

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

PatG 1981 § 9 Satz 2 Nr. 3, § 35

Zahnpasta

Bezieht sich ein Verwendungsanspruch darauf, mit einem Stoff ein Erzeugnis zu erzielen, so handelt es sich um ein Herstellungsverfahren, dessen unmittelbare Erzeugnisse ohne Beschränkung auf eine bestimmte Verwendung geschützt werden.

BGH, Beschl. v. 29. Oktober 1981 - X ZB 3/80 - Bundespatentgericht

BUNDESGERICHTSHOF

X ZB 3/80

BESCHLUSS

Verkündet am
29. Oktober 1981
Kriegl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Rechtsbeschwerdesache

betreffend die Patentanmeldung P 1 617 729.O-41

der The P [REDACTED] & G [REDACTED] Co.; C [REDACTED], O [REDACTED], Vereinigte Staaten von Amerika, gesetzlich vertreten durch den Chairman Owen B. B [REDACTED] und die Präsidenten John G. S [REDACTED], Edwin L. A [REDACTED], Wahib N. Z [REDACTED] und Powell McH [REDACTED]

Anmelderin und
Rechtsbeschwerdeführerin,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
[REDACTED] -

Verfahrensbeteiligte:

B [REDACTED]-Werke R. S [REDACTED] GmbH & Co., R [REDACTED]allee [REDACTED],
M [REDACTED], gesetzlich vertreten durch die persönlich haftende
Gesellschafterin, die B [REDACTED] GmbH, diese gesetzlich vertre-
ten durch ihren Geschäftsführer Peter R [REDACTED], M [REDACTED],

Einsprechende I und
Rechtsbeschwerdegegnerin,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
[REDACTED] -

H [REDACTED] KGaA, H [REDACTED]straße [REDACTED], D [REDACTED] gesetzlich ver-
treten durch die persönlich haftenden Gesellschafter
Dr. Helmut S [REDACTED], Dr. Bruno W [REDACTED] und Dr. Hans-Otto
W [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED], D [REDACTED],

Einsprechende II und
Rechtsbeschwerdegegnerin

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED], [REDACTED] -

41

- 2 -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Oktober 1981 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Ballhaus und die Richter Dr. Bruchhausen, Ochmann, Dr. Windisch und von Albert beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluß des 16. Senats (technischen Beschwerdesenats XI) des Bundespatentgerichts vom 15. Oktober 1979 wird auf Kosten der Anmelderin zurückgewiesen.

Der Wert des Gegenstandes der Rechtsbeschwerde wird auf 100.000,-- DM festgesetzt.

G r ü n d e

A

Das Patentamt hat nach Erhebung von Einsprüchen das am 25. November 1966 unter Inanspruchnahme der Priorität der Voranmeldung in den Vereinigten Staaten von Amerika vom 8. Dezember 1965 angemeldete Patent für ein die Zahnsteinbildung verhinderndes Mund- und Zahnpflegemittel (DAS 1 617 729) versagt.

Mit ihrer dagegen gerichteten Beschwerde hat die Anmelderin die Anmeldung in erster Linie mit fünf neugefaßten



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Patentansprüchen weiter verfolgt, deren erster lautet:

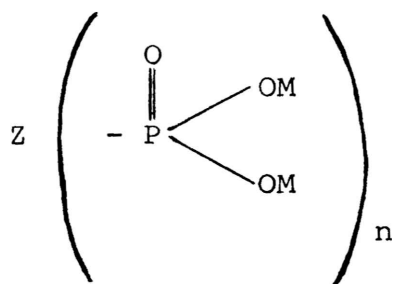
"Zahnsteinbildung verhindernde Zahnpasta, dadurch gekennzeichnet, daß sie etwa 0,01 bis 10 Gew.-% Äthan-1-hydroxy-1,1-diphosphonsäure oder eines wasserlöslichen Salzes dieser Säure und etwa 0,5 bis 95,0 % eines im wesentlichen von wasserlöslichen Calciumverbindungen freien Schleifmittels enthält und daß der pH-Wert der Zahnpasta von 5,0 bis 11,0 beträgt."

