



BUNDESPATENTGERICHT

14 W (pat) 301/03

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
6. Juli 2004

...

BESCHLUSS

In der Einspruchssache

betreffend das Patent 198 26 978

...

hat der 14. Senat (Technischer Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juli 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Schröder sowie der Richter Harrer und Dr. Gerster und der Richterin Dr. Schuster

beschlossen:

Das Patent 198 26 978 wird mit folgenden Unterlagen beschränkt aufrechterhalten:

Patentansprüche 1 bis 8 gemäß Hauptantrag, überreicht in der mündlichen Verhandlung vom 6. Juli 2004,

Beschreibung Spalten 1 und 2, überreicht in der mündlichen Verhandlung vom 6. Juli 2004,

Beschreibung Spalte 3 gemäß Patentschrift,

1 Blatt Zeichnungen gemäß Patentschrift.

Gründe

I

Die Erteilung des Patents 198 26 978 mit der Bezeichnung

"Verfahren zur Herstellung oder Vervollkommnung von Fleischwaren oder Fleischherzeugnissen und danach hergestelltes Produkt "

ist am 12. September 2002 veröffentlicht worden.

Gegen dieses Patent ist mit dem am 11. Dezember 2002 eingegangenen Schriftsatz Einspruch erhoben worden. Der Einspruch ist auf die Behauptung gestützt, dem vorliegend beanspruchten Gegenstand fehle es an der Neuheit bzw. an der erfinderischen Tätigkeit.

Dazu verweist die Einsprechende insbesondere auf die Druckschrift:

(1) EP 0 029 503 B1

Im Übrigen sei der Schutzbereich des Gegenstands des Anspruchs 1 gemäß Hauptantrag, einer Kombination der erteilten Ansprüche 1 und 8, erweitert, da er über den Inhalt des Anspruchs 8 hinausgehe. Die schriftsätzlich vorgetragene offenkundige Vorbenutzung macht die Einsprechende gegenüber dem nunmehr eingeschränkten Patentbegehren in der mündlichen Verhandlung nicht mehr geltend.

Die Einsprechende beantragt,

das Patent zu widerrufen.

Die Patentinhaberin beantragt,

das Patent mit den aus dem Tenor ersichtlichen Unterlagen gemäß Hauptantrag beschränkt aufrechtzuerhalten, hilfsweise das Patent beschränkt aufrechtzuerhalten mit den Patentansprüchen 1 bis 8 gemäß 1. Hilfsantrag, überreicht in der mündlichen Verhandlung, im Übrigen wie Hauptantrag.

Die Patentinhaberin erklärt weiter hilfsweise die Teilung des Patents.

Sie tritt dem Vorbringen des Einsprechenden in allen Punkten entgegen und macht im Wesentlichen geltend, dass der entgegengehaltene Stand der Technik, insbesondere die Druckschrift (1), die nunmehr beanspruchten Gegenstände weder vorwegnehme noch nahelege.

Die geltenden Ansprüche 1, 2, 7 und 8 gemäß Hauptantrag lauten:

1. Verfahren zur Herstellung von Fleischwaren unerhitzter, mehr oder weniger roher Art,
dadurch gekennzeichnet, dass
in die Fleischware gleichmäßig verteilt Joghurt in einem Anteil von 5 bis 50 Gewichtsprozent injiziert wird, so dass ein von Joghurt durchtränktes Fleischerzeugnis entsteht, wobei der Joghurt einen pH-Wert von 4,0 oder weniger aufweist.
2. Verfahren zur Herstellung von Fleischwaren gegärter Art,
dadurch gekennzeichnet, dass
in die Fleischware gleichmäßig verteilt Joghurt in einem Anteil von 5 bis 50 Gewichtsprozent injiziert wird, so dass ein von Joghurt durchtränktes Fleischerzeugnis entsteht, wobei der Joghurt für ein Produkt, das seiner Art nach anschließend an die Joghurtzugabe zur Fertigstellung zu garen ist, einen pH-Wert in einem Bereich von 4,8 bis 5,2 erhält, derart, dass der Gesamt-pH-Wert des Produktes bei etwa 5,8 bis 6,0 liegt.
7. Mit Hilfe von Joghurt gesäuerte unerhitzte, mehr oder weniger rohe Fleischware, hergestellt nach einem der Ansprüche 1 oder 3 bis 6.

