



Fundstelle: PBI 2013, 25

- 1. Der Gesetzeswortlaut „der Öffentlichkeit zugänglich gemacht“ in § 3 Abs 1 Satz 2 PatG beschränkt die Neuheitsschädlichkeit nicht auf den der Allgemeinheit tatsächlich bekannten Stand der Technik, sondern er bezieht jede offenbarte Lehre ein, auf die die fachkundige Allgemeinheit, d.h. ein unbestimmter, wegen der Beliebigkeit seiner Zusammensetzung für den Erfindungsbesitzer nicht mehr kontrollierbarer Personenkreis, zugreifen könnte.**
- 2. Nach § 140 Abs 2 PatG hat der Oberste Patent- und Markensenat keine neuen Beweise aufzunehmen. Diese Bestimmung wird in ständiger Rechtsprechung dahin ausgelegt, dass immer dann im Berufungsverfahren keine Überprüfung der Beweiswürdigung stattfindet, wenn es um Beweismittel geht, die von der ersten Instanz unmittelbar aufgenommen wurden (Zeugenbeweis; Beweis durch Parteienvernehmung), die Glaubwürdigkeit der vernommenen Personen also auf dem unmittelbar gewonnenen Eindruck beruht.**
- 3. Das österreichische Patent AT 414 073 für ein Heizgerät ist mangels Neuheit nichtig.**

Leitsätze verfasst von Dr. Clemens Thiele, LL.M.

Der Oberste Patent- und Markensenat hat durch die Präsidentin des Obersten Patent- und Markensenates Dr. Irmgard GRISS, die Räte des Obersten Patent- und Markensenates Dr. Gottfried MUSGER und Dr. Gabriele JAGETSBERGER als rechtskundige Mitglieder sowie die Räte des Obersten Patent- und Markensenates Dipl.-Ing. Johannes MESA-PASCASIO und Dr. Susanna SLABY als fachtechnische Mitglieder in der Patentsache der Antragstellerin R***** GmbH, ***** vertreten durch Kliment & Henhappel Patentanwälte OG, Singerstraße 8, 1010 Wien, wider die Antragsgegnerin e***** GmbH, ***** vertreten durch Herrn Patentanwalt Dipl.-Ing. Friedrich Schweinzer, c/o Andritz AG, Stattegger Straße 18, 8045 Graz, auf Nichtigerklärung des österreichischen Patents Nr 414 073, über die Berufung der Antragsgegnerin gegen die Endentscheidung der Nichtigkeitsabteilung des Österreichischen Patentamtes vom 27. Juni 2011, ZI N 1/2010-8, entschieden:

Der Berufung wird nicht Folge gegeben. Die Antragsgegnerin ist schuldig, der Antragstellerin binnen 14 Tagen die mit 2.856,90 EUR bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin 476,15 EUR Umsatzsteuer) zu ersetzen.

G r ü n d e :

Die Parteien streiten über die Nichtigkeit des von der Antragsgegnerin am 5. Oktober 2004 angemeldeten Patents Nr 414 073 „Heizgerät“. Die Ansprüche lauten:

- 1. Heizgerät bestehend aus einer Grundplatte und einem Heizelement, dadurch gekennzeichnet, dass die Grundplatte (2) aus einem isolierenden Material besteht und das Heizelement (3) darin eingebettet ist, wobei das Heizelement (3) als flexibler drahtförmiger elektrischer Heizleiter aus einem nichtmetallischen Material ausgeführt ist.*
- 2. Heizgerät nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass die Grundplatte (2) aus gesintertem Blähglasgranulat ausgeführt ist.*
- 3. Heizgerät nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass die Grundplatte (2) aus einer Wabe aus einem phenolharzbeschichteten Aramid-Papier oder einer Aluminium-Wabe besteht.*
- 4. Heizgerät nach einem der Ansprüche 1 bis 3, dadurch gekennzeichnet, dass das Heizelement*

(3) aus einem Carbondraht besteht.

5. Heizgerät nach einem der Ansprüche 1 bis 4, dadurch gekennzeichnet, dass das Heizelement (3) in einer Nute (8) in der Grundplatte (2) angeordnet ist.

6. Heizgerät nach einem der Ansprüche 1 bis 5, dadurch gekennzeichnet, dass auf einer Flachseite der Grundplatte (2) eine Abdeckplatte (6) mit abstrahlenden Eigenschaften angeordnet ist.

