



BUNDESPATENTGERICHT

8 W (pat) 6/21

Verkündet am
3. Mai 2022

(Aktenzeichen)

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

betreffend den Einspruch gegen das Patent 10 2013 201 428

...

hat der 8. Senat (Technischer Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 3. Mai 2022 durch den Vorsitzenden Richter Dipl.-Phys. Dr. phil. nat. Zehendner, die Richterin Uhlmann, den Richter Dipl.-Ing. Brunn und den Richter Dipl.-Ing. Maierbacher

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Einsprechenden wird der Beschluss der Patentabteilung 27 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 27. Juni 2019 aufgehoben und das Patent 10 2013 201 428 widerrufen.

Gründe

I.

Auf die unter Inanspruchnahme einer inneren Priorität vom 20. September 2012 am 29. Januar 2013 durch die Patentinhaberin beim Deutschen Patent- und Markenamt eingereichte Patentanmeldung ist das Streitpatent 10 2013 201 428 mit der Bezeichnung „Vorrichtung und Verfahren zur Herstellung von Desserts“ erteilt und die Erteilung am 19. Mai 2016 veröffentlicht worden.

Gegen das Patent hat die Einsprechende am 20. Februar 2017 Einspruch erhoben und beantragt, das Patent im vollen Umfang zu widerrufen.

Die Einsprechende verweist unter anderem auf die folgenden Entgegenhaltungen:

D2	EP 0 770 332 A1
D3	WO 2011/086058 A1
D4	EP 1 980 153 A1
D7	EP 1 673 981 A1
D8	EP 0 928 560 A2
D9	DE 10 2004 028 423 A1

Die Patentabteilung 27 des DPMA hat in der mündlichen Verhandlung vom 27. Juni 2019 das Streitpatent im beantragten Umfang beschränkt aufrechterhalten, da der Gegenstand der erteilten Ansprüche 1 und 8 sowie des neuen Anspruchs 17 des Streitpatents im Sinne der §§ 1 bis 5 PatG neu sei und auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhe.

Gegen diesen ihr am 15. Oktober 2019 zugestellten Beschluss richtet sich die Beschwerde der Einsprechenden und Beschwerdeführerin vom 12. November 2019.

Sie trägt vor, dass der Gegenstand der unabhängigen Ansprüche 1 und 8 durch die D4 und durch die D7 neuheitsschädlich vorweggenommen sei. Der Gegenstand des unabhängigen Anspruchs 17 sei durch jede der D4, D8 und D9 neuheitsschädlich vorweggenommen.

Die Einsprechende und Beschwerdeführerin stellt den Antrag,

den angefochtenen Beschluss der Patentabteilung 27 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 27. Juni 2019 aufzuheben und das Patent 10 2013 201 428 zu widerrufen.

Die Patentinhaberin und Beschwerdegegnerin stellt die Anträge,

die Beschwerde zurückzuweisen,

hilfsweise das Patent 10 2013 201 428 mit den Ansprüchen gemäß einem der Hilfsanträge 1 bis 6, eingereicht am 12. April 2021 als Anlage zum Schriftsatz vom 12. April 2021, in der Reihenfolge ihrer Bezifferung beschränkt aufrechtzuerhalten.

Sie trägt vor, entsprechend dem Beschluss der Patentabteilung seien die im Einspruchsverfahren beschränkten Ansprüche neu und erfinderisch. Anspruch 1 sei durch das Merkmal 1.7 neu und erfinderisch gegenüber der D3 und D4 sowie durch die Merkmale 1.4 und 1.5 neu und erfinderisch gegenüber der D7. Auch führe die Kombination mit weiteren Schriften nicht zum Gegenstand des Anspruchs 1. Da Anspruch 1 neu und nicht nahegelegt sei, sei ferner auch Anspruch 8 neu und erfinderisch gegenüber dem Stand der Technik.

Anspruch 17 sei insbesondere durch Merkmal 17.4 neu gegenüber D4. Die abschließende Schokoladenschicht sei ferner erfinderisch gegenüber der D4, deren Lehre davon gerade wegführe, sowie gegenüber D3 und D5. Das spiralförmige Dosieren von Schokolade sei neu und erfinderisch gegenüber der D8, die nur Schokoladensauce dosiere und auch gegenüber der D9, die ausschließlich bei Raumtemperatur fließfähige Massen wie Pudding vorsehe. Auch führe eine Kombination mit weiteren Schriften nicht zum Gegenstand des Anspruchs 17.

