



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 151/01

Verkündet am:
21. Juni 2005
Groß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Patentnichtigkeitsache

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juni 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, den Richter Keukenschrijver, die Richterin Mühlens und die Richter Prof. Dr. Meier-Beck und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Die Berufung gegen das Urteil des 3. Senats (Nichtigkeitssenats) des Bundespatentgerichts vom 17. Mai 2001 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Die durch die Nebenintervention verursachten Kosten werden der Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist Inhaberin des am 21. Oktober 1992 unter Inanspruchnahme der Priorität einer Voranmeldung in den Niederlanden vom 22. Oktober 1991 angemeldeten, u.a. mit Wirkung für die Bundesrepublik Deutschland erteilten europäischen Patents 0 538 957 (Streitpatents), das eine Reinigungs-

und Erfrischungsvorrichtung für Toilettenbecken betrifft. Der allein angegriffene Patentanspruch 1 des Streitpatents lautet in der Verfahrenssprache Englisch:

"A cleansing and freshening unit having the twofold purpose of spreading a fresh odour in the toilet room and introducing active substances into the flushing water with each flush, the unit comprising:

- a reservoir (3) for an active substance, such as liquid containing cleansing and air freshening agent;
- suspension means for suspending the unit from the rim of a toilet bowl;
- a porous mass (4A) which is arranged in the path of the flushing water when the unit has been suspended in a toilet bowl;

characterized in that the reservoir has a mouth (11) in which a liquid-permeable closure (4B) is arranged such that the reservoir (3) has its contents in constant communication with the porous mass (4A) when the unit has been suspended in a toilet bowl."

In der deutschen Übersetzung der Streitpatentschrift lautet Patentanspruch 1 wie folgt:

"Reinigungs- und Erfrischungsvorrichtung, die den doppelten Zweck erfüllt, einen frischen Geruch im Toilettenraum zu verbreiten und bei jeder Spülung wirksame Stoffe in das Spülwasser zu bringen, versehen mit:

- einem Behälter (3) für einen wirksamen Stoff, wie eine Reinigungs- und Lufterfrischungsmittel enthaltende Flüssigkeit;
- einem Aufhängemittel zum Aufhängen der Vorrichtung am Rand eines Toilettenbeckens;
- einer porösen Masse (4A), die bei in einem Toilettenbecken aufgehängter Vorrichtung in der Bahn des Spülwassers angeordnet ist;

dadurch gekennzeichnet, daß der Behälter eine Mündung (11) aufweist, in der ein flüssigkeitsdurchlässiger Verschuß (4B) derart angeordnet ist, daß der Inhalt des Behälters (3) in dauernder Verbindung mit der porösen Masse (4A) steht, wenn die Vorrichtung in einem Toilettenbecken aufgehängt ist."

Die Klägerin hat geltend gemacht, Patentanspruch 1 des Streitpatents sei gegenüber dem Stand der Technik nicht patentfähig, weil er durch die deutsche Offenlegungsschrift 34 19 169 (Henkel) und durch die US-Patentschrift 3 946 448 (El Sioufy) neuheitsschädlich getroffen werde. Sie hat beantragt, das Streitpatent im Umfang seines Patentanspruchs 1 mit Wirkung für das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland für nichtig zu erklären. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat Patentanspruch 1 des Streitpatents hilfsweise in der Weise verteidigt, daß im kennzeichnenden Teil vor den Worten "porösen Masse (4A)" die Worte "außerhalb der Mündung befindlichen" eingefügt werden sollen.

Das Bundespatentgericht hat das Streitpatent im Umfang seines Patentanspruchs 1 für nichtig erklärt. Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, die in erster Linie ihren Antrag auf Klageabweisung weiterverfolgt. Hilfsweise verteidigt sie Patentanspruch 1 des Streitpatents in deutscher Sprache in folgenden Fassungen (Ergänzungen unterstrichen):

Hilfsantrag 1:

"Reinigungs- und Erfrischungsvorrichtung, die den doppelten Zweck erfüllt, einen frischen Geruch im Toilettenraum zu verbreiten und bei jeder Spülung wirksame Stoffe in das Spülwasser zu bringen, versehen mit:

- einem Behälter (3) für einen wirksamen Stoff, wie eine Reinigungs- und Lüfterfrischungsmittel enthaltende Flüssigkeit;
- einem Aufhängemittel zum Aufhängen der Vorrichtung am Rand eines Toilettenbeckens;
- einer porösen Masse (4A), die bei in einem Toilettenbecken aufgehängter Vorrichtung in der Bahn des Spülwassers angeordnet ist;

dadurch gekennzeichnet, daß der Behälter eine Mündung (11) aufweist, in der ein flüssigkeitsdurchlässiger Verschuß (4B) derart angeordnet ist, daß der Inhalt des Behälters (3) in dauernder Verbin-

dung mit der porösen Masse (4A) steht, wenn die Vorrichtung in einem Toilettenbecken aufgehängt ist, und wobei die poröse Masse (4A) sich außerhalb der Mündung des Behälters befindet."