Hilfsweise hat sie die Erteilung des Patents mit zwei Patentansprüchen geltend gemacht, deren erster lautet:

"Zahnsteinbildung verhindernde Zahnpasta, enthaltend ein zahnsteinlösendes Mittel, im wesentlichen von wasserlöslichen Calciumverbindungen freies Zahnschleifmittel und übliche Zusätze, dadurch gekennzeichnet, daß sie als Zahnstein lösendes und verhütendes Mittel 0,1 bis 5 Gewichtsprozent Äthan-1-hydroxy-1,1-diphosphonsäure oder eines ihrer wasserlöslichen Salze und etwa 20 bis 60 Gewichtsprozent des Schleifmittels enthält und ihr pH-Wert etwa 5,0 bis 11,0 beträgt."

Das Bundespatentgericht hat unter Zulassung der Rechtsbeschwerde die Beschwerde wegen Identität des Anmeldungsgegenstands mit dem Gegenstand des am 17. März 1965 angemeldeten - Auslegetag: 26. September 1966 - deutschen Patents 1 225 818 zurückgewiesen, dessen Patentanspruch 1 die folgende Fassung hat:

"Verwendung wasserlöslicher Polyphosphonsäureverbindungen der allgemeinen Formel



in der n 2 oder 3, M ein Wasserstoffatom oder ein Kation und Z einen verbindenden Rest bedeutet, dessen Wertigkeit gleich n ist und der, abgesehen von Wasserstoffatomen, nicht mehr als etwa 12 Atome aufweist, als Potenzierungsmittel in einem antiseptischen Mittel, das eine bakterizide phenolische Verbindung oder quarternäre Ammoniumverbindung enthält."

Die Anmelderin hat die Rechtsbeschwerde eingelegt.

B

Die infolge Zulassung statthafte, form- und fristgerecht eingelegte Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einem Rechtsfehler.

I.

Das Bundespatentgericht hat festgestellt, daß die zum Patent angemeldete Erfindung in einem Teilbereich Gegenstand einzelner Ausführungsformen des auf eine frühere Anmeldung

erteilten deutschen Patents 1 225 818 ist (§ 4 Abs. 2 PatG 1961).

1. Es hat zunächst den als Verwendungsanspruch gefaßten Anspruch 1 des älteren Patents als ein auf die Herstellung eines antiseptischen bestimmte bakterizide Verbindungen enthaltendes Mittel gerichtetes Verfahren bewertet und nach § 6 Satz 2 PatG 1961 die Wirkungen dieses Patentanspruchs auf die durch das Verfahren unmittelbar hergestellten Erzeugnisse erstreckt, nämlich die unter Verwendung der näher gekennzeichneten Polyphosphonsäureverbindungen hergestellten antiseptischen Mittel, die aus näher bezeichneten bakteriziden Verbindungen bestehen.

2. Das Bundespatentgericht hat dann festgestellt:

a) Nach Beispiel 13 der Patentschrift 1 225 818 zählt zu diesen antiseptischen Mitteln auch eine antiseptische Zahnpasta, die neben üblichen Nebenbestandteilen (Binde-, Netz- und Schleifmittel, Geschmacksstoff) entsprechend der Anspruchsfassung ein bakterizides Phenol (2,2-Methylen-bis-(3, 4, 6-trichlorphenol)) und von den unter die allgemeine Formel des Patentanspruchs 1 fallenden Polyphosphonsäurederivaten das Pentanatriumamino-tri-(methylenphosphonat) als "Potenzierungsmittel" enthält. Nach Spalte 3 Zeile 30 der Patentschrift kann auch die Verbindung 1-Hydroxyäthylidendiphosphonsäure (EHDP) verwendet werden, die zu den unter die allgemeine Formel des Anspruchs 1 des älteren Patents fallenden Polyphosphonsäurederivaten gehört.