8. Mit Hilfe von Joghurt gesäuerte gegarte Fleischware, hergestellt nach einem der Ansprüche 2 bis 6.

Wegen weiterer Einzelheiten, insbesondere zum Wortlaut der Ansprüche 3 bis 6 gemäß Hauptantrag und der Ansprüche 1 bis 8 gemäß Hilfsantrag wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II

1. Der Einspruch ist frist- und formgerecht erhoben und mit Gründen versehen. Er ist somit zulässig und führt zu dem im Tenor angegebenen Ergebnis.

2. Die Patentansprüche 1 bis 8 gemäß Hauptantrag sind zulässig. Die Ansprüche 1 und 2 gehen aus den erteilten Ansprüchen 1, 5, 7 und 8 und die Ansprüche 7 und 8 aus dem erteilten Anspruch 9 hervor. Sie sind aus den ursprünglichen Ansprüchen 1, 5, 8, 9 und 10 iVm S 2 Abs 3 ursprünglichen Unterlagen abzuleiten. Die Ansprüche 3 bis 6 entsprechen den erteilten Ansprüchen 2, 3, 4 und 6, die auf den ursprünglichen Ansprüchen 2, 3, 4 und 7 basieren. Die Ansprüche sind auch sonst nicht zu beanstanden.

Der Gegenstand des Anspruchs 1 gemäß Hauptantrag ist auch gegenüber den erteilten und ursprünglich eingereichten Unterlagen nicht erweitert. In den Anspruch 1 nach Hauptantrag wurde aus dem erteilten Anspruch 8 das Merkmal aufgenommen, dass der Joghurt einen pH-Wert von 4,0 oder weniger aufweist. Nachdem der geltende Anspruch 1 nur mehr Verfahren zur Herstellung von Fleischwaren unerhitzter, mehr oder weniger roher Art betrifft, und nicht, entsprechend dem erteilten Anspruch 1 auch Verfahren zur Herstellung von Fleischwaren gegarter Art umfasst, wie sie Gegenstand des nunmehr geltenden Anspruchs 2 sind, war es nicht erforderlich auch die im erteilten Anspruch 8 angegebene Zweckbestimmung „für mit Joghurt zu stabilisierende, erst vom Endverbraucher zu erhitzende

Produkte“ in den Anspruch 1 nach Hauptantrag aufzunehmen. Denn diese Zweckbestimmung wird von der Zweckbestimmung des Verfahrens „zur Herstellung von Fleischwaren unerhitzter, mehr oder weniger roher Art“ im Anspruch 1 nach Hauptantrag umfasst und stellt eine Überbestimmung dar, da lediglich erläutert wird, dass die nach dem Verfahren gewerblich hergestellten unerhitzten, mehr oder weniger rohen Fleischwaren dann selbstverständlich vom Endverbraucher zu erhitzen sind.

3. Die Verfahren zur Herstellung von Fleischwaren unerhitzter, mehr oder weniger roher Art nach Anspruch 1 gemäß Hauptantrag und zur Herstellung von Fleischwaren gegarter Art nach Anspruch 2 gemäß Hauptantrag sind neu. In keiner der entgegengehaltenen Druckschriften sind Verfahren mit sämtlichen in den Ansprüchen 1 und 2 aufgeführten Merkmalen beschrieben.

Aus (1) ist ein Verfahren zur Herstellung eines gehackten Fleischproduktes bekannt, dem ein saures, trockenes, kultiviertes Molkereiprodukt, insbesondere ein besonders fermentiertes, trockenes Joghurtprodukt, in einer Menge von 2 bis 8%, bezogen auf das Gewicht des Fleisches, zugegeben wird (Anspruch 1 iVm Sp 2 Z 60 bis Sp 3 Z 5). Für die Zugabe des trockenen, kultivierten Milchproduktes als trockenes Pulver zum zerkleinerten Fleischprodukt ist dabei keine besondere Technik erforderlich (Sp 5 Z 53 bis 62). Es wird einfach untergemischt, wie auch die Beispiele zeigen. Dieses trockene, kultivierte Milchprodukt kann als Geschmacksverstärker daneben auch nicht zerkleinertem Fleisch zugegeben werden, wofür unter anderem eine Injektion vorgeschlagen wird (Sp 6 Z 3 bis 6 iVm Z 23 bis 26). Durch den Wortlaut - „*injection, soaking or coating skeletal muscle meat with **these** cultured dairy compositions can also accomplished*“ - in Sp 6 Z 23 bis 26 wird der eindeutige Bezug auf die in (1) ausschließlich beschriebenen trockenen bzw. getrockneten Milchprodukte hergestellt. Weitere Erläuterungen zur Injektion sind (1) nicht zu entnehmen, und damit auch nicht, dass der trockene Joghurt für die Injektion in flüssige Form gebracht werden müsse, wie die Einsprechende vorträgt. Von (1) wird daher das Merkmal in den Ansprüchen 1 und 2 nicht