7. Heizgerät nach Anspruch 6, dadurch gekennzeichnet, dass die Abdeckplatte (6) aus Emailblech oder lackiertem Alublech besteht.

8. Heizgerät nach einem der Ansprüche 6 bis 7, dadurch gekennzeichnet, dass das Heizelement (3) mit der Abdeckplatte (6) direkt in Kontakt steht.

9. Heizgerät nach einem der Ansprüche 1 bis 8, dadurch gekennzeichnet, dass auf der unteren Flachseite der Grundplatte (2) eine wärmespiegelnde Abdeckplatte (9) vorgesehen ist.

10. Heizgerät nach Anspruch 9, dadurch gekennzeichnet, dass die wärmespiegelnde Platte (9) aus Stahlblech, Aluminiumblech oder Zinkblech besteht.

Die Antragstellerin beantragt die Nichtigkeitsklärung des Patents. Sie habe ein vergleichbares Heizgerät bereits vor dem Anmeldetag des Patents hergestellt. Weiters habe sich die Lehre des Patents für den Fachmann ohne weiteren erfinderischen Schritt aus mehreren älteren Patentschriften ergeben; teilweise sei sie dort auch ausdrücklich vorweggenommen worden.

Die Antragsgegnerin bestritt, dass die Antragstellerin bereits vor dem Tag der Anmeldung ein vergleichbares Heizgerät hergestellt habe. Auch gegenüber dem (sonstigen) Stand der Technik sei die Lehre des Patents neu und beruhe auf einem erfinderischen Schritt.

Die Nichtigkeitsabteilung erklärte das Streitpatent für nichtig. Sie nahm als erwiesen an, dass die Antragstellerin vor dem Anmeldetag des Patents Heizgeräte entwickelt und verkauft hat, die aus einer Grundplatte aus isolierendem Material (Vermiculit), einem Zinkblech an der Rückseite, einem Heizelement und einer Emailoberfläche an der Oberseite bestanden hätten. Das Heizelement sei ein flexibler Carbondraht gewesen, der in ausgefrästen Nuten der Grundplatte des Kerns eingeklebt und damit in die Grundplatte eingebettet gewesen sei. Auf der Oberfläche der Grundplatte sei ein Emailblech angeordnet gewesen, das unmittelbar auf dem Heizelement aufgelegt und in direktem Kontakt zum Heizelement gestanden sei. Solche Heizgeräte habe die Rechtsvorgängerin der Antragstellerin in größerer Menge vor dem Prioritätstag des Streitpatents an mehrere Vertriebspartner verkauft, die nicht zur Geheimhaltung verpflichtet gewesen seien. Die Heizgeräte seien auch an mehrere Endkunden ausgeliefert worden. Die Ansprüche 1 und 4 bis 10 des Streitpatents seien gegenüber diesen Heizgeräten nicht neu gewesen. Weiters werde das Patent auch durch die älteren Patente DD 115 413 (Beilage ./C; Heizgerät), GB 574 107 A (Beilage ./N; Heizgerät) und US 2 456 202 A (Beilage ./O; Kochplatte) getroffen. Vorrichtungen im Sinn der Ansprüche 1

und 4 seien bereits in ./N dargestellt; die Ansprüche 5 bis 10 ergäben sich ohne erfinderischen Schritt aus einem Zusammenhalt von ./N und ./O. Eine Dämmschicht auf der Grundplatte sei bereits in ./C dargestellt; die Auswahl des Dämmmaterials (Ansprüche 2 und 3) erfordere keinen erfinderischen Schritt.

In der gegen diese Entscheidung gerichteten Berufung beantragt die Antragsgegnerin, das Streitpatent in folgendem eingeschränkten Umfang aufrecht zu erhalten (neuer Anspruch 1 als Kombination der bisherigen Ansprüche 1, 5, 6 und 8):