Hilfsantrag 2:

"Reinigungs- und Erfrischungsvorrichtung, die den doppelten Zweck erfüllt, einen frischen Geruch im Toilettenraum zu verbreiten und bei jeder Spülung wirksame Stoffe in das Spülwasser zu bringen, versehen mit:

- einem Behälter (3) für einen wirksamen Stoff, wie eine Reinigungs- und Lufterfrischungsmittel enthaltende Flüssigkeit;
- einem Aufhängemittel zum Aufhängen der Vorrichtung am Rand eines Toilettenbeckens;
- einer porösen Masse (4A), die bei in einem Toilettenbecken aufgehängter Vorrichtung in der Bahn des Spülwassers angeordnet ist;

dadurch gekennzeichnet, daß der Behälter eine Mündung (11) aufweist, in der ein flüssigkeitsdurchlässiger Verschuß (4B) derart angeordnet ist, daß der Inhalt des Behälters (3) in dauernder Verbindung mit der porösen Masse (4A) steht, wenn die Vorrichtung in einem Toilettenbecken aufgehängt ist, und wobei die Mündung des Behälters in Arbeitsposition nach unten zeigt."

Hilfsantrag 3:

"Reinigungs- und Erfrischungsvorrichtung, die den doppelten Zweck erfüllt, einen frischen Geruch im Toilettenraum zu verbreiten und bei jeder Spülung wirksame Stoffe in das Spülwasser zu bringen, versehen mit:

- einem Behälter (3) für einen wirksamen Stoff, wie eine Reinigungs- und Lufterfrischungsmittel enthaltende Flüssigkeit;
- einem Aufhängemittel zum Aufhängen der Vorrichtung am Rand eines Toilettenbeckens;
- einer porösen Masse (4A), die bei in einem Toilettenbecken aufgehängter Vorrichtung in der Bahn des Spülwassers angeordnet ist;

dadurch gekennzeichnet, daß der Behälter eine Mündung (11) aufweist, in der ein flüssigkeitsdurchlässiger Verschuß (4B) derart angeordnet ist, daß der Inhalt des Behälters (3) in dauernder Verbin-

dung mit der porösen Masse (4A) steht, wenn die Vorrichtung in einem Toilettenbecken aufgehängt ist, und wobei der Behälter als Flasche ausgebildet ist, deren Mündung in Arbeitsposition nach unten zeigt."

Hilfsantrag 4:

"Reinigungs- und Erfrischungsvorrichtung, die den doppelten Zweck erfüllt, einen frischen Geruch im Toilettenraum zu verbreiten und bei jeder Spülung wirksame Stoffe in das Spülwasser zu bringen, versehen mit:

- einem Behälter (3) für einen wirksamen Stoff, wie eine Reinigungs- und Lüfterfrischungsmittel enthaltende Flüssigkeit;
- einem Aufhängemittel zum Aufhängen der Vorrichtung am Rand eines Toilettenbeckens;
- einer porösen Masse (4A), die bei in einem Toilettenbecken aufgehängter Vorrichtung in der Bahn des Spülwassers angeordnet ist;

dadurch gekennzeichnet, daß der Behälter eine Mündung (11) aufweist, in der ein flüssigkeitsdurchlässiger Verschuß (4B) derart angeordnet ist, daß der Inhalt des Behälters (3) in dauernder Verbindung mit der porösen Masse (4A) steht, wenn die Vorrichtung in einem Toilettenbecken aufgehängt ist, und wobei die poröse Masse als scheibenförmiges Element ausgebildet ist und wobei die Fläche des scheibenförmigen Elements größer ist als die Fläche der Mündung und wobei sich das scheibenförmige Element außerhalb der Mündung des Behälters befindet und die Mündung des Behälters in Arbeitsposition nach unten zeigt."