Die geltenden Patentansprüche 1, 8 und 17 nach Hauptantrag lauten (Gliederung entsprechend dem Beschluss der Patentabteilung):

1.1 Verfahren zur Herstellung von Desserts

- 1.2 durch Dosierung von zumindest einer ersten Masse durch eine erste Füllleitung (1) und einer zweiten Masse durch eine zweite Füllleitung (3) in einen Becher mittels einer Fülleinrichtung, die die erste und die zweite Füllleitung (1, 3) aufweist,
 - 1.3 mit Zuführung von Bechern mittels einer Becherzuführeinrichtung,
 - 1.4 wobei die erste Füllleitung (1) thermisch von der zweiten Füllleitung (3) isoliert und/oder dass die erste Füllleitung (1) und/oder die zweite Füllleitung (3) temperiert ist,
 - 1.5 wobei die erste Masse in der ersten Füllleitung (1) eine höhere Temperatur als die zweite Masse in der zweiten Füllleitung (3) aufweist,
- dadurch gekennzeichnet, dass
- 1.6 die zweite Masse durch die zweite Füllleitung (3) bis in eine erste Füllhöhe dosiert wird, nach Erreichen der ersten Füllhöhe die Dosierung der zweiten Masse unterbrochen wird und
 - 1.7 erste Masse durch die erste Füllleitung (1) auf die zweite Masse dosiert wird, während die Fülleinrichtung um ihre Drehachse (4) gedreht wird.

Anspruch 8

- 8.1 Verwendung einer Vorrichtung in einem Verfahren nach einem der voranstehenden Ansprüche
- 8.2 mit einer Becherzuführeinrichtung und
- 8.3 einer Fülleinrichtung, die um eine Drehachse (4) relativ zu der Becherzuführeinrichtung drehbar geführt ist,
- 8.4 wobei die Fülleinrichtung eine erste Füllleitung (1) für eine erste Masse und eine zweite Füllleitung (3) für eine zweite Masse aufweist,
- 8.5 wobei die erste Füllleitung thermisch von der zweiten Füllleitung isoliert ist und/oder dass die erste Füllleitung und/oder die zweite Füllleitung temperiert ist.

Anspruch 17 (Änderungen ggü der erteilten Fassung markiert)

- 17.1 Dessert mit mindestens einer ersten Masse und einer zweiten Masse, die in einen Becher dosiert sind und ~~insbesondere~~ nach einem Verfahren gemäß einem der Ansprüche 1 bis 7 erhältlich sind ist, gekennzeichnet durch
- 17.2 eine zumindest abschnittsweise spiralförmige Anordnung von Schokolademasse als erster Masse angrenzend an eine spiralförmige Anordnung einer zweiten Masse und
- 17.3 eine zumindest abschnittsweise zum Becherquerschnitt parallele Anordnung von Schokolademasse als erster Masse angrenzend an eine zweite Masse,
- 17.4 wobei die erste Masse bis vollständig über 360° auf die Oberfläche der im Becher enthaltenen Masse aufgetragen ist.**

An die Patentansprüche 1 und 8 schließen sich die erteilten Unteransprüche 2 bis 7 sowie 9 bis 16 an.

Hilfsantrag 1:

Der Anspruch 1 nach Hilfsantrag 1 unterscheidet sich vom Anspruch 1 nach Hauptantrag im kennzeichnenden Teil durch die am Ende hinzugefügten Merkmale 1.8–1.10, (erteilter Anspruch 6):

- 1.8 und dass die Fülleinrichtung in einem Winkel zur Drehachse (4) angeordnete, von der ersten Fülleitung (3) aufgespannte erste Füllöffnungen (11) aufweist,
- 1.9 die im gleichen Radius zur Drehachse (4) und in einem regelmäßigen Winkelabstand in Bezug zur Drehachse (4) angeordnet sind
- 1.10 und die Fülleinrichtung nach Erreichen einer ersten Füllhöhe zumindest um 360° geteilt durch die Anzahl der in einem Winkel zur Drehachse (4)

beabstandeten Füllöffnungen (11), die von der ersten Füllleitung aufgespannt werden, bis zu einer oder mehreren vollständigen Drehungen gedreht wird.

Der Anspruch 7 nach Hilfsantrag 1 unterscheidet sich vom Anspruch 8 nach Hauptantrag durch die am Ende hinzugefügten Merkmale 8.6–8.8:

- 8.6 und die Fülleinrichtung in einem Winkel zur Drehachse (4) angeordnete, von der ersten Füllleitung (3) aufgespannte erste Füllöffnungen (11) aufweist,
- 8.7 die im gleichen Radius zur Drehachse (4) und in einem regelmäßigen Winkelabstand in Bezug zur Drehachse (4) angeordnet sind
- 8.8 und die Fülleinrichtung nach Erreichen einer ersten Füllhöhe zumindest um 360° geteilt durch die Anzahl der in einem Winkel zur Drehachse (4) beabstandeten Füllöffnungen (11), die von der ersten Füllleitung aufgespannt werden, bis zu einer oder mehreren vollständigen Drehungen gedreht wird.