1. Heizgerät bestehend aus einer Grundplatte und einem Heizelement, wobei die Grundplatte (2) aus einem isolierenden Material besteht und das Heizelement (3) darin eingebettet ist, und das Heizelement (3) als flexibler drahtförmiger elektrischer Heizleiter aus einem nichtmetallischen Material ausgeführt ist, dadurch gekennzeichnet, dass das Heizelement (3) in einer Nute (8) in der Grundplatte (2) angeordnet ist, dass auf einer Flachseite der Grundplatte (2) eine Abdeckplatte (6) mit abstrahlenden Eigenschaften angeordnet ist und das Heizelement (3) mit der Abdeckplatte (6) direkt in Kontakt steht.
2. Heizgerät nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass die Grundplatte (2) aus gesintertem Blähglasgranulat ausgeführt ist.
3. Heizgerät nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass die Grundplatte (2) aus einer Wabe aus einem phenolharzbeschichteten Aramid-Papier oder einer Aluminium-Wabe besteht.
4. Heizgerät nach einem der Ansprüche 1 bis 3, dadurch gekennzeichnet, dass das Heizelement (3) aus einem Carbondraht besteht.
5. Heizgerät nach einem der Ansprüche 1 bis 4, dadurch gekennzeichnet, dass die Abdeckplatte (6) aus Emailblech oder lackiertem Alublech besteht.
6. Heizgerät nach einem der Ansprüche 1 bis 5, dadurch gekennzeichnet, dass auf der unteren Flachseite der Grundplatte (2) eine wärmespiegelnde Abdeckplatte (9) vorgesehen ist.
7. Heizgerät nach Anspruch 6, dadurch gekennzeichnet, dass die wärmespiegelnde Platte (9) aus Stahlblech, Aluminiumblech oder Zinkblech besteht.

Die Antragstellerin beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

1. Die Antragsgegnerin bekämpft die Feststellung der Nichtigkeitsabteilung, die Antragstellerin habe bereits vor dem Anmeldetag des Patents Heizgeräte hergestellt und in Verkehr gebracht, die mehrere Ansprüche des Streitpatents vorweggenommen hätten. Damit dringt sie nicht durch.
 - 1.1. Nach § 140 Abs 2 PatG hat der Oberste Patent- und Markensenat keine neuen Beweise aufzunehmen. Diese Bestimmung wird in ständiger Rechtsprechung dahin ausgelegt, dass immer dann im Berufungsverfahren keine Überprüfung der Beweiswürdigung stattfindet, wenn es um Beweismittel geht, die von der ersten Instanz unmittelbar aufgenommen wurden (Zeugenbeweis; Beweis durch Parteienvernehmung), die Glaubwürdigkeit der vernommenen Personen also auf dem unmittelbar gewonnenen Eindruck beruht. Wenn der Oberste Patent- und Markensenat keine Beweise aufzunehmen hat, kommt eine Nachprüfung der von der Tatsacheninstanz erfolgten Beweiswürdigung nicht in Frage. Vielmehr ist er an die auf unmittelbarer Beweisaufnahme beruhenden Feststellungen gebunden (Op 1/83 = PBl 1983, 164; Op 4/95 = PBl 1999, 49; Op 3/08 = PBl 2009, 177; zuletzt etwa Op 2/11 = PBl 2011, 160).
 - 1.2. Davon abgesehen, ist die Beweisrüge auch in der Sache nicht berechtigt. Die von der Nichtigkeitsabteilung als glaubwürdig beurteilte Aussage des – nach dem Inhalt der Ladung zutreffend als Partei vernommenen – Geschäftsführers der Antragstellerin ist durch Urkunden belegt. Insbesondere deckt sie sich mit dem im Juli 2003 von einer dritten Institution erstellten Prüfbericht ./F. Die darin genannten Bestandteile entsprechen den Angaben des Geschäftsführers zum Aufbau seiner Heizgeräte. Dass es sich dabei um Wärme abstrahlende Geräte handelte, ergibt sich aus der von der Prüfinstitution angeführten Bezeichnung als „Infrarot-Dunkelfeldstrahler“. In Bezug auf die Datierung der Lichtbilder ./W, die die Geräte der Antragstellerin zeigen, ist der

Nichtigkeitsabteilung zwar an einer Stelle ein Schreibfehler unterlaufen, als sie den Datumshinweis auf deren Rückseite mit „03.09“ wiedergab. Tatsächlich lautet er – wie an anderer Stelle der angefochtenen Entscheidung richtig ausgeführt – „09.03“, was im Zusammenhang mit den Feststellungen zur Datierungspraxis des die Lichtbilder ausarbeitenden Unternehmens eindeutig auf ein Entstehen im September 2003 hinweist. Auf dem ersten Lichtbild in ./W sind in die Platte eingefräste Nuten erkennbar, was auf die (von der Antragsgegnerin bestrittene) Verwendung eines Carbondrahtes (und nicht eines Vlieses) schließen lässt. Der Verkauf von Geräten an Dritte ist ebenfalls urkundlich nachgewiesen.

2. Auf dieser Grundlage sind die durch Einschränkung neu gefassten Ansprüche 1 und 4 bis 7 des Streitpatents gegenüber den älteren Geräten der Antragstellerin nicht neu.