Hilfsantrag 5:

"Reinigungs- und Erfrischungsvorrichtung, die den doppelten Zweck erfüllt, einen frischen Geruch im Toilettenraum zu verbreiten und bei jeder Spülung wirksame Stoffe in das Spülwasser zu bringen, versehen mit:

- einem Behälter (3) für einen wirksamen Stoff, wie eine Reinigungs- und Lüfterfrischungsmittel enthaltende Flüssigkeit;
- einem Aufhängemittel zum Aufhängen der Vorrichtung am Rand eines Toilettenbeckens;

- einer porösen Masse (4A), die bei in einem Toilettenbecken aufgehängter Vorrichtung in der Bahn des Spülwassers angeordnet ist;

dadurch gekennzeichnet, daß der Behälter eine Mündung (11) aufweist, in der ein flüssigkeitsdurchlässiger Verschuß (4B) derart angeordnet ist, daß der Inhalt des Behälters (3) in dauernder Verbindung mit der porösen Masse (4A) steht, wenn die Vorrichtung in einem Toilettenbecken aufgehängt ist, und wobei die poröse Masse (4A) derart angeordnet ist, daß das Material, das zurückgelassen wird, wenn das Parfüm verdampft, beim Spülen mitgetragen wird und aus der porösen Masse entfernt wird, so daß diese Masse sauber gespült wird."

Hilfsantrag 6:

"Reinigungs- und Erfrischungsvorrichtung, die den doppelten Zweck erfüllt, einen frischen Geruch im Toilettenraum zu verbreiten und bei jeder Spülung wirksame Stoffe in das Spülwasser zu bringen, versehen mit:

- einem Behälter (3) für einen wirksamen Stoff, wie eine Reinigungs- und Lufterfrischungsmittel enthaltende Flüssigkeit;
- einem Aufhängemittel zum Aufhängen der Vorrichtung am Rand eines Toilettenbeckens;
- einer porösen Masse (4A), die bei in einem Toilettenbecken aufgehängter Vorrichtung in der Bahn des Spülwassers angeordnet ist;

dadurch gekennzeichnet, daß der Behälter eine Mündung (11) aufweist, in der ein flüssigkeitsdurchlässiger Verschuß (4B) derart angeordnet ist, daß der Inhalt des Behälters (3) in dauernder Verbindung mit der porösen Masse (4A) steht, wenn die Vorrichtung in einem Toilettenbecken aufgehängt ist, und wobei die Mündung des Behälters in der Arbeitsposition nach unten zeigt und wobei die Vorrichtung den konstanten Effekt hat, daß Flüssigkeit aus dem Behälter über den flüssigkeitsdurchlässigen Verschuß in die poröse Masse absorbiert wird und Duftstoffe von der porösen Masse verdampfen, um so einen frischen Geruch in dem Toilettenraum zu verbreiten, und daß das Spülwasser die aktive Substanz zum Reinigen der Schüssel mit sich trägt."

Die Klägerin verteidigt, ebenso wie die während des Berufungsverfahrens dem Verfahren auf seiten der Klägerin beigetretene Streithelferin, das angefochtene Urteil. Klägerin und Streithelferin halten zudem die hilfsweise verteidigten Fassungen des Patentanspruchs 1 nicht für schutzfähig. Die Klägerin hat sich im Berufungsverfahren zusätzlich auf die US-Patentschrift 4 995 555 (Woodruff), ihre Streithelferin auf die britische Patentschrift 1 070 188 (Calmic Ltd.) gestützt.

Professor Dr.-Ing. U. L. ,
 , hat als gerichtlicher Sachverständiger ein schriftliches Gutachten erstattet, das er in der mündlichen Verhandlung erläutert und ergänzt hat. Die Beklagte hat zwei schriftliche Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. H. A. ,
 , in deutscher Übersetzung vorgelegt, von denen das erste in einem in den Niederlanden geführten Prozeß auf ihre Veranlassung gefertigt wurde und das andere als Stellungnahme zu dem schriftlichen Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen erstellt worden ist.

Entscheidungsgründe:

I. Die zulässige Berufung bleibt ohne Erfolg. Der Gegenstand des Patentanspruchs 1 des Streitpatents ist, wie das Bundespatentgericht im Ergebnis zutreffend erkannt hat, gegenüber dem Stand der Technik nicht patentfähig (Art. II § 6 Abs. 1 Nr. 1 IntPatÜG i.V.m. Art. 138 Abs. 1 Buchst. a, Art. 52 Abs. 1, Art. 54 Abs. 1, Abs. 2 EPÜ). Dies führt dazu, daß Patentanspruch 1 des

Streitpatents in seiner erteilten Fassung der Nichtigkeitsklärung unterliegt (Art. II § 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 IntPatÜG).

