



# BUNDESPATENTGERICHT

5 W (pat) 436/01

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
5. Dezember 2002

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

**betreffend das Gebrauchsmuster 200 01 106**

(hier: Löschantrag)

hat der 5. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 2002 durch die Richterin Werner als Vorsitzende sowie die Richter Dr. Wagner und Dr. Gerster

beschlossen:

Die Beschwerde des Antragstellers wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

## **G r ü n d e**

### **I.**

Die Antragsgegnerin ist Inhaberin des deutschen Gebrauchsmusters 200 01 106, das am 22. Januar 2000 angemeldet und am 16. März 2000 unter der Bezeichnung

"Baukastensortiment von Backmittelmischungen"

mit einem einzigen Schutzanspruch in das Register eingetragen worden ist.

Die mit der Anmeldung eingereichte Beschreibung und der mit der Anmeldung geltend gemachte Schutzanspruch liegen auch der Eintragung zugrunde. Der eingetragene Schutzanspruch lautet:

"Baukastensortiment von Backmittelmischungen mit einem Basisblock aus einem Emulgator, Ascorbinsäure und Enzymen,

gekennzeichnet durch die folgenden Funktionsblöcke

- einem Gärzeitsteuerungsblock aus einem Phosphat, zusätzlichen Enzymen, DAWE oder Lecithin, zusätzlicher Ascorbinsäure;
- einem Frischhaltungsblock aus Guarkernmehl, Quellmehl, Monoglycerid, zusätzlichen Enzymen;
- einem Block für Halbgebackenes aus Stabilisatoren, Quellstoffen, zusätzlichen Enzymen;

und die folgenden Geschmacksblöcke

- einen Körnerblock aus Körnern einer oder mehrerer Sorten;
- einem Malzgeschmacksblock aus einem oder mehreren Malzmehlen, getrocknetem Vorteig oder Sauerteig und Milchprodukten;

- einem Rustikalblock aus Röstmalzmehlen, Roggenmehl, getrocknetem Sauerteig;
- einem Exotikblock aus einem oder mehreren Gewürzen;
- einem Nationaltypblock mit einem oder mehreren der folgenden Komponenten: Mais, Reis, Hafer, getrockneter Sauerteig, Hartweizengrieß, Bohnenmehl".

Der Antragssteller hat mit Schriftsatz vom 28. Juni 2000 die Löschung des angegriffenen Gebrauchsmusters beantragt und den Lösungsgrund der mangelnden Schutzfähigkeit gem § 15 Abs 1 Nr 1 iVm §§ 1 bis 3 GebrMG geltend gemacht. Dazu hat sich die Antragstellerin auf folgenden Stand der Technik berufen:

- (E1) Prospekte der Firma Boehringer Backmittel GmbH & Co. KG
- (E2) Prospekte der Firma Ulmer Spatz Vertriebsgesellschaft für Backmittel mbH
- (E3) Prospekte der Firma Martin Braun KG
- (E4) J. Bodo: Das Phönix-Brötchen
- (E5) Produktionsinformation und Prospekte der Firma UNIFERM GmbH & Co.

Die Antragsgegnerin hat dem Lösungsantrag widersprochen.

Nachdem die Gebrauchsmusterabteilung I mit Bescheid vom 12. Dezember 2000 beiden Verfahrensbeteiligten mitgeteilt hatte, daß nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand mit einer Zurückweisung des Lösungsantrages zu rechnen sei, erweiterte der Antragsteller den Vortrag zum Stand der Technik wie folgt:

- (E6) Prospekt "Olympial Malz"
- (E7) "Lezym"
- (E8) "Gärcontroller"
- (E9) "GB-A 529"
- (E10) "F1"
- (E11) "GK-B 620"

- (E12) "Brotstabil"
- (E13) "Combicorn"
- (E14) "Combicorn Doppelmalz"
- (E15) "Rustikal Roggen"
- (E16) "Rustikal Boehringer"
- (E17) "Pizzaroma"
- (E18) "Mexicana"
- (E19) "Bengal Curry"
- (E20) "Bagett Basis"
- (E21) "Gold Ciaguette"
- (E22) "Baguette Boehringer".