2.1. Nach § 3 Abs 1 gilt eine Erfindung als neu, wenn sie nicht zum Stand der Technik gehört. Den Stand der Technik bildet dabei alles, was der Öffentlichkeit vor dem Prioritätstag der Anmeldung durch schriftliche oder mündliche Beschreibung oder in sonstiger Weise zugänglich gemacht worden ist. Der Gesetzeswortlaut „der Öffentlichkeit zugänglich gemacht“ beschränkt die Neuheitsschädlichkeit nicht auf den der Allgemeinheit tatsächlich bekannten Stand der Technik, sondern er bezieht jede offenbarte Lehre ein, auf die die fachkundige Allgemeinheit, dh ein unbestimmter, wegen der Beliebigkeit seiner Zusammensetzung für den Erfindungsbesitzer nicht mehr kontrollierbarer Personenkreis, zugreifen könnte (*Benkard*, Patentgesetz10 [2006] § 3 Rz 53a; *Kraßer*, Patentrecht6 [2009] § 16 A. IV.; beide mwN). Das ist beim vorbehaltlosen Überlassen – etwa dem Verkauf – eines Erzeugnisses, das einen bestimmten Stand der Technik verkörpert, regelmäßig der Fall (*Kraßer* aaO; vgl BGH X ZR 67/98 = GRUR 1999, 976 – Anschraubscharnier). Denn damit wird – anders als etwa bei Verwendung eines Gegenstands auf einer Baustelle (BGH X ZR 155/98 = GRUR 2001, 819 – Schalungselement; OPM OBP 2/09 = PBl 2010, 117) – die Untersuchung durch einen Fachmann ermöglicht. Dabei schadet es nicht, dass eine solche Untersuchung unter Umständen die Zerstörung des Erzeugnisses erfordert (*Kraßer* aaO). Dass der Aufbau und die Wirkweise der Geräte auch bei einer fachkundigen Untersuchung verborgen geblieben wären, trifft nicht zu, weil ein oder mehrere mechanische Schnitte durch ein Gerät zweifellos diesbezügliche Rückschlüsse erlaubt hätten. Damit besteht kein Zweifel, dass der Aufbau und die Wirkweise dieser Heizgeräte zum der Öffentlichkeit zugänglichen Stand der Technik gehörten.

2.2. Die Heizgeräte der Antragstellerin wiesen eine Grundplatte aus Vermiculit, also einem isolierenden Material, auf, wobei in diese ein flexibler elektrischer Leiter aus Carbon eingebettet war, das Heizelement in einer Nute in der Grundplatte angeordnet war, auf einer Flachseite der Grundplatte eine Abdeckplatte mit abstrahlenden Eigenschaften angeordnet war und schließlich das Heizelement mit der Abdeckplatte direkt in Kontakt stand. Damit war der eingeschränkte Anspruch 1 zum Anmeldezeitpunkt nicht mehr neu. Zum Stand der Technik gehörte weiters, dass das Heizelement aus einem Carbondraht bestand (Anspruch 4), die Abdeckplatte aus Emailblech oder lackiertem Alublech bestand (Anspruch 5), auf der unteren Flachseite der Grundplatte eine wärmespiegelnde Abdeckplatte vorgesehen war (Anspruch 6) und die wärmespiegelnde Platte aus Stahlblech, Aluminiumblech oder Zinkblech bestand (Anspruch 7).

3. Alle Ansprüche des Patents werden zudem durch die vorveröffentlichten Schriften ./N, ./O und ./C getroffen.

3.1. Beilage ./N zeigt ein Heizgerät bestehend aus einer Grundplatte (heater plate, Seite 3 Zeile 41) und einem Heizelement (Seite 2, Zeile 61), wobei die Grundplatte aus einem isolierenden Material (Seite 3 Zeile 41) besteht und das Heizelement darin eingebettet ist (Seite 2, Zeile 63). Das Heizelement ist als flexibler drahtförmiger elektrischer Heizleiter (Seite 2, Zeile 80) aus Carbon (Seite 3, Zeile 28) gebildet und damit aus einem nichtmetallischen Material ausgeführt. Ebenfalls aus Carbon besteht das in Beilage ./N geoffenbarte Heizelement. Damit waren zwar die ursprünglichen Ansprüche 1 und 4 geoffenbart, nicht aber der neue Anspruch 1, der auf einer Kombination der ursprünglichen Ansprüchen 1, 5, 6 und 8 besteht.