II. Der Beitritt der Streithelferin der Klägerin (als einfache Nebenintervenientin, Sen.Urt. v. 30.9.1997 - X ZR 85/94, GRUR 1998, 382 - Schere) ist noch in der Berufungsinstanz statthaft und auch im übrigen zulässig, da die Streithelferin auf Grund ihrer Inanspruchnahme aus dem Streitpatent durch die Beklagte in dem Verfahren 4 O 729/00 vor dem Landgericht Düsseldorf ein rechtliches Interesse am Obsiegen der Klägerin hat (§ 66 Abs. 1 ZPO, § 99 Abs. 1 PatG; vgl. BGHZ 4, 5, 9 - Schreibhefte I; BGH, Zwischenurt. v. 14.11.1961 - I ZR 146/59, BIPMZ 1962, 81, 82 - Brieftaubenreisekabine 01, wonach - auch für den Beitritt auf Klägerseite - eine Rechtsbeziehung zu einer der Parteien des Nichtigkeitsverfahrens genügt, die durch die im Verfahren ergehende Entscheidung beeinflusst werden kann; Benkard, PatG 9. Aufl. § 81 Rdn. 8; Keukenschrijver, Patentnichtigkeitsverfahren, 2. Aufl. 2005, Rdn. 137; Schulte PatG 7. Aufl. 2004, § 81 Rdn. 23).

III. 1. Das Streitpatent betrifft eine Reinigungs- und Erfrischungsvorrichtung für Toiletten. Derartige Vorrichtungen waren nach der Beschreibung des Streitpatents aus der US-Patentschrift 3 946 448 und aus der britischen Patentschrift 1 070 188 bekannt. Nach der Lehre der US-Patentschrift ist der Vorratsbehälter ("reservoir") von einem Absperrventil verschlossen. Dieses wird von einem Hebel betrieben, der eine Klappe trägt, die vom Abwasserstrom geöffnet wird (vgl. Beschr. Sp. 1 Z. 5-13). Die Vorrichtung nach der britischen Patentschrift wird dagegen im Wasserbehälter ("cistern") eines Spülsystems angeordnet. Zur Lufterfrischung ist dabei ein gesonderter Geruchsverbesserer ("deodorizer") vorgesehen, der über ein Rohr mit einem im Wasserbehälter angeordneten umgekehrten Gefäß ("an inverted vessel") verbunden ist, das bei

einem Pegelanstieg im Wasserbehälter Luft zu dem Geruchsverbesserer pumpt, wodurch ein Schwall von Duftstoffen ("a deodorant draught") durch ein Gitter austritt (Beschr. Sp. 1 Z. 14-28). Bei anderen bekannten Einheiten werden Blöcke aus Reinigungs- und Erfrischungssubstanzen in fester Form verwendet, die in käfigförmigen Behältern im Weg des Spülwassers abgehängt werden können (Beschr. Sp. 1 Z. 29-33). Die Abgabe erfolgt dabei schnell und unregelmäßig.

2. Durch das Streitpatent soll demgegenüber eine Vorrichtung zur Verfügung gestellt werden, die - wie sich aus der Darstellung der Nachteile bekannter Vorrichtungen ergibt - leicht montierbar ist und eine definierte und bedarfsgerechte Abgabe des Reinigungs- und Erfrischungsmittels ermöglicht.

3. Das Streitpatent lehrt hierzu in seinem Patentanspruch 1 eine Reinigungs- und Erfrischungsvorrichtung zur Verbreitung frischen Geruchs im Toilettenraum und zur Spülung der Toilette mit wirksamen Stoffen im Spülwasser mit folgenden Merkmalen:

- (1) einem Behälter für einen wirksamen Stoff, z.B. eine Flüssigkeit,
 - (1.1) der eine Mündung aufweist,
 - (1.2) in der ein flüssigkeitsdurchlässiger Verschuß angeordnet ist,
 - (1.2.1) derart, daß der Behälterinhalt in dauernder Verbindung mit der porösen Masse (3) steht, wenn die Vorrichtung im Toilettenbecken aufgehängt ist,
- (2) einem Aufhängemittel zum Aufhängen der Vorrichtung am Rand des Toilettenbeckens;

- (3) einer porösen Masse,
- (3.1) die bei aufgehängter Vorrichtung in der Bahn des Spülwassers angeordnet ist.