Der Erzeugnisanspruch 16 entspricht dem Anspruch 17 nach Hauptantrag.

Hilfsantrag 2:

Der Anspruch 1 nach Hilfsantrag 2 unterscheidet sich vom Anspruch 1 nach Hauptantrag im kennzeichnenden Teil durch die am Ende hinzugefügten Merkmale 1.9, 1.11 und 1.12:

- 1.11 und dass die Fülleinrichtung in einem Winkel zur Drehachse (4) angeordnete, zwei oder mehr von der ersten Füllleitung (3) aufgespannte erste Füllöffnungen (11) aufweist,
- 1.9 die im gleichen Radius zur Drehachse (4) und in einem regelmäßigen Winkelabstand in Bezug zur Drehachse (4) angeordnet sind,

1.12 nach Erreichen einer ersten Füllhöhe um 360° geteilt durch die Anzahl der ersten Füllöffnungen (11) dreht, die in einem gemeinsamen radialen Abstand um die Drehachse angeordnet sind.

Der Anspruch 7 nach Hilfsantrag 2 unterscheidet sich vom Anspruch 8 nach Hauptantrag durch die am Ende hinzugefügten Merkmale 8.7, 8.9, 8.10:

8.9 und die Fülleinrichtung in einem Winkel zur Drehachse (4) angeordnete, zwei oder mehr von der ersten Füllleitung (3) aufgespannte erste Füllöffnungen (11) aufweist,

8.7 die im gleichen Radius zur Drehachse (4) und in einem regelmäßigen Winkelabstand in Bezug zur Drehachse (4) angeordnet sind

8.10 und die Fülleinrichtung nach Erreichen einer ersten Füllhöhe zumindest um 360° geteilt durch die Anzahl der in einem Winkel zur Drehachse (4) beabstandeten ersten Füllöffnungen (11), die in einem gemeinsamen radialen Abstand um die Drehachse angeordnet sind, gedreht wird.

Der Erzeugnisanspruch 16 entspricht dem Anspruch 17 nach Hauptantrag.

Hilfsantrag 3:

Der Anspruch 1 nach Hilfsantrag 3 unterscheidet sich vom Anspruch 1 nach Hilfsantrag 2 im kennzeichnenden Teil durch das am Ende hinzugefügte Merkmal 1.13:

1.13 wobei jede erste Füllöffnung (11) schlitzförmig ist und sich radial von der Drehachse bis an den Außenumfang der Fülleinrichtung erstreckt.

Der Anspruch 7 nach Hilfsantrag 3 unterscheidet sich vom Anspruch 8 nach Hauptantrag durch das am Ende hinzugefügte Merkmal 8.12, wobei in Merkmal 8.10 der Begriff „zumindest“ fehlt:

8.12 wobei jede erste Füllöffnung (11) schlitzförmig ist und sich radial von der Drehachse bis an den Außenumfang der Fülleinrichtung erstreckt.

Der Erzeugnisanspruch 16 entspricht dem Anspruch 17 nach Hauptantrag.

Hilfsantrag 4:

Der Anspruch 1 nach Hilfsantrag 4 unterscheidet sich vom Anspruch 1 nach Hauptantrag im kennzeichnenden Teil durch das am Ende hinzugefügte Merkmal 1.14:

1.14 und dass anschließend an die Dosierung der ersten Masse in Form einer Schicht erster Masse auf zuvor eingefüllte zweite Masse zusätzlich eine dritte Masse, die sich von der ersten und zweiten Masse unterscheidet, durch zumindest eine dritte Füllleitung der Fülleinrichtung dosiert wird.

Der Anspruch 8 nach Hilfsantrag 4 unterscheidet sich vom Anspruch 8 nach Hauptantrag durch das am Ende hinzugefügte Merkmal 8.13:

8.13 und anschließend an die Dosierung der ersten Masse in Form einer Schicht erster Masse auf zuvor eingefüllte zweite Masse zusätzlich eine dritte Masse, die sich von der ersten und zweiten Masse unterscheidet, durch zumindest eine dritte Füllleitung der Fülleinrichtung dosiert wird.