3.2. Beilage ./O zeigt ein Gerät, das als „heating unit“ bezeichnet wird, nach der Beschreibung aber eine Kochplatte ist. Technisch weist diese Heizeinrichtung ein Heizelement (heating element [4])

und eine Grundplatte (1) aus einem schlecht wärmeleitenden Material (Spalte 1, Zeile 43) auf, wobei das Heizelement in einer Nute (groove 3) in der Grundplatte (body 1) angeordnet ist. Beilage ./O zeigt jedoch kein Heizelement, das als flexibler drahtförmiger elektrischer Heizleiter aus einem nichtmetallischen Material gemäß einem Kennzeichen des Anspruchs 1 ausgebildet ist. Anspruch 1 ist daher auch gegenüber ./O neu.

3.3. Für einen Fachmann liegt es jedoch nahe, Anregungen aus dem Gebiet sonstiger Heizvorrichtungen heranzuziehen. Im konkreten Fall lag eine Kombination der Beilagen ./N und ./O nahe, die sich jeweils mit einer Heizvorrichtung, einer Grundplatte und einem Heizleiter befassen. Dass die beiden Geräte auf unterschiedlichen Prinzipien beruhen (Wärmeleitung bzw Wärmestrahlung), schadet nicht. Die in der Berufung betonte Unterscheidung zwischen Wärmeleitung und Wärmestrahlung gehört zum physikalischen Grundlagenwissen eines einschlägigen Fachmanns. Unabhängig davon weisen die Heizgeräte aber in beiden Fällen dieselben Komponenten auf, wie etwa Spannungsversorgung, elektrische Kontaktierungen, Thermostate etc. Ein Elektriker oder Elektrotechniker mit Erfahrung auf dem Gebiet der Heizgeräte würde daher schon deswegen Anregungen aus dem Gebiet sonstiger Heizvorrichtungen heranziehen, insbesondere wenn die Heizvorrichtungen jeweils eine Grundplatte und einen Heizleiter enthalten. Beilage ./O zeigt weiters eine Abdeckplatte (jacket 9), die aus einem sich schnell aufheizenden Material (Spalte 1, Zeile 13) besteht. Naheliegender Weise besitzt die Abdeckplatte (jacket 9) auch wärmeabstrahlende Eigenschaften, wobei in Spalte 2, Zeile 41 geoffenbart ist, dass diese gemäß dem Kennzeichen des bekämpften Anspruchs 5 aus einem geeigneten Metall besteht. Die Abdeckplatte steht in direktem Kontakt mit dem Heizelement (heating element 4). Kombiniert der Fachmann – was für ihn nahe liegt – die Ausführungen der Beilage ./N und Beilage ./O, so sind darin sämtliche Merkmale der (neuen) Ansprüche 1 und 5 ausgeführt. Daher beruhen diese Ansprüche nicht auf einer erfinderischen Tätigkeit.

3.4. Weiters ist in Beilage ./O gemäß den Kennzeichen der bekämpften Ansprüche 6 und 7 auf der unteren Flachseite der Grundplatte (body 1) eine wärmespiegelnde Abdeckplatte (insulating pad 2) vorgesehen und darüber hinaus eine metallische Abdeckung (casing 7), die wärmeresistent ist (Spalte 2, Zeilen 35-39). Damit sind die Ansprüche 6 und 7 zwar gegenüber jedem der Dokumente Beilage ./N und Beilage ./O neu, sie beruhen aber gegenüber einer Kombination dieser Schriften nicht auf einer erfinderischen Tätigkeit.

3.5. Die im bekämpften Patent genannte Beilage ./C zeigt ein Heizgerät bestehend aus einem Gehäuse (5) mit einer Grundplatte und zumindest einem Heizelement (3) und betrifft damit ebenfalls dasselbe technische Gebiet wie das angefochtene Patent. Das Heizelement (3) ist mäanderförmig (Seite 2, Zeile 2, Anspruch 5) ausgeführt und auf einer isolierenden Schicht aus Schaumglas, Glasfasern bzw Gesteinsfasern (Anspruch 1, Seite 2, Zeilen 40-45) angeordnet. Schaumglas ist ein Wärmedämmstoff aus aufgeschäumtem Glas für den Hoch- und Tiefbau und für betriebstechnische Anlagen. Ähnlich hergestellt und verwendet wird auch das in Anspruch 2 des bekämpften Patents erwähnte gesinterte Blähglas, das aus wiederverwertetem Altglas in einem ähnlichen Verfahren als Granulat produziert wird. Schaumglas wird im bekämpften Patent ebenfalls als wärmedämmendes Material für Flächenheizkörper erwähnt (Seite 2, zweiter Absatz) und ist damit für den Fachmann als analoges Material zu Blähglas zu verwenden. Die Auswahl von gesintertem Blähglasgranulat als Dämmmaterial an Stelle von Schaumglas ist daher für einen Fachmann kein erfinderischer Schritt, weil damit aufgrund der sehr ähnlichen Eigenschaften beider Materialien keine überraschende Wirkung erzielt werden kann. Das alles galt auch schon bei Anmeldung des Patents.