4. Der Senat versteht dabei entsprechend den überzeugend und einleuchtend dargestellten und erläuterten Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung den "flüssigkeitsdurchlässigen Verschuß" (Merkmal 1.2) dahin, daß es sich um einen Verschuß mit Kapillarwirkung handelt (z.B. wie bei einem Schwamm), und daß durch ihn eine dosierende Flüssigkeitsabgabe bewirkt wird. Die "poröse Masse" des Streitpatents besagt zwar an sich nicht notwendig, daß bei ihr eine Kapillarwirkung (Festhalten von Flüssigkeiten ohne Fremdeinwirkung) auftritt, weil Porosität an sich nicht mit der Ausbildung von Kapillaren gleichgesetzt werden kann. Jedoch ergab sich die Kapillarwirkung für den Fachmann, einen Fachhochschulingenieur der Fachrichtung allgemeiner Maschinenbau oder Verfahrenstechnik mit vertieften praktischen Kenntnissen auf dem Gebiet der Artikel der Haushaltshygiene, als praktisches Erfordernis zum einen aus der Notwendigkeit des Zurückhaltens der Flüssigkeit und zum anderen aus ihrer dosierenden Abgabe, die weder durch Osmose bewirkt werden konnte noch erkennbar durch ventilartige Ausgestaltungen, wie sie aus dem Stand der Technik bekannt waren, bewirkt werden sollte. Daß ein Flüssigkeitstransport z.B. auch durch Diffusion erfolgen kann, worauf Prof. A. hingewiesen hat, steht dem nicht entgegen und wurde aus fachkundiger Sicht schon wegen der Erforderlichkeit des Festhaltens nicht erfaßt.

Dabei muß nach dem Streitpatent der Behälterinhalt im Betriebszustand in dauernder Verbindung mit der porösen Masse stehen. Die weitere Aussage, daß diese Masse in der Bahn des Spülwassers der Toilette angeordnet "ist",

d.h. angeordnet werden kann und bei Betätigung des Spülvorgangs im eingebauten Zustand dort auch angeordnet sein wird, betrifft an sich nicht die Ausgestaltung der Vorrichtung. Aus ihr folgt zudem keine bindende Anweisung, wo die poröse Masse innerhalb der geschützten Vorrichtung anzuordnen ist. Dies schließt neben der Möglichkeit des Einsatzes diskreter Bauteile für die poröse Masse und den flüssigkeitsdurchlässigen Verschuß auch die Möglichkeit ein, daß streitpatentgemäß die poröse Masse mit dem dosierenden Verschuß als Einheit ausgebildet ist. Auch diese Auslegung des Senats steht im Einklang mit den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung. Die Äußerung von Prof. A. , der Fachmann verstehe unter dem flüssigkeitsdurchlässigen Verschuß und der porösen Masse zwei Bestandteile, jeweils mit eigener Funktion, steht dem nicht entgegen, da Prof.

A. nicht berücksichtigt, daß die Funktionen, die er dem Verschuß und der porösen Masse getrennt zuweist, auch von einer einheitlichen Masse mit entsprechenden Eigenschaften (dosierende Durchlässigkeit auf der einen Seite, Speicherung und Verdunstung auf der anderen) erfüllt werden können. Dabei versteht es sich bei fachkundigem Verständnis, daß die nicht verfüllten Bereiche in ausreichendem Maß miteinander in Verbindung stehen müssen, weil ein Flüssigkeitsdurchgang sonst nicht möglich wäre, den Patentanspruch 1 des Streitpatents aber voraussetzt.

5. Streitpatentgemäße Ausführungsformen (Ausführungsbeispiele) von patentgemäßen Vorrichtungen zeigen Figuren 2 und 3 des Streitpatents, wobei Figur 2 eine komplette Einheit, Figur 3 eine wiederbefüllbare Flasche darstellt:

Die Vorrichtung besteht aus einem Behälter 1 mit einem Aufhängehaken 2, einer Flasche 3 und einem schwammigen Verschuß 4B, die einen Mund 11 mit Ringen 13, 14 aufweist, der mittels einer Kappe verschlossen werden kann. Der Behälter hat einen Boden 5 mit Öffnungen 6 und einer aufrechten Seitenwand 7, in der Durchlässe 8 gebildet sein können. Haltemittel 9, 10 halten die Flasche 3. Der Verschuß 4B und die porösen Massen 4A werden gleichermaßen als "porous masses" bezeichnet (Beschr. Sp. 3 Z. 15). Demnach können die mit 4A und 4B bezeichneten Elemente in festem, wechselseitigem Kontakt stehen (Beschr. Sp. 3 Z. 17).