In der mündlichen Verhandlung vor der Gebrauchsmusterabteilung I am 20. März 2000 hat die Antragsgegnerin einen neuen einteiligen Schutzanspruch eingereicht mit der Erklärung, das Gebrauchsmuster nunmehr nur noch in dieser Fassung zu verteidigen. Dieser neue Schutzanspruch lautet wie folgt:

"Baukastensortiment von Backmittelmischungen mit einem Basisblock aus einem Emulgator, Ascorbinsäure und Enzymen, und mit den folgenden Funktionsblöcken:

- einem Gärzeitsteuerungsblock aus einem Phosphat, zusätzlichen Enzymen, DAWE oder Lecithin, zusätzlicher Ascorbinsäure;
  - einem Frischhaltungsblock aus Guarkernmehl, Quellmehl, Monoglycerid, zusätzlichen Enzymen;
  - einem Block für Halbgebackenes aus Stabilisatoren, Quellstoffen, zusätzlichen Enzymen;
- sowie den folgenden Geschmacksblöcken
- einem Körnerblock aus Körnern einer oder mehrerer Sorten;

- einem Malzgeschmacksblock aus einem oder mehreren Malzmehlen, getrocknetem Vorteig oder Sauerteig und Milchprodukten;
- einem Rustikalblock aus Röstmalzmehlen, Roggenmehl, getrocknetem Sauerteig;
- einem Exotikblock aus einem oder mehreren Gewürzen;
- einem Nationaltypblock mit einem oder mehreren der folgenden Komponenten: Mais, Reis, Hafer, getrockneter Sauerteig, Hartweizengrieß, Bohnenmehl".

Mit Beschluß vom selben Tage hat die Gebrauchsmusterstelle I den Löschantrag mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß dem Gebrauchsmuster der einzige Schutzanspruch vom 20. März 2001 zugrundegelegt werde. Die Kosten des Lösungsverfahrens sind der Antragstellerin auferlegt worden. Zur Begründung hat die Gebrauchsmusterabteilung ausgeführt, daß das angegriffene Gebrauchsmuster schutzfähig iSv §§ 1 bis 3 GebrMG sei, insbesondere sei die geschützte Erfindung neu und beruhe auf einem erfinderischen Schritt.

Gegen diesen Beschluß richtet sich die Beschwerde des Antragstellers, der im Beschwerdeverfahren die folgenden weiteren Entgegenhaltungen aus dem Stand der Technik in das Verfahren eingeführt hat:

(E23) "Richtlinien für Backmittel", Schriftenreihe des BLL, Heft 79, 1974

(E24) Sonderausgabe "bmi aktuell" Mai 1998

(E25) "Vx-2/pol" Zusammensetzung

Der Antragsteller vertritt die Auffassung, daß das angegriffene Gebrauchsmuster nicht neu sei und auf keinem erfinderischen Schritt beruhe. Er definiert den maßgeblichen Fachmann als einen Lebensmittelchemiker bzw. Lebensmitteltechniker mit Erfahrungen im Backbereich. Für diesen Fachmann sei es ohne weiteres erkennbar, daß die Antragsgegnerin im wesentlichen nichts anderes getan habe, als

die Anordnungen der Backmittelrichtlinie (E23) anstatt nach ihren Bestandteilen nach den beschriebenen Funktionen umzuordnen. Im übrigen seien alle Elemente des für die Antragsgegnerin eingetragenen Baukastensortiments bereits aus dem Stand der Technik bekannt. Die bloße Auswahl und Zusammenstellung dieser bereits bekannten Mittel könne keinen erfinderischen Schritt begründen.

Mit Verfügung vom 8. Juli 2002 hat der Vorsitzende des beschließenden Senats dem Antragsteller anheimgegeben, konkret anzugeben,

- welche der in das Verfahren eingeführten Entgegenhaltungen nach seiner Auffassung die größte Anzahl der Blöcke 1. bis 3.5 beschrieben;
- um welche Blöcke (gemäß dem Schutzanspruch) es sich dabei handele,
- welche sonstige(n) Entgegenhaltung(en) aufgrund welcher Angaben den Fachmann zur weiteren Ausstattung des Sortiments gerade mit den noch fehlenden Blöcken angeregt haben solle(n).

Der Antragsteller hat daraufhin erneut vorgetragen, die Wirkung, die Funktion und der Geschmack jeder einzelnen Komponente der im Schutzanspruch definierten Blöcke seien sowohl einzeln als auch in ihrer funktionellen Kombination vor dem Anmeldetag bekannt gewesen. Die Zusammenstellung des ganzen Baukastensortiments ergebe sich für den Fachmann automatisch aus der für das angegriffene Gebrauchsmuster gestellten Aufgabe.

In der mündlichen Verhandlung vom 5. Dezember 2002 hat der Antragsteller als weiteren Beleg für den Stand der Technik ein Rezept (E26) mit der Nummer 02074 für Schulbrötchen von der Boehringer Backmittel GmbH & Co. KG zu den Akten gereicht und dazu vorgetragen, dieses Rezept sei bereits vor dem Anmeldetag des angegriffenen Gebrauchsmusters bekannt gewesen.

Der Antragsteller beantragt,

1. den Beschluß der Gebrauchsmusterabteilung I des Deutschen Patent- und Markenamts vom 20. März 2001 aufzuheben und
2. die Löschung des angegriffenen Gebrauchsmusters anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hält den angegriffenen Beschluß für begründet.