In diesem Teilbereich einer antiseptischen Zahnpasta mit einem Gehalt an einer unter die allgemeine Formel des älteren Patents fallenden Polyphosphonsäureverbindung - beim Anmeldungsgegenstand die Verbindung EHDP -, einem in Zahnpasten üblichen bakteriziden Phenol und dort ebenfalls üblichen weiteren Nebenbestandteilen, besteht beim Anmeldungsgegenstand sachliche Identität mit dem Gegenstand des älteren Patents 1 225 818. Das gilt auch bei Zugrundelegung des Hilfsantrages der Anmelderin, der sich vom Hauptantrag nur dadurch sachlich unterscheidet, daß in der beanspruchten Zahnpasta für Mengenanteile des Schleifmittels und der EHDP ein eingengter Mengenbereich (20 bis 60 Gew.-% Schleifmittel und 0,1-5 Gew.-% EHDP anstelle 0,5-95 Gew.-% bzw. 0,01 - 10 Gew.-% beim Hauptantrag) vorgesehen ist.

b) Beim Anmeldungsgegenstand handelt es sich um ein Äquivalent einer antiseptischen Zahnpasta nach dem älteren Patent, denn als unter die Polyphosphonsäurederivate fallende verwendbare Verbindung ist die Verbindung EHDP in der Patentschrift 1 225 818 ausdrücklich genannt; bakterizide Phenole oder bakterizide quartäre Ammoniumverbindungen sowie von wasserlöslichen Calciumverbindungen freie Schleifmittel sind entsprechend dem Fachwissen übliche Nebenbestandteile von Zahnpasten.

3. Das Bundespatentgericht meint, bei der Beurteilung der Identität komme es allein auf die stoffliche Zusammensetzung der offenbarten Mittel (Zahnpasten) an. Die sich unterscheidenden Wirkungsangaben im älteren Patent und in der jüngeren Anmeldung - einmal die potenzierende, das andere Mal die zahnsteinverhindernde Wirkung des zugesetzten

Polyphosphonsäurederivats - veränderten die technische Lehre nicht.

Schließlich liege hinsichtlich des eine antiseptische Zahnpasta betreffenden Teilbereichs des älteren Patents keine andere Aufgabe vor als in der jüngeren Anmeldung. Durch die gleichen Maßnahmen, nämlich den Zusatz eines Polyphosphonsäurederivats zu einem bakterizide Verbindungen enthaltenden Stoffgemisch würden unabhängig von der Bezeichnung des erhaltenen Stoffgemisches die gleichen Vorteile erreicht. Nach der Kenntnis des Fachmanns liefere ein in einer Zahnpasta üblicherweise enthaltenes bakterizides Mittel einen erheblichen Beitrag zur Verhinderung der Zahnsteinbildung.

II.

Die Rechtsbeschwerde rügt im wesentlichen:

1. Zu Unrecht habe das Bundespatentgericht den Anspruch 1 des älteren Patents als einen auf die Herstellung eines antiseptischen Mittels durch Zusatz bestimmter Polyphosphonsäureverbindungen zu einem bestimmte bakterizide Verbindungen enthaltenden Gemisch gerichteten Verfahrensanspruch bewertet und dessen Schutzzumfang auch auf eine antiseptische Zahnpasta erstreckt.

2. Aus dem Beispiel 13 der Patentschrift 1 225 818 folge nicht, daß diese antiseptische Zahnpasta eine die Zahnsteinbildung verhindernde Wirkung habe. Die Wirkung der

Verbindung EHDP sei dort überhaupt nicht angegeben. Die Erstreckung der Schutzwirkung des älteren Patents auch auf solche antiseptische Zahnpasten, die die unter die allgemeine Formel des Anspruchs 1 des älteren Patents fallende Verbindung EHDP enthielten sowie auf deren Äquivalente, sei willkürlich.