6. Daß die poröse Masse (im Betriebszustand) in der Bahn des Spülwassers angeordnet ist (Merkmal 3.1), besagt nicht mehr, als daß sie vom Wasser erreicht werden muß, wobei sich aus dem Patentanspruch keine Vorschrift ergibt, ob dies durch Vorbeiströmen, durch Anströmen oder durch Durchströmen geschieht. Deshalb wird dies alles von Patentanspruch 1 des Streitpatents erfaßt. Der gerichtliche Sachverständige hat dies ebenso gesehen.

IV. Der so verstandene Gegenstand des Patentanspruchs 1 des Streitpatents ist durch die deutsche Offenlegungsschrift 34 19 169 vorweggenommen und damit nicht neu. Damit erfüllt er nicht das Erfordernis der Patentfähigkeit gegenüber dem Stand der Technik (Art. 54 EPÜ).

Die in der deutschen Offenlegungsschrift 34 19 169 (Henkel) beschriebene Dosiervorrichtung weist ebenfalls einen Behälter mit mindestens einer im Weg des Spülwassers anzuordnenden Auslaßöffnung, d.h. Mündung, und eine Aufhängung auf (Merkmale 1, 1.1, 2). Die Auslaßöffnungen weisen zumindest

eine "kapillaraktive Dosierhilfe" auf (z.B. feine Kunststoffvliesmaterialien oder Schwammembranen, die auch zusätzlich an der Oberseite des Behältnisses befestigt werden können, um eine Dochtwirkung zu erzielen, Beschr. S. 4 Z. 10-15), durch die der Wirkstoff vom vorbeifließenden Spülwasserstrom abgenommen, ein unkontrollierter Verbrauch aber vermieden wird. In der Sache besteht insoweit gegenüber dem Streitpatent kein Unterschied (s. oben III. 4). Eine Abweichung kann entgegen der Auffassung von Prof. A. auch nicht daraus hergeleitet werden, daß die Dosierhilfen zu wenig Speicherkapazität und kaum eine Oberfläche zur Abgabe aktiver Substanzen aufwiesen, da sowohl Speicherung als auch Abgabe bei ihnen möglich sind; daß sich aus den Ausführungsbeispielen, die die Entgegenhaltung zeigt, ein eher geringer Wirkungsgrad ergeben mag, steht der prinzipiellen Übereinstimmung nicht entgegen. Demnach weist auch die Vorrichtung nach dieser Entgegenhaltung im Sinn des Merkmals 1.2 des Streitpatents einen flüssigkeitsdurchlässigen Verschuß auf. Dieser dient auch zum Freisetzen von Duftstoffen (vgl. Beschr. S. 4 Z. 30/31). Allerdings beschreibt die Offenlegungsschrift nicht ausdrücklich eine poröse Masse; diese wird aber durch die "kapillaraktive Dosierhilfe" der Entgegenhaltung ebenfalls getroffen. Zwischen den in der Offenlegungsschrift genannten Dosierhilfen, etwa aus Kunststoffvliesmaterial (z.B. Scribrods, d.h. kapillare Behältnisse für Flüssigkeiten), feinporigen Fritten (Patentanspruch 7) oder aus einer Schwammembran oder einem Schwammkern (Patentanspruch 8), und der "porösen Masse", wie sie der Senat versteht (oben III. 4), besteht kein sachlicher Unterschied, und zwar auch nicht unter Berücksichtigung der weiteren Angabe in der Entgegenhaltung, daß Schwammembran oder Schwammkern weitgehend geschlossenporig sein sollen. Dieser Gesichtspunkt besagt nämlich, wie der gerichtliche Sachverständige in der mündlichen Verhandlung überzeugend erläutert hat, nur, daß insoweit ein Kompromiß zwischen offenen und geschlossenen Kapillaren dahin gefunden werden muß, daß

einerseits eine ausreichende Flüssigkeitssperre gewährleistet ist, andererseits aber der Kapillareffekt zur Geltung kommen kann.

Soweit Prof. A. darauf hingewiesen hat, daß Vorrichtungen nach der Patentanmeldung nicht auf den Markt gekommen seien, ist dies schon deshalb ohne Bedeutung, weil der Stand der Technik im Sinn des Art. 54 Abs. 2 EPÜ alle öffentlich zugänglichen Kenntnisse umfaßt, damit umfassend ist und sich nicht etwa auf bereits vermarktete Kenntnisse beschränkt (vgl. Senat BGHZ 136, 40, 44 ff. - Leiterplattennutzen, zu der insoweit übereinstimmenden Regelung in § 3 Abs. 1 GebrMG; Benkard, EPÜ, Art. 54 Rdn. 3; Busse, PatG 6. Aufl., § 3 PatG Rdn. 74).