Der Anspruch 17 nach Hilfsantrag 4 unterscheidet sich vom Anspruch 17 nach Hauptantrag im kennzeichnenden Teil durch das am Ende hinzugefügte Merkmal 17.5:

17.5 und eine zusätzliche eine dritte Masse, die sich von der ersten und zweiten Masse unterscheidet, anschließend an die Dosierung der ersten Masse in Form einer Schicht erster Masse auf zuvor eingefüllte zweite Masse durch zumindest eine dritte Füllleitung der Füllleinrichtung dosiert ist.

Hilfsantrag 5:

Die Ansprüche 1, 7 und 16 nach Hilfsantrag 5 entsprechen den Ansprüchen 1, 7 und 16 nach Hilfsantrag 2, denen jeweils das zusätzliche Merkmal bzgl. der dritten Masse (1.14, 8.13 und 17.5) gemäß Hilfsantrag 4 hinzugefügt wurde.

Hilfsantrag 6:

Die Ansprüche 1, 7 und 16 nach Hilfsantrag 6 entsprechen den Ansprüchen 1, 7 und 16 nach Hilfsantrag 5, wobei den Ansprüchen 1 und 7 das zusätzliche Merkmal bzgl. der schlitzförmigen ersten Füllöffnung (1.13 und 8.12) gemäß Hilfsantrag 3 hinzugefügt wurde.

Wegen des Wortlautes der jeweiligen Unteransprüche und der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten verwiesen.

II.

1. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht und auch im Übrigen zulässig.

Die Beschwerde der Einsprechenden ist begründet, da die Gegenstände der Patentansprüche gemäß Hauptantrag und den Hilfsanträgen nicht patentfähig sind.

Das Streitpatent betrifft gemäß der Patentschrift eine Vorrichtung und ein mit der Vorrichtung durchführbares Verfahren zur Herstellung von Desserts, die zumindest zwei Massen aufweisen, die bei unterschiedlichen Temperaturen abgefüllt werden, wobei vorzugsweise die eine Masse geschmolzene Schokoladenmasse ist und die andere Masse bei niedrigerer Temperatur liegt.

Die Vorrichtung ist zur Verwendung in einem Verfahren geeignet, bei dem die eine Masse, beispielsweise Schokolade, bei einer höheren Temperatur in einen Becher abgefüllt wird als eine zweite beliebige Masse. Dabei soll insbesondere Schokolade auf eine horizontale Oberfläche der in einen Becher gefüllten Masse zu einer im Wesentlichen geschlossenen Schicht aufgetragen werden, um bevorzugt die Oberfläche der einen Masse im Wesentlichen vollständig mit einer Schokoladenschicht abzudecken, insbesondere bis an die Wandung des Bechers angrenzend.

Bei aus dem Stand der Technik bekannten Vorrichtungen wird als nachteilig angesehen, dass die Befüllung eines Dessertbechers nur bei im Wesentlichen derselben Temperatur für die verschiedenen Massen erfolgen kann oder für Schokoladenmasse eine separate Auftragseinrichtung zusätzlich zur Auftragseinrichtung für eine andere Komponente vorgesehen ist. Weiterhin sei nachteilig, dass durch das Aufsprühen von Schokoladenmasse auf eine in einen Becher eingefüllte Masse auch die Wandung und der Rand eines Bechers benetzt werden, sodass einerseits eine unregelmäßige Tröpfchenverteilung von

Schokolade an der Becherwandung klebe, die optisch unerwünscht sei, und andererseits Schokoladentröpfchen auf dem Becherrand und anschließendes Siegeln des Bechers durch Aufbringen einer Siegelfolie verhindert werde. Weiterhin könne es zu einer Änderung der Fettverteilung und dem Einschluss von Gasbläschen kommen, was zu Farbveränderungen und Änderungen der mechanischen Eigenschaften gegenüber der eingesetzten Schokolademasse führte

Entsprechend der Streitpatentschrift, Absatz [0011] und [0012], liegt der vorliegenden Erfindung die Aufgabe zugrunde, eine Vorrichtung und Verfahren zur Herstellung von Desserts bereitzustellen, mit denen zwei Massen mit unterschiedlichen Temperaturen dosiert werden können. Insbesondere soll eine horizontale, vorzugsweise geschlossene und dünne Schicht aus Schokolade in einem Becher auf einer anderen Masse hergestellt werden können. Weiterhin soll es auch möglich sein, eine einfache oder mehrere vertikal oder spiralg gedrehte Schichten aus Schokolade, die gleichlaufend oder gegeneinander laufend angeordnet sind, bereitzustellen. Darüber hinaus sollen Desserts bereitgestellt werden, bei denen in oder auf einer bei Raumtemperatur fließfähigen Masse eine horizontale, vertikale und/oder zumindest abschnittsweise spiralg gedrehte Schicht aus Schokolade angeordnet ist. Die Erfindung löst die Aufgabe mit den Merkmalen der Ansprüche 1, 7 und 17.