3.6. Gemäß Kennzeichen des abhängigen Anspruchs 3 soll die Grundplatte (2) aus einer Wabe aus phenolharzbeschichtetem Aramid-Papier oder einer Aluminium-Wabe bestehen. Das phenolharzbeschichtete Aramid-Papier und die Aluminium-Wabe haben den Zweck, die vom Heizelement emittierte Wärme davon abzuhalten, nach unten aus der Grundplatte auszutreten. Sie dienen daher – ebenso wie eine Grundplatte aus gesintertem Blähglasgranulat (Anspruch 2) oder aus Schaumglas (Beilage ./C) – als herkömmliche Dämmplatte. Ein über die Dämmwirkung hinausgehender überraschender Effekt der in Anspruch 3 genannten Materialien kann dem

Streitpatent nicht entnommen werden und war vom Patentanmelder offensichtlich auch nicht beabsichtigt. Daher würde ein Fachmann die Grundplatte aus einer Reihe ihm zur Verfügung stehender Dämmmaterialien in Plattenform auswählen, ohne dass damit ein erfinderischer Schritt verbunden wäre. Damit liegen auch die Merkmale des Anspruchs 3 für einen Fachmann nahe. Auch das traf schon im Prioritätszeitpunkt zu.

4. Aus diesen Gründen muss die Berufung der Antragsgegnerin scheitern. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 122 Abs 1 und § 140 Abs 1 PatG iVm §§ 41, 50 ZPO.

Anmerkung*

I. Das Problem

Im Ausgangsfall stritten die Parteien über die Nichtigkeit des im Jahr 2004 angemeldeten Patents Nr 414 073 für ein Heizgerät bestehend aus einer Grundplatte und einem Hezelement, dadurch gekennzeichnet, dass die Grundplatte (2) aus einem isolierenden Material bestand und das Hezelement (3) darin eingebettet war, wobei das Hezelement (3) als flexibler drahtförmiger elektrischer Heizleiter aus einem nichtmetallischen Material ausgeführt war. Die Antragstellerin brachte zusammengefasst vor, sie hätte ein vergleichbares Heizgerät bereits vor dem Anmeldetag des Patents hergestellt. Darüber hinaus würde sich die Lehre des Patents für den Fachmann ohne weiteren erfinderischen Schritt aus mehreren älteren Patentschriften ergeben; teilweise wäre sie dort auch ausdrücklich vorweggenommen worden. Die Patentinhaberin bestritt dies und erwiderte, dass ihr Heizgerät auch gegenüber dem (sonstigen) Stand der Technik neu wäre und auf einem erfinderischen Schritt beruhe.

Die Nichtigkeitsabteilung (NA) erklärte das Streitpatent für nichtig. Sie nahm als erwiesen an, dass die Antragstellerin vor dem Anmeldetag des Patents Heizgeräte entwickelt und verkauft hatte, die aus einer Grundplatte aus isolierendem Material (Vermiculit), einem Zinklech an der Rückseite, einem Hezelement und einer Emailoberfläche an der Oberseite bestanden hätten. Das Hezelement wäre ein flexibler Carbondraht gewesen, der in ausgefrästen Nuten der Grundplatte des Kerns eingeklebt und damit in die Grundplatte eingebettet gewesen wäre. Auf der Oberfläche der Grundplatte war ein Emailblech angeordnet gewesen, das unmittelbar auf dem Hezelement aufgelegt und in direktem Kontakt zum Hezelement stand. Solche Heizgeräte hätte die Rechtsvorgängerin der Antragstellerin in größerer Menge vor dem Prioritätstag des Streitpatents an mehrere Vertriebspartner verkauft, die nicht zur Geheimhaltung verpflichtet gewesen wären. Die Heizgeräte wären auch an mehrere Endkunden ausgeliefert worden.