vorweggenommen, dass in die Fleischware gleichmäßig verteilt Joghurt injiziert wird, so dass ein von Joghurt durchtränktes Fleischerzeugnis entsteht. Das gleiche gilt für das Merkmal in Anspruch 1, dass der Joghurt einen pH-Wert von 4,0 oder weniger aufweist und in Anspruch 2, dass der Joghurt einen pH-Wert in einem Bereich von 4,8 bis 5,2 erhält, derart, dass der Gesamt-pH-Wert des Produktes bei etwa 5,8 bis 6,0 liegt. In (1) werden nämlich pH-Werte für das kultivierte Milchprodukt, insbesondere Joghurtprodukt von 4,1 bis 4,4 angegeben (Sp 4 Z 64 bis Sp 5 Z 4).

Die weiteren von der Einsprechenden schriftsätzlich genannten Druckschriften können ebenfalls die Neuheit der Verfahren gemäß den Ansprüchen 1 und 2 nicht in Frage stellen, denn in keiner dieser Druckschriften wird beschrieben, Joghurt in Fleischwaren zu injizieren. Auch bei der ursprünglich von der Einsprechenden geltend gemachten offenkundigen Vorbenutzung findet sich kein Anhaltspunkt, dass Joghurt in Fleischwaren injiziert wurde. Dabei wird nämlich Joghurt durch Tumbeln in Fleisch eingebracht, was nicht mit einer Injektion, die nach den Erläuterungen in der Streitpatentschrift mit einer einzelnen Injektionsnadel oder auch mit einem Multinadelinjektor geschehen kann (vgl. Sp 1 Z 50-51), gleichgesetzt werden kann.

4. Die Verfahren zur Herstellung von Fleischwaren unerhitzter, mehr oder weniger roher Art nach Anspruch 1 gemäß Hauptantrag und zur Herstellung von Fleischwaren gegarter Art nach Anspruch 2 gemäß Hauptantrag beruhen auch auf einer erfinderischen Tätigkeit.

Dem Streitpatent liegt die Aufgabe zugrunde, Fleischwaren, bei denen das verwendete Fleisch einer geringeren Bearbeitung unterzogen wird, als bei der Herstellung von Wurstwaren, und deren Herstellung bzw. Vervollkommnung aufzuzeigen, die in besonderem Maße aromatisiert, nach Möglichkeit in natürlicher Weise gegenüber Lebensmittel vergiftenden biologischen Kulturen stabilisiert und nach Möglichkeit auch haltbarer sind (Sp 1 Abs [0003] und [0004] und Sp 2 Abs [0015]).

Diese Aufgabe dadurch zu lösen, dass zur Herstellung von Fleischwaren in die Fleischware gleichmäßig verteilt Joghurt mit einem Anteil von 5 bis 50 Gewichtsprozent injiziert wird und dabei zur Herstellung von unerhitzten, mehr oder weniger rohen Fleischwaren gemäß Anspruch 1 der Joghurt einen pH-Wert von 4,0 oder weniger aufweist, und gemäß Anspruch 2 zur Herstellung von Fleischwaren gegarter Art der Joghurt einen pH-Wert im Bereich von 4,8 bis 5,2 aufweist, derart, dass der Gesamt-pH-Wert des Fleischproduktes bei etwa 5,8 bis 6,0 liegt, wird dem Fachmann, einem Ingenieur der Lebensmitteltechnik, der mit der Herstellung von Fleischwaren vertraut ist, oder einem Fleischermeister, vom Stand der Technik nicht nahegelegt. Dem Fachmann war zwar bekannt, Fleisch durch einen künstlichen Säurezusatz, z. B. durch Einlegen in Sauermilch, zu konservieren (vgl. Sp 1 Abs [0004] der PS). Auch war bekannt, in Geflügelfleisch eine Milchbestandteile enthaltende wässrige Lösung zu injizieren (vgl (2) EP 0 061 914 B1, Anspruch 1). Joghurt wurde aber bisher für eine Injektion in Fleischwaren nicht in Betracht gezogen, sondern Joghurt wurde lediglich, wie bei der schriftsätzlich geltend gemachten offenkundigen Vorbenutzung, die knapp drei Jahre vor dem Prioritätstag des Streitpatents (24. Oktober 1997) liegt, durch Tumbeln bzw. gemäß (1) mit einer Priorität aus dem Jahr 1979 in getrockneter Form in Fleisch eingebracht. Demgegenüber bedurfte es mehrerer Schritte zur patentgemäßen Lösung der Aufgabe nach den Ansprüchen 1 und 2, nämlich Joghurt als Zusatz auszuwählen, diesen in Mengen von 5 bis 50 Gewichtsprozent gleichmäßig verteilt so in die Fleischware zu injizieren, dass ein von Joghurt durchtränktes Fleischerzeugnis entsteht, und schließlich dabei für mehr oder weniger rohe Fleischwaren einen Joghurt mit einem genau festgelegten, für Joghurt sehr niedrigen pH-Wert von 4,0 oder weniger und für gegarte Fleischwaren einen Joghurt mit einem genau festgelegten, für Joghurt hohen pH-Wert im Bereich von 4,8 bis 5,2 zu verwenden. Zur Auswahl des Joghurts konnte ihn auch (1) nicht anregen. Denn bei (1) werden kultivierte Milch- bzw. Joghurtprodukte mit einem Bereich des pH-Werts von 4,1 bis 4,4 eingesetzt, wobei der pH-Wert vom gewünschten Milch- bzw. Joghurtprodukt abhängt (Sp 4 Z 64 bis Sp 5 Z 5). Der Begriff „final product“ ist hier nämlich, wie aus dem Zusammenhang beginnend von Sp 3 Z 48 hervorgeht, auf das kulti-