Als Fachmann ist entsprechend dem Beschluss der Patentabteilung ein Fachhochschulingenieur der Fachrichtung Lebensmitteltechnologie mit mehrjähriger Erfahrung in der Entwicklung von Vorrichtungen und Verfahren zur Herstellung von Desserts anzusehen.

Einige der Merkmale bedürfen einer Auslegung.

Die Ansprüche 1 und 8 betreffen allgemein nur zwei Massen, womit sie im Gegensatz zum Anspruch 17 nicht auf eine Schokoladenmasse als erste Masse beschränkt sind.

Entsprechend der Merkmale 1.2 bzw. 8.4 sind die Füllleitungen (1,3) Bestandteil der Fülleinrichtung, d.h. die Isolierung oder Temperiereinrichtungen nach Merkmal 1.4 bzw. 8.5 müssen innerhalb der Fülleinrichtung angeordnet sein.

Nach Merkmal 1.4 ist die erste Füllleitung (1) thermisch von der zweiten Füllleitung (3) isoliert und/oder die erste Füllleitung (1) und/oder die zweite Füllleitung (3) temperiert. Durch die Verknüpfungen fällt schon ein Verfahren unter das Merkmal, das nur eine der drei genannten Bedingungen erfüllt. Die beiden Leitungen müssen daher nicht zwingend voneinander isoliert sein, wenn nur eine der Leitungen temperiert wird. Ebenso können die erste und die zweite Füllleitung nur thermisch voneinander isoliert sein, ohne temperiert zu werden.

Die Begriffe „Schokolade“ und „Schokolade(n)masse“ werden in der Patentschrift synonym verwendet. Unter „Schokoladenmasse“ entsprechend den Merkmalen 17.2 und 17.3 ist gemäß den zutreffenden Ausführungen der Patentabteilung (S.5,6 des Beschlusses) je nach Temperatur geschmolzene oder feste Schokolade zu verstehen. Insbesondere sind unter diesen Begriffen keine anderen kakaohaltigen Massen zu verstehen (z.B. Schokoladensauce oder Schokoladenpudding). In Absatz [0002] des Streitpatents wird darüber hinaus Schokolade als erste Masse anderen, ggf. Schokolade enthaltenden Massen (Pudding, Masse auf Milchbasis usw.) gegenübergestellt. Diese Massen unterscheiden sich im Vergleich zu Schokolade maßgeblich in der Zusammensetzung und in den physikalischen Eigenschaften und damit auch in den technologischen Anforderungen bei der Verarbeitung.

Nach Merkmal 17.3 wird Schokoladenmasse als erste Masse angrenzend an eine zweite Masse zumindest abschnittsweise zum Becherquerschnitt parallel

angeordnet. Nach dem ggü. dem erteilten Anspruch 17 hinzugefügten Merkmal 17.4 wird die Schokolademasse bzw. erste Masse „...bis vollständig über 360° auf die Oberfläche der im Becher enthaltenen (zweiten - [sic]) Masse aufgetragen“. Durch die Formulierung „bis vollständig über 360°“ wird im Merkmal 17.4 auch nur ein zumindest partielles Auftragen der ersten Masse auf die zweite Masse beansprucht.

2. Der Gegenstand des Patentanspruchs 1 nach Hauptantrag ist zwar zulässig und neu, beruht aber ausgehend von der Offenbarung der Entgegenhaltung D4 nicht auf einer erfinderischen Tätigkeit.

Die D4 (EP 1 980 153 A1) beschreibt ein Verfahren zur Herstellung von Desserts (Titel, M1.1), durch Dosierung von Schokolade als erste Masse durch eine erste Füllleitung 38-40 und eines Milchprodukts als zweiter Masse durch eine zweite Füllleitung 48-49 in einen Becher mittels einer Fülleinrichtung 19, die die erste und die zweite Füllleitung aufweist (Absatz [0058] ff. - M1.2), mit Zuführung von Bechern 7 mittels einer Becherzuführeinrichtung ([0044] - M1.3). Die Füllleitungen werden durch eine in einer angrenzenden Ausnehmung 26 zirkulierenden Wärmeübertragungsflüssigkeit temperiert, um die Schokolade im geschmolzenen Zustand zu halten ([0052], [0090]), womit die D4 entsprechend der Auslegung auch das Merkmal 1.4 zeigt. Dabei weist die Schokolade als erste Masse in der ersten Füllleitung mit 35° bis 50°C eine höhere Temperatur als die zweite Masse mit 10° bis 20° C in der zweiten Füllleitung auf ([0026] - M1.5).