3. Das Bundespatentgericht habe die Identitätsprüfung unzulässigerweise mit Fragen des Schutzbereichs des älteren Patents vermengt. Es komme nicht darauf an, ob der Gegenstand der Anmeldung in den Schutzbereich falle, sondern darauf, ob die beiden zu vergleichenden Lehren wesensgleich seien. Das seien sie hier aber weder nach ihren Aufgaben noch nach den vorgeschlagenen Lösungen. Der Erfinder des älteren Patents habe sich nämlich nicht die Aufgabe gestellt, eine die Bildung von Zahnstein verhindernde Zahnpasta zu erfinden. Auch löse die jüngere Anmeldung nicht die Aufgabe des älteren Patents. Im Zeitpunkt der Anmeldung des älteren Patents habe der Fachmann nicht gewußt, daß die Zahnpasta nach Beispiel 13 der Patentschrift 1 225 818 den Vorteil einer zahnsteinverhindernden und zugleich zahn-schmelzschonenden Wirkung habe, wenn man das in diesem Beispiel angegebene Pentanatrium-amino-tri-(methylenphosphonat) durch die Verbindung EHDP der jüngeren Anmeldung ersetze. Dazu habe es erst einer Erfindung bedurft. Das Bundespatentgericht habe selbst eingeräumt, daß die zahnsteinverhindernde Wirkung im älteren Patent nicht offenbart sei. Auf diesen Gesichtspunkt, daß durch gleiche Maßnahmen auch gleiche Vorteile erhalten würden, komme es daher nicht an. Die Anwendungsgebiete des älteren Patents und der angemeldeten

jüngeren Erfindung seien verschieden und damit auch die beiden zu vergleichenden technischen Lehren.

C

Der angefochtene Beschluß hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand.

I.

Verwendungs- oder Anwendungsansprüche treten insbesondere im Bereich des Chemie-Patents in verschiedener Gestalt auf. Allgemein gültige Regeln für ihre Einordnung in eine bestimmte Patentkategorie lassen sich nicht aufstellen. Es ist vielmehr im Einzelfall zunächst vom Wortlaut des Patentanspruchs auszugehen, um aus seinem Inhalt das mit dem darin enthaltenen Lösungsvorschlag verfolgte Ziel festzustellen. Läßt sich dadurch ein eindeutiges Ergebnis noch nicht erzielen, so ist unter Heranziehung des Inhalts der Beschreibung, insbesondere unter Beachtung von Aufgabe und Lösung sowie der Ausführungsbeispiele durch Auslegung die Kategorie des als Verwendungsanspruch gefaßten Patentanspruchs zu ermitteln. Verwendungsansprüche sind in aller Regel Verfahrensansprüche, durch welche ein Stoff zur Erzielung eines Zustandes oder eines Erzeugnisses (Verbindung, Mischung) eingesetzt werden soll. Wird durch das beanspruchte Verfahren ein neues Erzeugnis hervorgebracht, so handelt es sich um ein Herstellungsverfahren, dessen unmittelbare Erzeugnisse - gleichgültig ob sie in einem chemischen oder in einem

mechanischen Verfahren geschaffen wurden - über § 6 Satz 2 PatG 1961 ohne Beschränkung auf eine bestimmte Verwendung geschützt werden. Ein solcher Verwendungsanspruch unterscheidet sich in seiner Tragweite nicht von Ansprüchen, die sonstige Herstellungsverfahren zum Gegenstand haben. Die Anweisung zur Verwendung eines Stoffes zusammen mit einem anderen Stoff ist in Wirklichkeit eine Anweisung zur Vornahme eines Verfahrensschrittes, nämlich zur Herstellung eines Gemisches oder einer Verbindung. Erst dieses Gemisch oder diese Verbindung wird dem Gebrauch zugeführt.

Der Patentanspruch 1 des älteren Patents 1 225 818 stellt ein Herstellungsverfahren unter Schutz: die näher beschriebenen wasserlöslichen Polyphosphonsäureverbindungen sollen zusammen mit einer bakteriziden phenolischen Verbindung oder einer quarternären Ammoniumverbindung durch Vermischung ein Erzeugnis (antiseptisches Mittel) mit anderer Zusammensetzung und besonderer Wirkung schaffen. Der Patentanspruch enthält demnach eine Anweisung, ein Gemisch aus den genannten Verbindungen herzustellen, um die auf die verbesserte bakterizide Wirksamkeit gerichtete Aufgabe zu lösen. Eine solche Anweisung ist nichts anderes als die Lehre von der Herstellung des neuen Erzeugnisses.

