptausstellungsfläche nutzen zu können (Patentschrift Sp 1 Zn 47 ff).

Die Einsprechende stützt ihren Einspruch unter anderem auf folgende Entgeghaltung:

(D2) DE 200 21 564 U1.

Zur Begründung führt die Einsprechende aus, die Priorität des Patents sei zu Unrecht in Anspruch genommen. Dabei komme es für die Auslegung der Unterlagen der Prioritätsanmeldung im Hinblick auf die identische Offenbarung darauf an, wie die Lösung der zugrundeliegenden Aufgabe realisiert werde. In der Patentschrift der Prioritätsanmeldung heiße es dazu in Spalte 1 Zeilen 65 bis Spalte 2 Zeile 4 eindeutig, "... indem über den vorgesehenen Schlitten die Zwischenablagefläche vom Warenpräsentationsraum weg bewegt wird unter gleichzeitiger Freigabe der Öffnung für den Raum unterhalb der Hautausstellungsablage ..." Der Fachmann löse somit die Aufgabe dadurch, dass die Zwischenablage an einem Schlitten schwenkbar angeordnet werde. Eine Verallgemeinerung dahingehend, dass es auch ohne Schlitten gehe, könne der patentorientierte Fachmann aus den Unterlagen der Prioritätsanmeldung nicht entnehmen, durch Weglassen des den Schlitten betreffenden Merkmals in den Prioritätsunterlagen komme man zu einer ganz anderen Erfindung. Dem Patent komme demnach lediglich der Anmeldetag als Zeitrang zu, so dass die D2 zum entgegenstehenden Stand der Technik zähle.

Der Vertreter der Einsprechenden beantragt,

das Patent zu widerrufen.

Der Vertreter der Patentinhaberin beantragt,

das Patent aufrechtzuerhalten.

Er regt die Zulassung der Rechtsbeschwerde an.

Nach Auffassung der Patentinhaberin sei Kern der Erfindung die Verschwenkung durch eine Öffnung hindurch, wobei es nicht darauf ankomme, ob die Öffnung permanent vorhanden sei oder erst durch einen translatorischen Schlitten geschaffen werde. Der Schlitten habe nur die Aufgabe, eine solche Öffnung zu schaffen, dies sei jedoch lediglich eine spezielle Art der Bewegung. So erfahre der Fachmann

beispielsweise aus einem Fachmagazin, dass die Zwischenetage weggeklappt werden kann. Dementsprechend lese der Fachmann die Prioritätsschrift und erkenne, dass das Wegklappen entscheidend sei und es auf die Art der Bewegung nicht ankomme. Demnach bedeute "dieselbe Erfindung" in der BGH-Entscheidung "Elektronische Funktionseinheit" nicht, dass alle Merkmale im Patentanspruch 1 der Prioritätsanmeldung erforderlich seien, vielmehr sei eine Verallgemeinerung möglich. Dabei komme es entscheidend darauf an, was der Fachmann bezüglich der Neuheit mitlese. Somit sei der Gegenstand des Patentanspruchs 1 im Anspruch 1 in der Prioritätsanmeldung enthalten.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II

Der Senat entscheidet im Einspruchsverfahren (§ 147 Abs 3 PatG) auf Grund mündlicher Verhandlung in entsprechender Anwendung von § 78 PatG (vgl BPatG Mitt 2002, 417, 418 - Etikettierverfahren).

Der rechtzeitig und formgerecht eingelegte Einspruch ist zulässig, denn es sind innerhalb der Einspruchsfrist die den Einspruch rechtfertigenden Tatsachen im Einzelnen dargelegt worden, so dass die Patentinhaberin und der Senat daraus abschließende Folgerungen für das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Widerrufsgrundes ziehen können.

Der Einspruch hat auch Erfolg, denn der Patentanspruch 1 ist nicht patentfähig.

Der Patentanspruch 1 ist formal zulässig, denn es handelt sich dabei um den erteilten Patentanspruch 1, der seine Stütze im ursprünglichen Anspruch 1 findet.

Der Gegenstand des Patentanspruchs 1 ist nicht patentfähig, da er nicht neu ist. Er ist durch die D2 neuheitsschädlich getroffen, weil das Patent die Priorität der deutschen Patentanmeldung 100 42 776 vom 31. August 2000 nicht in Anspruch nehmen kann.