Weiterhin geht aus der D4 implizit auch hervor, dass die zweite Masse durch die zweite(n) Füllleitung(en) bis in eine definierte Füllhöhe dosiert wird und nach Erreichen der Füllhöhe die Dosierung der zweiten Masse (zusammen mit der Dosierung der ersten Masse) unterbrochen wird (M1.6).

Die D4 offenbart jedoch ausschließlich das gleichzeitige Dosieren eines schraubenförmigen bzw. spiralförmigen Bandes aus Milch und einer

geschmolzenen Masse, sodass die geschmolzene Masse zwischen zwei Bändern des Milchprodukts eingeschlossen wird, da beide gleichzeitig und kontinuierlich durch eine Düse dosiert werden ([0014]). Dazu wird die Düse, aus deren Ende beide Massen gleichzeitig und kontinuierlich dosiert werden, gedreht und kontinuierlich vom Boden des Bechers vertikal nach oben bewegt.

Die D4 selbst enthält keinerlei Hinweise für den Fachmann darauf, nach Erreichen eines ersten Füllstandes die Dosierung der Mousse als zweite Masse zu unterbrechen und gemäß M1.7 die Schokolade als erste Masse auf die Mousse weiter auf die Mousse zu dosieren. Da Schokolade und Milchmasse während des Einfüllens immer kontinuierlich und gleichzeitig abgelegt werden (Anspruch 1), offenbart die D4 keine separate Regelung des Flusses aus der Düse heraus und auch keine Deckschicht aus Schokolade auf einer anderen Masse.

Entsprechend den zutreffenden Ausführungen der Patentinhaberin sind signifikante Nachlaufmengen der ersten Masse auszuschließen, so dass das Merkmal M1.7 aus der D4 nicht implizit hervorgeht.

Daher zeigt die D4 nicht das Merkmal M1.7.

Die Patentabteilung hat in ihrem Beschluss die Auffassung vertreten, es gebe für den Fachmann keine Veranlassung, das Verfahren aus der D4 so abzuändern, dass er zum Gegenstand des Anspruchs 1 käme, da bei dem Verfahren der D4 jede Schokoladenschicht zwangsweise zwischen zwei Eisschichten liege und bei dem so erzeugten, geschichteten Dessert eine abschließende Schokoladenschicht nicht vorgesehen sei. Vielmehr führe die Lehre der D4 wegen ihres alternativen Lösungsansatzes weg vom Gegenstand des Anspruchs 1, obwohl die Vorrichtung prinzipiell geeignet sei, Eis und Schokolade auch unabhängig voneinander zu dosieren.

Dieser Auffassung vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

Die D4 zeigt die Dosierung von drei Schichten (Absatz [0014]), wobei zwei Milchbänder ein Band geschmolzene Schokolade einschließen. Hinsichtlich der Oberfläche des Desserts macht die D4 keine Ausführungen. So wie in der D4 beschrieben, würden an der Oberfläche des Desserts alle drei Schichten zu sehen sein. Es wird in der D4 jedoch als nachteilig angesehen, eine horizontale Schokoladenschicht durch Sprühen herzustellen, da dies mehrere Dosiereinrichtungen erfordere (Absatz [0012]).

Der Fachmann entnimmt Anregungen zur Weiterentwicklung seines Produktes jedoch nicht nur aus dem ihm vorliegenden Stand der Technik, sondern ist bestrebt, seine Produkte dem Kundengeschmack anzupassen und dessen Bedürfnis nach Abwechslung in der Produktgestaltung zu befriedigen, um seine Absatzmärkte zu erhalten oder zu erweitern. Der Fachmann, der ausgehend von der D4 das dort erzeugte Produkt zum Beispiel aufgrund einer ermittelten Verbraucherumfrage dahingehend weiterentwickeln will, dass eine aus dem Stand der Technik bekannte, durchgehend horizontale Schicht aus Schokolade auf dem Dessert auf einem anderen, einfacheren Weg als dem aus der D2 (EP 0 770 332 A1) bekannten Weg (vgl. D4, Absatz 12) erzeugt werden kann, zieht daher den kompletten Stand der Technik zum Abfüllen von Desserts zu Rate.