Dieser Einordnung des Patentanspruchs 1 des älteren Patents widerspricht es nicht, daß das ältere Patent bereits von einem aus den angegebenen Verbindungen bestehenden antiseptischen Mittel ausgeht, dem lediglich erfindungsgemäß ein Potenzierungsmittel zugegeben werden soll. Dieses Gemisch aus Potenzierungsmittel und Bakterizid ist ein Erzeugnis von anderer Zusammensetzung und mit - worin der Erfindungsgedanke zum Ausdruck kommt - neuen Eigenschaften,

nämlich mit verbesserter bakterizider Wirksamkeit. Daß auch dieses Erzeugnis als antiseptisches Mittel bezeichnet wird, ist für die Frage nach der Patentkategorie ohne Bedeutung, denn das gewonnene Erzeugnis bleibt zwar ein antiseptisches Mittel, es unterscheidet sich aber in Zusammensetzung und Wirksamkeit von dem als Ausgangsstoff verwendeten antiseptischen Mittel. Dieses neue antiseptische Mittel soll durch die beschriebenen Verfahrensschritte hergestellt werden. Von einer Umdeutung des Patentanspruchs, wie die Rechtsbeschwerde meint, kann deshalb keine Rede sein.

II.

Auch die Angriffe der Rechtsbeschwerde gegen die Annahme des Bundespatentgerichts, es liege eine Überschneidung in einem Teilbereich vor, greifen nicht durch.

1. Der in § 4 Abs. 2 PatG 1961 enthaltene Begriff "Gegenstand des Patents" ist gleichbedeutend mit dem Begriff "Gegenstand der Erfindung" in § 6 PatG 1961. Der Gegenstand des Patents im Sinne des § 4 Abs. 2 PatG 1961 ist daher nach den Grundsätzen zu bestimmen, die die Rechtsprechung zu § 6 PatG 1961 entwickelt hat. Er umschließt sonach den gesamten Schutzbereich der Erfindung (BGHZ 41, 378, 380 - Erntemaschine). Daß bei der Identitätsprüfung der gesamte dem älteren Patent zukommende Schutzzumfang in Betracht zu ziehen ist, verlangt letztlich auch der Zweck des § 4 Abs. 2 PatG 1961, der Doppelpatentierungen verhindern will. Es ist vom Patentanspruch des älteren Patents auszugehen und dieser mit dem Anspruch der jüngeren Anmeldung zu vergleichen. Die Prüfung darf nicht beim unmittel-

baren Gegenstand des älteren Patents stehenbleiben. Es ist vielmehr zu fragen, was das ältere Patent dem Durchschnittsfachmann mit den Kenntnissen des Anmeldetages des älteren Patents als unter Schutz gestellt offenbart hat. Bei Teilidentität hat der Anmelder nur Anspruch auf ein Recht in entsprechender Beschränkung (§ 4 Abs. 2 Satz 2 PatG 1961).

Der Rechtsbeschwerde ist zuzugeben, daß diese rechtlichen Grundlagen der Identitätsprüfung in der angefochtenen Entscheidung nicht durchweg klar zum Ausdruck kommen. Im Ergebnis aber ist die angefochtene Entscheidung zu halten.

2. Das Rechtsbeschwerdegericht kann von sich aus die zu vergleichenden Gegenstände anhand der Patentschrift und der Anmeldungsunterlagen oder der Auslegeschrift ermitteln, denn dabei handelt es sich um Fragen der Auslegung, nicht aber um Tatsachenfeststellungen.

Das ältere Patent 1 225 818 hat sich nach den Angaben in seiner Patentschrift das Ziel gesetzt, die bakterizide Wirksamkeit von phenolischen und/oder quarternären Ammoniumverbindungen sowie der aus diesen Verbindungen erhaltenen antiseptischen Mitteln zu steigern. Nach der bindenden Feststellung des Bundespatentgerichts wußte der Fachmann am Anmeldetag dieses Patents, daß ein in einer Zahnpasta enthaltenes bakterizides Mittel einen erheblichen Beitrag zur Verhinderung der Zahnsteinbildung liefert. Zur Lösung ist im Anspruch 1 vorgeschlagen, Polyphosphonsäureverbindungen nach der dort angegebenen allgemeinen Formel und mit der angegebenen Zusammensetzung als Potenzierungsmittel in den vor genannten bakteriziden Verbindungen (antiseptische Mittel) zu verwenden. Es soll ein Gemisch aus einer wasserlöslichen Polyphosphonsäureverbindung und einer bakteriziden phenolischen oder quarternären Ammoniumverbindung hergestellt werden.