Die Priorität für einen Anspruch kann nur dann beansprucht werden, wenn der zuständige Fachmann den Gegenstand des Anspruchs unter Heranziehung des allgemeinen Fachwissens unmittelbar und eindeutig der früheren Patentanmeldung als Ganzes entnehmen kann. Es muss sich um dieselbe Erfindung handeln. Dabei gelten für die Beurteilung der identischen Offenbarung die Prinzipien der Neuheitsprüfung (BGH GRUR 2004, 133-138 - Elektronische Funktionseinheit). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Die deutsche Patentanmeldung 100 42 776 betrifft wie das angegriffene Patent eine "Verkaufstheke, insbesondere für Backwaren", die nach dem Oberbegriff des Anspruchs 1 ausgestattet ist mit einem Thekenständer und mit einem oberhalb des Thekenständers angeordneten, von einer insbesondere von vorne und von oben für das Käuferpublikum durchsichtigen Umgrenzung bereichsweise umgebenden Warenpräsentationsraum mit einer den Warenpräsentationsraum nach unten hin abschließenden Hauptausstellungsablage und einer oberhalb der Hauptausstellungsablage anzuordnenden Zwischenausstellungsablage. Diese Verkaufstheke ist dadurch gekennzeichnet, "dass die Zwischenausstellungsablage (10) an einem translatorisch weg vom Warenpräsentationsraum (5) bewegbaren Schlitten (12) schwenkbar gehalten ist und über den Schlitten (12) eine Öffnung eines unterhalb der Hauptausstellungsablage (9) gelegenen Thekenständerraumes (3) freigebbar und verschließbar ist, wobei die Zwischenausstellungsablage (10) vollständig in einer Außerbetriebstellung in den Thekenständerraum (3) überführbar ist".

Nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung ist der Senat davon überzeugt, dass die deutsche Patentanmeldung 100 42 776 dem zuständigen Fachmann explizit nur die Lehre offenbart, die Zwischenausstellungsablage an einem translatorisch weg vom Warenpräsentationsraum bewegbaren Schlitten schwenkbar zu halten und über den Schlitten eine Öffnung eines unterhalb der Hauptausstellungsablage gelegenen Thekenständerraums freizugeben und zu verschließen. Eine Veranlassung, aus der ausdrücklichen Darlegung eines translatorisch bewegbaren Schlittens auf eine andere mögliche Art der Überführung der Zwischenausstellungsablage durch eine Öffnung in einen unterhalb der Hauptausstellungsablage gelegenen Thekenständerraum zu schließen, hatte der Fachmann nicht. Ein Hinweis dahingehend, dass es hier nur auf die Öffnung ankomme und die Art und Weise, mit der diese Öffnung erzeugt werde, keine Rolle spiele und die Offenbarung somit nicht auf eine translatorische Bewegung beschränkt sei, ergibt sich weder aus dem Wortlaut der Ansprüche und der Beschreibung, noch aus einer speziellen Interpretation der Bewegung beim Wegklappen der Zwischenetage. So ist in der früheren Anmeldung stets nur die Rede davon, dass "über den vorgesehenen Schlitten die Zwischenablagefläche vom Warenpräsentationsraum weg bewegt wird unter gleichzeitiger Freigabe der Öffnung für den Raum unterhalb der Hauptausstellungsablage, so dass mit wenigen Handgriffen die Zwischenausstellungsablage abgeklappt und über den Schlitten in ihrer Außerbetriebsstellung in den Thekenständerraum verfahrbar ist" und dass die Zwischenablage an einem Schlitten schwenkbar gehalten ist (DE 100 42 776 C1, Sp 1 Z 64 bis Sp 2 Z 4; Sp 2 Zn 35 bis 45 und Patentanspruch 1). Bei der Prüfung der Frage, ob die innere Priorität zu Recht in Anspruch genommen wurde ist natürlich auf den Inhalt der am Anmeldetag eingegangenen Unterlagen der prioritätsbegründenden Anmeldung abzustellen. Vorliegend stimmt die DE 100 42 776 C1 jedoch mit den ursprünglichen Anmeldeunterlagen bis auf rein redaktionelle Änderungen überein, so dass der Einfachheit halber auf die DE 100 42 776 C1 Bezug genommen wird.

Auch die Figuren lassen keine andere Art des Wegklappens erkennen als die durch gestrichelte Pfeile gekennzeichnete Bewegung der Zwischenablage in Verbindung mit dem Schlitten (vgl auch Beschreibung Sp 2 Zn 46 ff). Ein bloßes Wegklappen durch eine fest installierte Öffnung mag zwar denkbar sein, zwingend ist dies für den Fachmann aber nicht und auch nicht aus der Patentanmeldung zu entnehmen.