Dabei gelangt der Fachmann auch zur D7 (EP 1 673 981 A1), auch wenn dort nur gefrorene Massen und keine Schokoladenmasse im Sinne des Streitpatents abgefüllt werden. Die D7 lehrt analog zur D4, dass mehrere Massen eines Desserts (bis zu drei) spiralförmig durch Drehen und Anheben der Dosiereinheit in einen Becher abgefüllt werden können. Die D7 lehrt jedoch weiterhin noch zusätzlich, dass die Dosierung einer oder mehrerer Massen beim Erreichen von bestimmten Füllhöhen unterbrochen werden kann, während die andere(n) Masse(n) weiterdosiert werden. Entsprechend der Aufgabenstellung der D7 (Absatz [0008]) soll ermöglicht werden, dass kegelförmige Produkte mit einem „spiralförmigen

Aussehen“ hergestellt werden, die eine gut definierte bzw. ansprechende Endoberfläche aufweisen sollen.

In Absatz [0026] wird jedoch auch allgemeiner formuliert, dass mit der Vorrichtung und dem Verfahren der D7 unter anderem die Herstellung von Produkten mit gut definierten und optisch ansprechenden Endflächen möglich ist. Daher zieht der Fachmann die D7 trotz der Fokussierung auf ein „spiralförmiges Aussehen“ zur Lösung seiner Aufgabenstellung in Erwägung.

Dabei ist der Fachmann nicht daran gehindert, die in der D7 vorgeschlagene Ergänzung des Dosierverfahrens in den aus der D4 bekannten Stand der Technik zu übernehmen, auch wenn D7 nur die Abfüllung von gefrorenen Massen offenbart und im Gegensatz zur D4 den Fokus auf ein spiralförmiges Aussehen (spiral appearance) der Oberfläche des Desserts legt.

Für den Fachmann ist in diesem Fall klar ersichtlich, dass dieser aus der D7 bekannte Verfahrensschritt völlig unabhängig von der Art bzw. Konsistenz der jeweils abgefüllten Massen ist. Weiterhin ergibt sich für den Fachmann aufgrund seines Fachwissens, aus der D7 auch unmittelbar, dass dann, wenn die Dosierung aller Massen bis auf eine unterbrochen wird, mit dieser Masse eine homogene, horizontale Schicht auf dem Dessert hergestellt werden kann, wenn dabei die vertikale Bewegung der Fülleinrichtung ebenfalls beendet wird.

Daher kann in der Maßnahme, bei einem aus der D4 bekannten Verfahren zum Abfüllen eines Desserts bei Erreichen einer definierten Füllhöhe die Dosierung der zweiten Masse zu unterbrechen und die Schokoladenmasse durch die erste Fülleitung auf die zweite Masse zu dosieren, während die Fülleinrichtung ohne eine vertikale Bewegung nur noch um ihre Drehachse gedreht wird, nur eine dem Fachmann im Rahmen seines Fachwissens und Fachkönnens mögliche verfahrenstechnische Modifikation bzw. fachübliche Vorgehensweise gesehen werden, die keine erfinderische Tätigkeit begründet.

Somit gelangt der Fachmann, ausgehend von D4 unter Berücksichtigung der genannten D7 und seines Fachwissens und Fachkönnens in naheliegender Weise zum Gegenstand des Anspruchs 1 gemäß Hauptantrag.

Gleiches gilt für den Gegenstand der Ansprüche 8 und 17, da es auch zum Wissen des Fachmanns gehört, zur Erzielung einer geschlossenen Schokoladenschicht auf dem Dessert die Schokoladenmasse entsprechend Merkmal 1.7 solange zu dosieren, bis entsprechend Merkmal 17.4 die Schokoladenmasse als erste Masse vollständig über 360° auf die Oberfläche der im Becher enthaltenen Masse aufgetragen ist.

3. Der Gegenstand des jeweiligen Patentanspruchs 1 nach Hilfsantrag 1 bis 6 ist neu, beruht aber ausgehend von der Offenbarung der Entgegenhaltung D4 ebenfalls nicht auf einer erfinderischen Tätigkeit.

3.1. Der Anspruch 1 nach Hilfsantrag 1 unterscheidet sich vom Anspruch 1 nach Hauptantrag im kennzeichnenden Teil durch die am Ende hinzugefügten Merkmale 1.8–1.10, die dem erteilten Anspruch 6 entsprechen.

Entsprechend den hier zutreffenden Ausführungen der Einsprechenden stellt die Bereitstellung von mehreren radial verteilten Füllleitungen bzw. Abgabeöffnungen zur Beschleunigung der Dosierung einer Masse eines Desserts eine im Stand der Technik übliche und rein handwerkliche Maßnahme dar, die zum Fachwissen des Fachmanns gehört. Lediglich zum Beleg für dieses Fachwissen wird auf die ebenfalls auf dem Gebiet der Dessertherstellung liegenden Druckschriften D9 (Absatz [0023], Figur 1 - dreimal zwei auf einer kreisrunden Umfangslinie angeordnete Düsen 7 für insgesamt drei verschiedene Massen) und D3 (Fig. 3) verwiesen.