Nach den Angaben in den Unterlagen der jüngeren Anmeldung (DAS 1 617 729) waren bereits die verschiedensten chemischen und biologischen Mittel für die Verlangsamung der Zahnsteinablagerung und für die Entfernung von Zahnstein nach seiner Bildung vorgeschlagen worden. Der chemische Weg zur Verhinderung der Zahnsteinbildung bestehe im allgemeinen in der Bildung von Calciumchelaten. Eine Reihe von Chelatbildnern seien bereits für diesen Zweck verwendet worden. Die chemische Ähnlichkeit von Zahnstein mit der Zahnstruktur begrenze jedoch den Nutzen der auf der Chelatbildung beruhenden Methode, da die wirksameren Chelatbildner die Zahnstruktur durch Calciumentzug ernsthaft schädigen könnten.

Ziel der Erfindung nach der jüngeren Anmeldung - unter Berücksichtigung des noch verfolgten auf Zahnpasten beschränkten Anspruchs 1 - ist eine Zahnpasta, die die Zahnsteinbildung verlangsamt, ohne die Zahnstruktur zu beeinträchtigen. Es soll dadurch erreicht werden, daß die erfindungsgemäße Zahnpasta Äthan-1-hydroxy-1,1-diphosphonsäure oder ein wasserlösliches Salz dieser Säure - in einer für die wirksame Verlangsamung der Bildung von Zahnstein genügenden Menge - enthält. Nach den Angaben in der Auslegeschrift sollen die genannte Säure und deren wasserlösliche Salze die überraschende Fähigkeit haben, die Entstehung von Zahnstein zu verzögern, ohne dem Zahnschmelz Calcium zu entziehen oder auf andere Weise die Zahnstruktur zu schädigen, wenn sie in Mitteln verwendet werden, die innerhalb bestimmter pH-Grenzen gehalten werden.

Aus alledem folgt, daß das angestrebte Ziel beider Erfindungen nicht voneinander abweicht.

3. Es stehen sich gegenüber: ein antiseptisches Mittel (als Verfahrenserzeugnis nach § 6 Satz 2 PatG 1961), bestehend aus dem vorgeschlagenen Stoffgemisch, und eine Zahnpasta mit dem pH-Wert zwischen 5,0 bis 11,0, bestehend aus einer bestimmten Menge von Äthan-1-hydroxy-1,1-diphosphonsäure (EHDP) oder eines wasserlöslichen Salzes dieser Säure und eines im wesentlichen von wasserlöslichen Calciumverbindungen freien Schleifmittels.

Das Bundespatentgericht hat von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffene und den Senat bindende tatsächliche Feststellungen getroffen (§ 107 Abs. 2 PatG 1981), die das gewonnene Ergebnis der angefochtenen Entscheidung tragen, daß sich die Gegenstände der beiden Rechte teilweise überschneiden (§ 4 Abs. 2 Satz 2 PatG 1961) und daß die in Rede stehende jüngere Anmeldung nicht vom älteren Recht genügend abgegrenzt ist.

Nach diesen Feststellungen enthält die antiseptische Zahnpasta nach der jüngeren Anmeldung

- a) die Verbindung EHDP, die zu den unter die allgemeine Formel des Patentanspruchs 1 des älteren Rechts fallenden Polyphosphonsäurederivaten gehört und ein Äquivalent zu der im Beispiel 13 vorgeschlagenen Verbindung Pentanatriumaminotri-(methylenphosphonat) ist;
- b) wie die Zahnpasta nach dem älteren Recht ein bakterizides Phenol oder eine quaternäre Ammoniumverbindung, die beide, auch ohne daß sie im angemeldeten Anspruch ausdrücklich genannt sind, nach dem Fachwissen ganz übliche Bestandteile von antiseptischen Zahnpasten sind;

c) von wasserlöslichen Calciumverbindungen freie Schleifmittel, die ebenfalls nach dem Fachwissen ganz übliche Nebenbestandteile von Zahnpasten sind, so daß deren Nichterwähnung im Beispiel 13 des älteren Rechts unschädlich ist.