V. 1. Die hilfsweise verteidigten Fassungen des Patentanspruchs 1 können, soweit sie sich in neuheitsbegründender Weise von der deutschen Offenlegungsschrift 34 19 169 unterscheiden, jedenfalls eine erfinderische Leistung im Sinn des Art. 56 EPÜ nicht begründen. Mit ihnen kann Patentanspruch 1 des Streitpatents daher nicht erfolgreich verteidigt werden.

2. a) Patentanspruch 1 in seiner nach dem ersten Hilfsantrag verteidigten Fassung unterscheidet sich von Patentanspruch 1 in seiner erteilten Fassung durch das zusätzliche Merkmal,

(3.2') daß sich die poröse Masse außerhalb der Mündung des Behälters befindet.

Zur Patentfähigkeit gegenüber dem Stand der Technik trägt dieses Merkmal weder allein noch in Kombination mit den übrigen Merkmalen etwas bei. Denn es ist durch die deutsche Offenlegungsschrift 34 19 169 nahegelegt,

wenn nicht vorweggenommen, wo sich die zusätzlichen Dosiermedien an der Oberfläche des Behältnisses und damit ebenfalls außerhalb der Mündung des Behälters befinden.

b) Hilfsantrag 2 fügt an Patentanspruch 1 in der Fassung des erteilten Patents das Merkmal an,

(1.1.1') daß die Mündung des Behältnisses in der Arbeitsposition nach unten zeigt.

Dabei handelt es sich um eine wenn auch infolge der Kapillarwirkung nicht zwingend notwendige, so doch zu deren Unterstützung naheliegende Folge aus der Forderung, daß der Behälterinhalt mit der porösen Masse in Verbindung stehen soll, mithin um eine konstruktive Ausgestaltung ohne erfinderischen Gehalt, die auch in der Kombination mit den übrigen Merkmalen nichts zu einer erfinderischen Leistung beiträgt. Zudem zeigt auch die deutsche Offenlegungsschrift 34 19 169 in ihrer Figur 2 eine nach unten zeigende Behälteröffnung; Öffnungen an der Bodenfläche werden in der Beschreibung (S. 4 Z. 22) beschrieben.

c) Nach Hilfsantrag 3 soll der Behälter

(1.01') als Flasche ausgebildet sein;

zusätzlich ist Merkmal (1.1.1') wie nach Hilfsantrag 2 vorgesehen.

Auch durch das zusätzliche Merkmal (1.01') wird eine erfinderische Leistung nicht begründet. Der Einsatz einer Flasche zur Aufnahme von Flüssigkeit

ten ist verbreitete Praxis und von daher von vornherein für jeden Praktiker, der sich mit der Aufnahme von Flüssigkeiten befaßt, naheliegend. Gründe, die gegen eine Verwendung von Flaschen bei Reinigungsflüssigkeiten sprechen könnten, sind angesichts der gerichtsbekannten und allgemeinkundigen seit langem verbreiteten Praxis, derartige Flüssigkeiten in Flaschen in den Verkehr zu bringen, kaum vorstellbar.

d) Nach dem vierten Hilfsantrag soll neben den zusätzlichen Merkmalen 1.1.1' und 3.2' (s. oben unter V. 2 a) und b)

(3.01') die poröse Masse als scheibenförmiges Element ausgebildet und

(3.01.1') größer als die Fläche der Mündung sein.

Eine Ausbildung als scheibenförmiges Element zeigt - jedenfalls auf den ersten Blick - etwa die Dosierhilfe (6) der deutschen Offenlegungsschrift 34 19 169, ohne daß sich aus dieser Entgegenhaltung abweichende Informationen entnehmen lassen. Die Vergrößerung des Elements auf ein die Mündungsfläche übersteigendes Maß verbietet allerdings deren Anbringung vollständig innerhalb der Mündung. Daß eine solche Anbringung nicht zwingend ist, zeigt indessen schon Figur 3 dieser Offenlegungsschrift, wo das kapillaraktive Material (ersichtlich der beschriebene Docht) ebenfalls aus der Mündung herausragt. Die Maßnahme, die Masse in ihrer Fläche zu vergrößern, ist ebenfalls durch die Offenlegungsschrift angeregt, in deren Beschreibung (S. 4 Z. 30/31) die dem Fachmann aus seinem Fachwissen bekannte Korrelation der Oberfläche mit der Duftabgabe (in dem Sinn, daß eine Vergrößerung der Oberfläche zu einer erhöhten Abgabe von Duftstoffen führen wird) angesprochen wird. Der Senat folgt dem gerichtlichen Sachverständigen dahin, daß der Kon-