vierte Milchprodukt und nicht auf die Fleischware zu beziehen, wie die Einsprechende vorträgt.

Die Berücksichtigung der weiteren dem Senat vorliegenden, in der mündlichen Verhandlung nicht mehr aufgegriffenen Druckschriften und der schriftsätzlich vorgebrachten offenkundigen Vorbenutzung führt zu keiner anderen Beurteilung des Sachverhalts.

5. Nach alledem weisen die Verfahren nach den Ansprüchen 1 und 2 des Streitpatents gemäß Hauptantrag alle Kriterien der Patentfähigkeit auf. Diese Ansprüche sind daher rechtsbeständig, mit ihnen haben die besondere Ausführungsformen der Verfahren nach den Ansprüchen 1 und 2 betreffenden Unteransprüche 3 bis 6 gemäß Hauptantrag Bestand.

6. Die mit Hilfe von Joghurt gesäuerte unerhitzte, mehr oder weniger rohe Fleischware gemäß Anspruch 7 nach Hauptantrag und die mit Hilfe von Joghurt gesäuerte gegarte Fleischware gemäß Anspruch 8 nach Hauptantrag sind durch ihre Fertigung gekennzeichnet. Das Beruhen auf einer erfinderischen Tätigkeit kann nicht mit diesen Herstellungsverfahren, die den Verfahren gemäß den Ansprüchen 1 und 2 entsprechen, begründet werden, es muss vielmehr unabhängig von diesem Herstellungsweg festzustellen sein (BGH GRUR 2001, 1129 (V.1.) – zipfelfreies Stahlband mwN).

Dieses Erfordernis wird von den Fleischwaren nach den Ansprüchen 7 und 8 erfüllt. Denn durch die in Rede stehenden Verfahren werden Fleischstücke erhalten, die im Gegensatz zum Stand der Technik, gleichmäßig verteilt Joghurt in einem Anteil von 5 bis 50 Gewichtsprozent enthalten, so dass das Fleischprodukt von Joghurt durchtränkt ist. Auch weisen die rohen Fleischstücke gemäß Anspruch 7 durch den Zusatz von Joghurt eines pH-Wertes von 4,0 oder weniger einen verminderten pH-Wert auf, was sich unschwer feststellen lässt. Das gleiche gilt für die gegarten Fleischstücke gemäß Anspruch 8, für die ein pH-Wert von etwa 5,8 bis

6,0 angegeben ist. Die erfinderische Tätigkeit der Erzeugnisse nach den Ansprüchen 7 und 8 wird somit nicht durch die Herstellungsverfahren getragen, sondern durch die Eigenschaften, die sich unter Anwendung der Verfahren bei ihrer Herstellung ergeben.

Somit sind auch die Sachansprüche 7 und 8 gemäß Hauptantrag rechtsbeständig.

Bei dieser Sachlage bleibt für ein Eingehen auf den Hilfsantrag der Patentinhaberin kein Raum. Die weiter hilfsweise erklärte Teilung des Patents ist bei dieser Sachlage gegenstandslos.

Schröder

Harrer

Gerster

Schuster

Na