## II.

Die Beschwerde ist zulässig, aber nicht begründet, weil der Lösungsgrund der fehlenden Schutzfähigkeit gem § 15 Abs 1 Nr 1 GebrMG nicht gegeben ist.

1. Der jetzt noch verteidigte einteilige Schutzanspruch in der Fassung vom 20. März 2000 ist zulässig, weil sein Gegenstand mit dem Gegenstand des ursprünglich eingetragenen zweiteiligen Schutzanspruches übereinstimmt und nicht darüber hinausgeht.

2. Der Gegenstand des verteidigten Schutzanspruches ist schutzfähig iSv §§ 1 bis 3 GebrMG.

2.1 Der Gegenstand des angegriffenen Gebrauchsmusters ist eine technische Erfindung iSv § 1 Abs1 GebrMG und nicht nur ein bloßes Marketingkonzept. Dabei handelt es sich um ein Erzeugnis, das in einem feststehenden Sortiment von verschiedenen, jeweils Block genannten Gruppen von im einzelnen festgelegten Backmitteln besteht. Dieses Sortiment ist eine Ware, die in den Handel gebracht werden kann. Dagegen besteht ein Marketingkonzept aus einer Sammlung von

theoretischen Vorgaben dafür, wie eine Ware beworben werden und in welchen Geschäften, in welchen Regionen die Ware auf welche Weise den potentiellen Käufern angeboten werden soll. Dazu enthält der verteidigte Schutzanspruch keine Angaben.

2.2. Die technische Erfindung, die Gegenstand des angegriffenen Gebrauchsmusters ist, ist neu iSv § 1 Abs 1 und § 3 Abs 1 GebrMG.

Gegenstand des jetzt noch verteidigten Schutzanspruchs in der Fassung vom 20. März 2000 ist ein Baukastensortiment von Backmittelmischungen mit folgenden Merkmalen:

1. einem Basisblock aus einem Emulgator, Ascorbinsäure und Enzymen
2. drei Funktionsblöcken:
  - 2.1 einem Gärzeitsteuerungsblock aus Phosphat, Enzymen, DAWE oder Lecithin, zusätzlicher Ascorbinsäure
  - 2.2 einem Frischhaltungsblock aus Guarkernmehl, Quellmehl, Monoglycerid, zusätzlichen Enzymen
  - 2.3 einem Block für Halbgebackenes aus Stabilisatoren, Quellstoffen, zusätzlichen Enzymen
3. fünf Geschmacksblöcken:
  - 3.1 einem Körnerblock
  - 3.2 einem Malzgeschmacksblock aus Malzmehl(en), getrocknetem Vorteig oder Sauerteig, Milchprodukten
  - 3.3 einem Rustikalblock aus Röstmalzmehlen, Roggenmehl, getrocknetem Sauerteig
  - 3.4 einem Exotikblock aus Gewürz(en)
  - 3.5 einem Nationaltypblock mit einem oder mehreren der Komponenten: Mais, Reis, Hafer, getrockneter Sauerteig, Hartweizengrieß, Bohnenmehl.

Dieses Sortiment ist so angelegt, daß es die Herstellung einer großen Zahl verschiedener Backwaren ermöglicht. Ein solches in seinen einzelnen Bestandteilen genau festgelegtes Baukastensortiment mit dieser Zweckbestimmung gehört nicht zum Stand der Technik. Die Entgegenhaltungen (E1) bis (E22), (E24) und (E25) beinhalten lediglich einzelne, fertige Backmittelmischungen, also sogenannte Vollbackmittel, aber kein Baukastensortiment. Die im Beschwerdeverfahren besonders herausgestellten Entgegenhaltungen sind bestenfalls den einzelnen Blöcken des Baukastensortiments gemäß dem Schutzanspruch ähnlich. (E7) und (E10) betreffen die in (E26) verwendeten Vollbackmittel Lezym und F1, (E8) eine Gärkontrollermischung, (E 13) eine Körnermischung mit Mehlanteilen, Salz und getrocknetem Sauerteig, (E14) wiederum eine Körnermischung mit zusätzlichem Malzmehl, (E15) eine Backmischung mit Roggenmehl, Malzmehl, getrocknetem Sauerteig, Weizenkleber, Molkenpulver, Salz, Emulgaoren, Lethicin, Ascorbinsäure und Enzymen und (E16) einen rustikale Backmittelmischung mit zusätzlichen Stabilisatoren, Lecithin, Säuerungs- und Mehlbehandlungsmitteln. Der Basisblock gemäß dem Schutzanspruch, bestehend aus einem Emulgator, Ascorbinsäure und Enzymen, stellt - für sich genommen - eine Backmittelmischung dar, die nach dem Stand der Technik neu ist. Aus (E24) geht im Bezug auf den Schutzanspruch lediglich hervor, daß Emulgatoren, Enzyme und Ascorbinsäure in vielen Phasen der Gebäckherstellung von zentraler Bedeutung sind. (E25) kann bestenfalls belegen, daß eine Mischung aus einem Enzymkonzentrat, Ascorbinsäure, einem Emulgator und als Hauptbestandteil Weizenmehl vor dem Anmeldetag des Streitgebrauchsmusters vertrieben wurde. Wegen des Weizenmehlanteils kann in dieser Mischung aber keine Entsprechung zum Basisblock gemäß dem Schutzanspruch gesehen werden. (E26) belegt unabhängig von seiner Wertung als vorveröffentlichter Stand der Technik lediglich, daß auch Mischungen von Vollbackmitteln wie Lezym, F1 und Weißback Super in Backrezepten Verwendung finden können.