Die Patentinhaberin berief gegen die Entscheidung der NA an den OPM, erstattet zunächst eine umfassende Beweistrüge und beharrte auf der Neuheit ihrer Erfindung. Die obersten Patentrichter hatten sich daher im Konkreten mit den bekämpften Feststellungen sowie Fragen nach der Neuheit und des erfinderischen Schritts betreffend ein Heizgerät z befassen.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der OPM bestätigte die Nichtigkeitsklärung des Patents und hielt die Beweistrüge in der Sache für nicht berechtigt.

Die von der NA als glaubwürdig beurteilte Aussage des Geschäftsführers der Antragstellerin war durch Urkunden belegt. Insbesondere deckte sie sich mit dem im Juli 2003 von einer dritten Institution erstellten Prüfbericht, der bereits in I. Instanz vorgelegt wurde. Die darin genannten Bestandteile entsprachen den Angaben des Geschäftsführers zum Aufbau seiner Heizgeräte. Dass es sich dabei um Wärme abstrahlende Geräte handelte, ergab sich aus der von der Prüfinstitution angeführten Bezeichnung als „Infrarot-Dunkelfeldstrahler“. Bei der Datierung der Lichtbilder, die

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

die Geräte der Antragstellerin zeigten, wäre der NA zwar an einer Stelle ein Ziffernsturz unterlaufen, tatsächlich entstanden diese jedoch im Jahr 2003, wie an anderer Stelle der angefochtenen Entscheidung richtig ausgeführt wurde. Auf dem ersten Lichtbild waren in die Platte eingefräste Nuten erkennbar, was auf die (von der Antragsgegnerin bestrittene) Verwendung eines Carbondrahtes (und nicht eines Vlieses) schließen ließ. Der Verkauf von Geräten an Dritte war ebenfalls urkundlich nachgewiesen und demnach unbedenklich.

Schließlich waren die durch Einschränkung neu gefassten Ansprüche 1 und 4 bis 7 des Streitpatents gegenüber den älteren Geräten der Antragstellerin nicht neu. Alle Ansprüche des Patents wurden zudem durch bereits vorveröffentlichte Patentschriften getroffen. Dass der Aufbau und die Wirkweise der Geräte auch bei einer fachkundigen Untersuchung verborgen geblieben wären, traf nicht zu, weil ein oder mehrere mechanische Schnitte durch ein Gerät zweifellos diesbezügliche Rückschlüsse erlaubt hätten. Damit bestand für den OPM kein Zweifel, dass der Aufbau und die Wirkweise dieser Heizgeräte zum der Öffentlichkeit zugänglichen Stand der Technik gehörten.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Die vorliegende Entscheidung enthält eine bemerkenswerte prozessuale Aussage zum Beweisverfahren vor der NA und bringt eine Klarstellung der Auslegung von § 3 Abs 1 Satz 2 PatG. Nach § 140 Abs 2 PatG hat der OPM keine neuen Beweise aufzunehmen. Diese Bestimmung legt die ständige Spruchpraxis¹ dahin aus, dass immer dann im Berufungsverfahren keine Überprüfung der Beweiswürdigung stattfindet, wenn es um Beweismittel geht, die von der ersten Instanz unmittelbar aufgenommen wurden (Zeugenbeweis; Beweis durch Parteienvernehmung), die Glaubwürdigkeit der vernommenen Personen also auf dem unmittelbar gewonnenen Eindruck beruht. Wenn der OPM keine Beweise aufzunehmen hat, kommt eine Nachprüfung der von der Tatsacheninstanz erfolgten Beweiswürdigung nicht in Frage. Vielmehr ist er an die auf unmittelbarer Beweisaufnahme beruhenden Feststellungen gebunden.²

Gemäß § 3 Abs 1 gilt eine Erfindung als neu, wenn sie nicht zum Stand der Technik gehört. Den Stand der Technik bildet dabei alles, was „der Öffentlichkeit vor dem Prioritätstag der Anmeldung durch schriftliche oder mündliche Beschreibung oder in sonstiger Weise zugänglich gemacht worden ist“. Eine Tatsache ist dann der „Öffentlichkeit zugänglich“, wenn ein im Wesentlichen unbeschränkter und unbestimmter Personenkreis die Möglichkeit hat, von dieser Tatsache Kenntnis zu erlangen.³ Die Öffentlichkeit ist ein von vornherein unbekannter, unbestimmter (unbegrenzter), nicht zur Geheimhaltung verpflichteter Personenkreis.⁴ Nach dem vorliegenden Erkenntnis beschränkt der Gesetzeswortlaut „der Öffentlichkeit zugänglich gemacht“ mE zutreffend die Neuheitsschädlichkeit nicht auf den der Allgemeinheit tatsächlich bekannten Stand der Technik. Er bezieht demgegenüber jede offenbarte Lehre ein, auf die die fachkundige Allgemeinheit, d.h. ein unbestimmter, wegen der Beliebigkeit seiner Zusammensetzung für den Erfindungsbesitzer nicht mehr kontrollierbarer Personenkreis, zugreifen könnte.⁵