strukteur aus dem Hinweis in dieser Offenlegungsschrift auf die Abgabe der Duftstoffe über die Oberfläche gestoßen wird. Zudem zeigt auch die vorveröffentlichte US-Patentschrift 4 995 555 (Woodruff), die sich mit der Duftstoffabgabe an die Umgebungsluft beschäftigt und auf die der Fachmann deshalb stoßen wird, daß durch die Vergrößerung der Abgabefläche die Duftstoffabgabe erhöht wird (z.B. Sp. 4 Z. 47-50: "... slots 6 render the device adjustable, so that its evaporating capacity may be regulated in accordance with the size of the room to be deodorized and the nature of the odor to be destroyed"; in Übersetzung: "... macht die Vorrichtung einstellbar, so daß ihre Verdampfungsfähigkeit in Übereinstimmung mit der Größe des Raums, der luftgereinigt werden soll, und der Beschaffenheit des Geruchs, der zerstört werden soll, reguliert werden kann"; nähere Einzelheiten Sp. 6 Z. 35-50). Zur Bewirkung der Flächenvergrößerung bot es sich für den Fachmann naheliegenderweise an, die Scheibe der Offenlegungsschrift derart über die Mündung hinauszuführen, daß der in der Mündung verbleibende Teil als Pfropfen weiterhin zur Befestigung diene und der überstehende Teil entsprechend der nunmehr zur Verfügung stehenden größeren Freiheit verbreitert wird. Geschieht dies bei Beibehaltung der Einstückigkeit, was die hinzugefügten Merkmale ebenfalls zulassen, entsteht dadurch ein scheibenförmiges Element mit größerer Fläche als die Mündungsfläche. Deshalb stellen auch die Maßnahmen, wie sie der nach Hilfsantrag 4 verteidigte Patentanspruch 1 in seiner Gesamtheit vorschlägt, nur naheliegende Weiterbildungen der Lehre nach der Offenlegungsschrift dar.

e) Hilfsantrag 5 ergänzt Patentanspruch 1 in der Fassung des erteilten Patents nicht um weitere technische Maßnahmen, sondern fügt lediglich Funktions- und Wirkungsangaben an, die die Ausgestaltung der Vorrichtung nicht verändern. Schon von daher kann aus den vorgeschlagenen Ergänzungen eine erfinderische Leistung nicht abgeleitet werden.

f) Nach Hilfsantrag 6 werden neben dem zusätzlichen Merkmal des Hilfsantrags 2 lediglich Wirkungsangaben ergänzt, und zwar

- (4') daß die Vorrichtung den konstanten Effekt hat, daß Flüssigkeit aus dem Behälter über den flüssigkeitsdurchlässigen Verschluss in die poröse Masse absorbiert wird und
- (5') Duftstoffe von der porösen Masse verdampfen, um so einen frischen Geruch in dem Toilettenraum zu verbreiten, und
- (6') daß das Spülwasser die aktive Substanz zum Reinigen der Schüssel mit sich trägt.

Damit werden Wirkungen beschrieben, wie sie sich ohne weiteres aus den entsprechenden Sachmerkmalen ergeben, hinsichtlich der Merkmale 5' und 6' aber auch in der deutschen Offenlegungsschrift 34 19 169 (S. 4 Z. 23-26, Z. 30-31) angesprochen sind. Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit solche Wirkungsangaben zulässig sind (vgl. EPA - Beschwerdekammer - T 6/81, ABI. EPA 1982, 183 - Elektrodenschlitten). Jedenfalls ergaben sie sich für den Fachmann bereits ohne erfinderisches Zutun aus der genannten Offenlegungsschrift. Auch ihre Kombination mit den anderen Merkmalen des Patentanspruchs führt nicht zu einer anderen Beurteilung.

VI. Die Kostenentscheidung folgt aus § 121 Abs. 1 PatG i.V.m. § 97 ZPO und hinsichtlich der Streithelferin aus § 101 Abs. 1 ZPO (vgl. Sen.Urt. v. 30.9.1997 - X ZR 85/94, GRUR 1998, 382 - Schere). Eine abweichende Entscheidung über die Kosten erfordert die Billigkeit nicht.

Melullis

Keukenschrijver

Mühlens

Meier-Beck

Kirchhoff