Somit ist die D2, die am 26. April 2001 - vor dem Anmeldetag des Patents - veröffentlicht worden ist, bei der Neuheitsprüfung als Stand der Technik zu berücksichtigen. Diese Entgegenhaltung nimmt alle Merkmale des geltenden Patentanspruchs 1 neuheitsschädlich vorweg.

Mit Gliederungspunkten versehen lautet der Patentanspruch 1:

- A1 Verkaufstheke (1), insbesondere für Backwaren mit einem Thekenständer (2) und
- A2 mit einem oberhalb des Thekenständers (3) angeordneten, von einer insbesondere von vorne und von oben für das Käuferpublikum durchsichtigen Umgrenzung (6) bereichsweise umgebenden Warenpräsentationsraum (5)
- A3 mit einer den Warenpräsentationsraum (5) nach unten hin abschließenden Hauptausstellungsablage (9) und
- A4 einer oberhalb der Hauptausstellungsablage (9) anzuordnenden Zwischenausstellungsablage (10),
dadurch gekennzeichnet, dass
- B1 die Zwischenausstellungsablage (10) in ihrer Außerbetriebsstellung in einem unterhalb der Hauptausstellungsablage gelegenen Thekenständerraum (3) angeordnet und

B2 zur Aufnahme eines mengenmäßig erhöhten Warenangebotes in der Verkaufstheke (1) durch eine hinter der Ausstellungsablage (9) gelegene Öffnung in den Warenpräsentationsraum (5) verschwenkbar ist.

In der D2, Seite 1 Absatz 1 und Figur 1 mit zugehöriger Beschreibung auf Seite 3 ff ist eine einen Thekenständer aufweisende Verkaufstheke (20), insbesondere für Backwaren, beschrieben, wonach Merkmal A1 gegeben ist.

Wie aus der Figur 1 in Verbindung mit der zugehörigen Beschreibung hervorgeht, besitzt die Verkaufstheke (20) einen oberhalb des Thekenständers angeordneten, von einer insbesondere von vorne und von oben für das Käuferpublikum durchsichtigen Umgrenzung (schräggestellte Frontscheibe (25)) umgebenen Warenpräsentationsraum (Merkmal A2), der nach unten hin mit einer Hauptausstellungsablage (Hauptauslage (23 bzw. (23')) abgeschlossen ist (Merkmal A3) und der eine oberhalb der Hauptausstellungsablage anzuordnende Zwischenausstellungsablage (Zwischenetage (22)) aufweist (Merkmal A4).

Die Zwischenausstellungsablage befindet sich in ihrer Außerbetriebsstellung (Ruhstellung (13)) in einem unterhalb der Hauptausstellungsablage (23) gelegenen Thekenständerraum (Schutzanspruch 1, und Fig 2) (Merkmal B1). Zur Aufnahme eines mengenmäßig erhöhten Warenangebots in der Verkaufstheke (S 6 le Abs: "Warenpräsentation in Stoßzeiten") in den Warenpräsentationsraum kann sie schließlich durch eine Drehbewegung ((14) in Fig 2) verschwenkt werden, wobei die Verschwenkung (14) der Zwischenausstellungsablage (22) durch eine hinter der Ausstellungsablage (23) gelegenen Öffnung (37) erfolgt (Schutzanspruch 2 und Fig 1). Demnach ist auch das Merkmal B2 aus der D2 bekannt.

Der geltende Patentanspruch 1 hat somit wegen fehlender Patentfähigkeit seines Gegenstandes keinen Bestand. Da nur über den Antrag insgesamt entschieden werden kann, teilen die geltenden rückbezogenen Ansprüche das Schicksal des Patentanspruchs 1.

Für die angeregte Zulassung der Rechtsbeschwerde fehlen die Voraussetzungen (PatG § 100 Abs 2). Es war nicht über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher, über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung zu entscheiden, und die Entscheidung betraf nicht die Auslegung oder Abgrenzung grundsätzlicher Begriffe des Patentrechts. Auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderten nicht eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs.

Insbesondere hielt sich der Senat bei der Beurteilung, ob der Gegenstand des Streitpatents in der Prioritätsanmeldung 100 42 776 identisch offenbart worden ist, im Rahmen der Grundsätze der bereits ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wie sie zuletzt in der bereits genannten Entscheidung BGH GRUR 2004, 133 - Elektronische Funktionseinheit zum Ausdruck kamen.

Dr. Winterfeldt

Klosterhuber

Kätker

Dr. Maksymiw

Be