Auch die Richtlinien für Backmittel (E23) begründen keinen neuheitsschädlichen Stand der Technik. Denn sie beschränken sich auf die summarische Beschreibung

der Eigenschaften von Backmitteln (I. Begriffsbestimmung), der Einteilung (II. Einteilung der Backmittel) und der Bestandteile solcher Objekte (III. Bestandteile der Backmittel und deren Wirkung). Dagegen enthalten die Richtlinien an keiner Stelle eine Beschreibung eines in allen seinen Elementen festgelegten Baukastensortiments oder einen sonstigen Hinweis auf den Gegenstand des angegriffenen Gebrauchsmusters. Der Antragsteller hat zwar Recht, wenn er meint, daß viele der einzelnen Elemente des für die Antragsgegnerin geschützten Baukastensystems in der Backmittelrichtlinie beschrieben werden. Das ist jedoch nicht entscheidend. Denn die Antragsgegnerin hat keinen Erfindungsschutz für bestimmte Backmittelmischungen erhalten, sondern für die Kombination einer ganz bestimmten Auswahl von Backmitteln zu einem feststehenden Sortiment sogenannter Funktionsblöcke, das die Herstellung einer großen Zahl verschiedener Backwerke ermöglicht. In dieser feststehenden Kombination und ihrem Verwendungspotential besteht die Erfindung, und die ist neu.

2.3 Es bedurfte eines erfinderischen Schrittes, das Baukastensortiment gemäß dem Schutzanspruch mit seinen gezielt gewählten, einzelnen Blöcken von Komponenten zusammenzustellen, die darüber hinaus im Gegensatz zum Stand der Technik aus einer abschließend limitierten Anzahl von Bestandteilen bestehen, und dafür einen Basisblock mit minimal nötigen Bestandteilen vorzusehen, der in jeder aus dem Sortiment gebildeten Backmittelmischung eingesetzt werden muss.

Der Erfinder hatte sich die Aufgabe gestellt, ein aus einer überschaubaren Anzahl von Baukastenblöcken bestehendes Baukastensortiment von Backmittelmischungen bereitzustellen, das es dem Abnehmer gestattet, eine Vielzahl verschiedener Backwaren herzustellen (Beschreibung S 3 Abs. 3). Diese Aufgabe wird durch das Baukastensortiment von Backmittelmischungen aus einem Basisblock, drei Funktionsblöcken und fünf Geschmacksblöcken gemäß dem Schutzanspruch gelöst. In keiner der Entgegenhaltungen ist die Aufgabe angesprochen, geschweige denn ein Weg zur Lösung der Aufgabe gemäß dem Schutzanspruch angedeutet. Ihn zu finden, ging über fachliche Routine hinaus. In den Entgegenhaltungen werden le-

diglich, wie vorstehend erläutert, Backmittelmischungen, Einzelkomponenten von Backmittelmischungen und Funktionen von Einzelkomponenten beschrieben. Aus dem entgegengehaltenen Stand der Technik ist nicht einmal eine Backmittelmischung bestehend aus einem Emulgator, Ascorbinsäure und Enzymen zu entnehmen, die als Basisblock gemäß dem Schutzanspruch des Streitgebrauchsmusters eingesetzt wird. In (E23, III) und (E24, S 4 Tabelle 3) wird lediglich die Funktion dieser Komponenten erläutert, und die Mischung nach (E25) enthält zusätzlich Weizenmehl. Für den Einsatz dieser Backmischung als Basisblock eines Baukastensortiments erhält hiernach der Fachmann, ein Lebensmittelchemiker oder -techniker mit Erfahrung im Bäckereifach, keine Anregung.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 18 Abs 2 Satz 2 GebrMG iVm § 84 Abs 2 PatG sowie § 91 Abs 1 ZPO. Eine hiervon abweichende Entscheidung aus Billigkeitsgründen gem § 84 Abs 1 Satz 2 PatG ist nicht erforderlich.

Werner

Dr. Wagner

Dr. Gerster

Be