3.2. Der Anspruch 1 nach Hilfsantrag 2 unterscheidet sich vom Anspruch 1 nach Hauptantrag im kennzeichnenden Teil durch die am Ende hinzugefügten Merkmale 1.9, 1.11 und 1.12, wobei die Merkmale 1.9 und 1.11 inhaltlich schon im Anspruch 1 nach Hilfsantrag 1 enthalten sind (M1.8, M1.9) und sich der Anspruch 1 nach Hilfsantrag 2 inhaltlich nur im Merkmal 1.12, wonach sich die Fülleinrichtung nach Erreichen einer ersten Füllhöhe um 360° geteilt durch die Anzahl der ersten Füllöffnungen (11) dreht, die in einem gemeinsamen radialen Abstand um die Drehachse angeordnet sind, vom Anspruch 1 nach Hilfsantrag 1 unterscheidet.

Diese Maßnahme ist jedoch für den Fachmann, der eine möglichst dünne und knackige Schokoladendeckschicht möglichst schnell herstellen will, ebenfalls naheliegend, denn hierdurch erreicht er auf einfache Weise, dass die Oberfläche mit einer vollständigen Schicht bedeckt ist, ohne dass Teile der Oberfläche doppelt abgedeckt werden.

3.3. Der Anspruch 1 nach Hilfsantrag 3 unterscheidet sich vom Anspruch 1 nach Hilfsantrag 2 im kennzeichnenden Teil durch das am Ende hinzugefügte Merkmal 1.13, wonach jede erste Füllöffnung (11) schlitzförmig ist und sich radial von der Drehachse bis an den Außenumfang der Fülleinrichtung erstreckt.

Eine derartige Form und Anordnung von Füllöffnungen sind dem Fachmann aus dem Stand der Technik bzw. seinem Fachwissen bekannt (vgl. D3. Fig.3 und zugehörige Beschreibung), so dass sich auch diese Ausgestaltung für den Fachmann naheliegend ergibt.

3.4. Der Anspruch 1 nach Hilfsantrag 4 unterscheidet sich vom Anspruch 1 nach Hauptantrag im kennzeichnenden Teil durch das am Ende hinzugefügte Merkmal 1.14, wonach anschließend an die Dosierung der ersten Masse in Form einer Schicht erster Masse auf zuvor eingefüllte zweite Masse zusätzlich eine dritte

Masse, die sich von der ersten und zweiten Masse unterscheidet, durch zumindest eine dritte Füllleitung der Fülleinrichtung dosiert wird.

Dieses Merkmal ergibt sich entsprechend den Ausführungen zum Hauptantrag für den Fachmann in Kenntnis der D7 in naheliegender Weise. Die D7 offenbart eine Vorrichtung und ein Verfahren zur Herstellung von Desserts durch Dosierung von drei Massen (Fig. 1) durch drei Füllleitungen mittels einer Düse als Fülleinrichtung 10, wobei die Dosierung einer oder mehrerer Massen beim Erreichen von bestimmten Füllhöhen unterbrochen werden kann, während die andere(n) Masse(n) weiterdosiert werden. Damit ist mit dem Verfahren der D7 auch die Dosierung von drei Massen hintereinander und aufeinander möglich.

3.5. Der Anspruch 1 nach Hilfsantrag 5 entspricht dem Anspruch 1 nach Hilfsantrag 2, dem das zusätzliche Merkmal bzgl. der dritten Masse 1.14 gemäß Hilfsantrag 4 hinzugefügt wurde. Dementsprechend ergibt sich auch der Gegenstand des Anspruchs 1 nach Hilfsantrag 5 für den Fachmann in naheliegender Weise.

3.6. Der Anspruch 1 nach Hilfsantrag 6 entspricht dem Anspruch 1 nach Hilfsantrag 5, dem das zusätzliche Merkmal bzgl. der schlitzförmigen ersten Füllöffnung 1.13 gemäß Hilfsantrag 2 hinzugefügt wurde. Dementsprechend ergibt sich auch der Gegenstand des Anspruchs 1 nach Hilfsantrag 6 für den Fachmann in naheliegender Weise.

Daher war der Beschluss der Patentabteilung 27 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 27. Juni 2019 aufzuheben und das Patent zu widerrufen.

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht dem am Beschwerdeverfahren Beteiligten 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 beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45 a, 76133 Karlsruhe, durch eine beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwältin oder einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich einzulegen.