Ausblick: Der vom OPM sehr weit verstandene Öffentlichkeitsbegriff führt zu einem erheblichen Umfang der Neuheitsschädlichkeit. Sie ist damit beim vorbehaltlosen Überlassen – etwa dem Verkauf – eines Erzeugnisses, das einen bestimmten Stand der Technik verkörpert, regelmäßig

¹ Statt vieler E. Kodek, Das Verfahren vor dem Obersten Patent- und Markensenat in *Kucsko* (Hrsg), marken.schutz (2006), 681, 686 f mwN.

² OPM 27.4.2011, Op 2/11 – *Be- und Entladesystem*, ÖBl-LS 2012/3 = PBl 2011, 160; 26.11.2008, Op 3/08, OGM 1/08 – *Bildung eines Eckbereichs*, ÖBl-LS 2010/48 = PBl 2009, 177; 2.12.1998, Op 4/95 – *Reibring*, ÖBl 1999, 225 = PBl 1999, 49; 8.6.1983, Op 1/83, PBl 1983, 164; vgl. auch *Thiele*, Gesetzgebung und aktuelle Judikatur im Patentrecht in *Staudegger/Thiele* (Hrsg), Jahrbuch Geistiges Eigentum 2012 (2012), 103, 130.

³ *Weiser*, PatG², 96 mwN zur Spruchpraxis.

⁴ OPM 10.3.1993, Op 10/92, ÖBl 1994, 212 = PBl 1994, 122; vgl. auch *Burgstaller*, Österreichisches Patentrecht Kommentar (2012), 46 f.

⁵ OPM 12.9.2012, Op 2/12 – *Heizgerät*, PBl 2013, 25, 28 unter Zitierung von *Benkard*, Patentgesetz¹⁰ (2006) § 3 Rz 53a; *Kraßer*, Patentrecht⁶ (2009) § 16 A. IV. mwN

erfüllt.⁶ Denn damit wird – anders als etwa bei Verwendung eines Gegenstands auf einer Baustelle⁷ – die Untersuchung durch einen Fachmann ermöglicht. Dabei schadet es nicht, dass eine solche Untersuchung unter Umständen die Zerstörung des Erzeugnisses erfordert.⁸

IV. Zusammenfassung

Im Berufungsverfahren vor dem OPM besteht Neuerungsverbot. Eine Überprüfung der Beweiswürdigung von Unterinstanzen findet immer dann nicht statt, wenn es um Beweismittel geht, die von der ersten Instanz unmittelbar aufgenommen wurden (Zeugenbeweis; Beweis durch Parteienvernehmung), die Glaubwürdigkeit der vernommenen Personen also auf dem unmittelbar gewonnenen Eindruck beruht. Nach nunmehr gefestigter Spruchpraxis beschränkt § 3 Abs 1 Satz 2 PatG die Neuheitsschädlichkeit nicht auf den der Allgemeinheit tatsächlich bekannten Stand der Technik, sondern bezieht jede offenbarte Lehre ein, auf welche die fachkundige Allgemeinheit zugreifen könnte.

⁶ Ebenso die hM in Deutschland: BGH 19.5.1999, X ZR 67/98 – *Anschraubscharnier*, DB 1999, 1901 = GRUR 1999, 976; *Kraßer*, Patentrecht⁶ § 16 A. IV.

⁷ Vgl. OPM 28.4.2010, OBP 2/09, ÖBI-LS 2010/155 = PBI 2010, 117; siehe auch BGH 13.3.2001, X ZR 155/98 – *Schalungselement*, GRUR 2001, 819 = MDR 2001, 1070.

⁸ OPM 12.9.2012, Op 2/12 – *Heizgerät*, PBI 2013, 25, 28 unter Zitierung von *Kraßer*, Patentrecht⁶ § 16 A. IV.