Ferner hat das Bundespatentgericht festgestellt, daß die im Haupt- und im Hilfsanspruch der jüngeren Anmeldung festgelegten Mengenanteile des Schleifmittels und der angegebene pH-Wert-Bereich Bemessungsangaben sind, die bei einer üblichen Zahnpasta stets eingehalten sind.

Es war folgerichtig, daß das Bundespatentgericht auf Grund dieser Einzelfeststellungen zu dem Ergebnis gelangt ist, daß eine Überschneidung der Schutzbereiche des älteren Patents, soweit dieses auch eine antiseptische Zahnpasta schützt, und der jüngeren Anmeldung vorliegt. Da die Anmelderin gegenüber dem älteren Recht keine Abgrenzung - auch nicht durch einen entsprechenden Hilfsantrag - vorgenommen hat, ist ihr ein Patent mit Recht versagt worden.

Die von der Rechtsbeschwerde aus dem materiellen Recht hergeleiteten Einwendungen gegen die obigen Feststellungen greifen nicht durch.

Die fehlende wörtliche Angabe der zahnsteinhemmenden Wirkung der Verbindung EHDP in der älteren Patentschrift führt nicht zu so verschiedenen Aufgaben der beiden zu vergleichenden Rechte, daß schon deswegen eine Identität im Sinne von § 4 Abs. 2 PatG 1961 auszuschneiden hätte.

Diese Identität setzt keine völlig gleichen, sondern keine völlig verschiedenen Aufgaben voraus. Entscheidend ist es, was das ältere Patent und die jüngere Anmeldung als erfindungswesentlich offenbaren, und ob sich dies als identisch im Sinne des § 4 Abs. 2 PatG 1961 erweist (Klauer-Möhring, Patentrechtskommentar 3. Aufl. § 2 Rdn. 19 m.w.N.). Letzteres trifft hier zu. Beide Erfindungen sind auf die Herstellung auch von Zahnpasten mit verbesserten Wirkungen gerichtet. Daß beim älteren Patent die antiseptische und bei der jüngeren Anmeldung die zahnsteinverhindernde Wirkung im Vordergrund steht, bedingt nach den Feststellungen des Bundespatentgerichts keine Abweichung in ihrer Zielsetzung.

Bei dem Vergleich der beiden Erfindungsgedanken kommt es wesentlich auch darauf an, ob die Lösungsmittel sich in ihren Funktionen und Wirkungen decken. Es ist aber ohne Bedeutung, daß für die sich gegenüberstehenden Rechte voneinander abweichende Wirkungsangaben gemacht sind, denn die gemeinsame technische Lehre des Inhalts, daß einer Zahnpasta ein Polyphosphonsäurederivat der im Anspruch 1 des älteren Rechts angegebenen Konstitution zugegeben werden soll, wird dadurch nicht verändert. Bei Erzeugnissen von im wesentlichen gleicher Zusammensetzung können unterschiedliche Wirkungsangaben nicht zur Verneinung der Identität im Sinne des § 4 Abs. 2 PatG 1961 führen.

Die Annahme der Teilidentität durch das Bundespatentgericht beruht somit auf der rechtlich nicht zu beanstandenden Ermittlung der beiden voneinander nicht abweichenden Aufgaben und der nicht nachprüfaren Feststellung, daß die in der jüngeren Anmeldung nach dem Haupt- und dem Hilfsantrag vorgeschlagenen Lösungen äquivalent der dem älteren

Patent zu entnehmenden sind, soweit dieses auch eine antiseptische Zahnpasta unter Schutz stellt.

D

Da die angefochtene Entscheidung nicht auf einem Rechtsfehler beruht, ist die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

Die durch die Rechtsbeschwerde veranlaßten Kosten sind der Anmelderin als Beschwerdeführerin nach § 109 Abs. 1 Satz 2 PatG aufzuerlegen.

Ballhaus

Bruchhausen

Ochmann

Windisch

von Albert