

BUNDESPATENTGERICHT

5 W (pat) 421/01

(Aktenzeichen)

Verkündet am
12. September 2002

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend das Gebrauchsmuster 294 21 633

(hier Lösungsantrag)

hat der 5. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 12. September 2002 durch die Richterin Friehe-Wich als Vorsitzende sowie die Richter Dipl.-Ing. Riegler und Dipl.-Ing. Sperling

beschlossen:

- I. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
- II. Die Beschwerdeführerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

G r ü n d e

I

Der Antragsgegner ist Inhaber des am 4. April 1996 in die Rolle eingetragenen, ein „Befestigungselement zur Herstellung von Zaunfeldern, Gittern, Geländern oder dergleichen Abgrenzungen“ betreffenden Gebrauchsmusters 294 21 633, dessen Schutzdauer auf 8 Jahre verlängert ist. Das Gebrauchsmuster ist durch Abzweigung aus der deutschen Patentanmeldung P 44 34 486.4 entstanden. Als Anmeldetag des Gebrauchsmusters gilt daher der 14. September 1994.

Die mit der Anmeldung eingereichten Schutzansprüche 1 bis 27 liegen auch der Eintragung zugrunde. Sie lauten:

- „1. Befestigungselement zur Herstellung von Zaunfeldern, Gittern, Geländern oder dergleichen Abgrenzungen, welche aus mindestens einem Querholm und daran befestigten Längslatten bestehen,
dadurch gekennzeichnet, daß

das Befestigungselement (1) ein zweiteilig ausgebildeter Querholm (2) ist, welcher aus einem Befestigungsprofil (3), an welchem die Längslatten (14) befestigt sind, und einem Abdeckprofil (4) zur Abdeckung der Befestigungsmittel (13) besteht.

2. Befestigungselement nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß der Grundquerschnitt des Befestigungsprofils (3) und des Abdeckprofils (4) im wesentlichen U-förmig ausgebildet ist.
3. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche, dadurch gekennzeichnet, daß die Seitenwände (5, 6) des Befestigungsprofils (3) in ihrem Endbereich nach innen gerichtete Rastnasen (7a, 7b) und die Seitenwände (8, 9) des Abdeckprofils (4a) in ihrem Endbereich nach innen abgewinkelt sind und nach außen gerichtete Rastnasen (10a, 10b) aufweisen.
4. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche, dadurch gekennzeichnet, daß die Rastnasen (7a, 7b) des Befestigungsprofils (3) bei aufgesetztem Abdeckprofil (4a) mit den Rastnasen (10a, 10b) des Abdeckprofils (4a) in Eingriff stehen und das Befestigungsprofil (3) mit dem Abdeckprofil (4a) ein geschlossenes Kastenprofil bildet.
5. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche,

dadurch gekennzeichnet,
daß die Wandstärke des Abdeckprofiles (4a) geringer ist als
die Wandstärke des Befestigungsprofils (3).

6. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche,
dadurch gekennzeichnet,
daß in den Boden (11) des Befestigungsprofils (3) Öffnungen (12) zur Aufnahme der Befestigungsmittel (13) angeordnet sind.
7. Befestigungselement nach Anspruch 6,
dadurch gekennzeichnet,
daß die Öffnungen (12) Bohrungen sind.
8. Befestigungselement nach Anspruch 6,
dadurch gekennzeichnet,
daß die Öffnungen (12) Langlöcher sind.
9. Befestigungselement nach Anspruch 7,
dadurch gekennzeichnet,
daß in einem dem üblichen Längslattenabstand entsprechenden Abstand jeweils mindestens 2 Bohrungen nebeneinander angeordnet sind, wobei der Abstand zwischen den äußeren Bohrungen kleiner ist als die halbe Breite der Längslatte.
10. Befestigungselement nach Anspruch 8,
dadurch gekennzeichnet,
daß die Länge der Langlöcher geringer ist als die halbe Breite der Längslatte.

11. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche,
dadurch gekennzeichnet,
daß die Längslatten (14) an ihrer Befestigungsseite eine in Längsrichtung verlaufende Nut (15) aufweisen.
12. Befestigungselement nach Anspruch 11,
dadurch gekennzeichnet,
daß die Nut (15) in ihrem Spalt schmaler ist als in dem dahinterliegenden Querschnittsbereich.
13. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche,
dadurch gekennzeichnet,
daß die Befestigungsmittel (13) einen als Gewindestift (13a) ausgebildeten Befestigungsbereich und einen schwalbenschwanzförmig ausgebildeten Haltebereich (13b) aufweisen.
14. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche,
dadurch gekennzeichnet,
daß die Nut (15) in den Längslatten (14) zu dem Haltebereich (13b) der Befestigungsmittel (13) korrespondierend schwalbenschwanzförmig ausgebildet ist.
15. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche,
dadurch gekennzeichnet,
daß im montierten Zustand der Gewindestift (13a) mit einer Gewindemutter und der schwalbenschwanzförmige Haltebereich (13b) mit der in der Längslatte (14) verlaufenden

Nut (15) zusammenwirkt und eine sichere, jedoch lösbare Verbindung zwischen Längslatte (14) und Befestigungsprofil (3) realisiert.

16. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche,
dadurch gekennzeichnet,
daß das Befestigungsprofil (3) und das Abdeckprofil (4a) Verstärkungen (16) bzw (17) aufweist.
17. Befestigungselement nach Anspruch 1,
dadurch gekennzeichnet,
daß das Abdeckprofil (4b, 4c) eine Innenquerverstärkung (10c) aufweist, an welcher die Rastnasen (10a, 10b) angeordnet sind.
18. Befestigungselement nach Anspruch 1,
dadurch gekennzeichnet,
daß das aus Befestigungsprofil (3) und Abdeckprofil (4) gebildete Hohlprofil an seinen Enden das Hohlprofil verschließende Befestigungsteile (18) aufweist.
19. Befestigungselement nach Anspruch 18,
dadurch gekennzeichnet,
daß das Befestigungsteil (18) zweiteilig und als verstellbares Gelenk ausgebildet ist.
20. Befestigungselement nach Anspruch 18 oder 19,
dadurch gekennzeichnet,
daß die Befestigungsplatten (19a, 19b) des zweiteiligen Befestigungsteils (18) Öffnungen (20a, 20b) aufweisen.

21. Befestigungselement nach Anspruch 20,
dadurch gekennzeichnet,
daß die Öffnungen (20b) in der Befestigungsplatte (19b) mit den Hohlräumen in den Versteifungen (16) des Befestigungsprofils (3) korrespondieren und der Schraubbefestigung der Befestigungsplatte (19b) an dem Befestigungselement (1) dienen.
22. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche,
dadurch gekennzeichnet,
daß die Längslatten (14) an ihrer Befestigungsseite eine Vertiefung zur Aufnahme eines Schraubbefestigungselementes aufweist.
23. Befestigungselement nach Anspruch 4,
dadurch gekennzeichnet,
daß in verrastetem Zustand die Seitenwände (5, 6) die abgewinkelten Endbereiche der Seitenwände (8, 9) übergreifen.
24. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche,
dadurch gekennzeichnet,
daß das Befestigungsprofil (3), das Abdeckprofil (4) und die Längslatten (14) aus Aluminium oder einer Aluminiumlegierung bestehen.
25. Befestigungselement nach Anspruch 24,
dadurch gekennzeichnet,

daß das Aluminium bzw. die Aluminiumlegierung oberflächenbehandelt ist.

26. Befestigungsmittel nach Anspruch 18 oder 19, dadurch gekennzeichnet, daß an dem nicht zum Verschuß des Befestigungselementes (1) dienenden Teils des Befestigungsteils (18a) ein Schellenelement (21) zur Befestigung an den Pfosten angeformt ist.

27. Befestigungselement nach Anspruch 18 oder 19, dadurch gekennzeichnet, daß das Schellenelement (21) die halbe Länge der Befestigungsplatte 19a aufweist und in seinem Querschnitt dem Querschnitt des Pfostens im Befestigungsbereich angepaßt ist.“

Die Antragstellerin hat am 26. November 1999 beim Deutschen Patent- und Markenamt die Löschung des Gebrauchsmusters in Umfang der eingetragenen Ansprüche beantragt. Sie hat zum Stand der Technik folgende Druckschriften genannt:

- D1: DE-OS 23 06 058
- D2: DE 34 40 160 A1
- D3: GB 2 058 168
- D4: EP 2 715 427 (nachveröffentlicht)
- D5: DE 33 20 454 A1
- D6: DE 36 03 458 A1
- D7: DE-GM 66 02 112
- D8: DE-OS 28 38 936.

Der Antragsgegner hat dem Löschantrag innerhalb der gesetzlichen Frist widersprochen und mit Eingabe vom 23. Februar 2000 neue Schutzansprüche 1 - 22 (eingegangen am 26. Februar 2002) vorgelegt, wobei Schutzanspruch 1 wie folgt lautet:

„Befestigungselement zur Herstellung von Zaunfeldern, Gittern, Geländern oder dergleichen Abgrenzungen, welche aus mindestens einem Querholm und daran befestigten Längslatten bestehen, und zur Befestigung dieser Abgrenzungen an Pfosten oder Wänden, wobei das Befestigungselement ein zweiteilig ausgebildeter Querholm ist, welcher aus einem Befestigungsprofil, an welchem die Längslatten befestigt sind, und einem Abdeckprofil zur Abdeckung der Befestigungsmittel für die Längslatten besteht, dadurch gekennzeichnet, daß
das Befestigungsprofil und das Abdeckprofil Versteifungen aufweisen und an den Versteifungen (16) des Befestigungsprofils (3) Hohlräume (16a) bildende, teilringförmige Stege (16b) angeordnet sind und das aus Befestigungsprofil (3) und Abdeckprofil (4) gebildete Hohlprofil an seinen Enden das Hohlprofil verschließende zweiteilig und als verstellbares Gelenk ausgebildete Befestigungsteile (18) für die Befestigung der Querholme an den Pfosten oder Wänden aufweist, welche mittels in die Hohlräume (16a) eingreifenden Schrauben an dem Befestigungsprofil (3) angeordnet sind“.

Wegen der Schutzansprüche 2 bis 22 wird auf den Akteninhalt verwiesen.

In einem Zwischenbescheid vom 6. September 2000 hat die Gebrauchsmusterabteilung I darauf hingewiesen, daß der neu vorgelegte Schutzanspruch 1 (wegen unzulässiger Erweiterung nicht zulässig sei).

Mit Eingaben vom 18. Dezember 2000 und 3. Januar 2001 hat der Antragsgegner erneut Schutzansprüche 1 bis 22 bzw 1 bis 21 eingereicht.

Der Schutzanspruch 1 vom 18. Dezember 2000 lautet:

„Befestigungselement zur Herstellung von Zaunfeldern, Gittern, Geländern oder dergleichen Abgrenzungen, welche aus mindestens einem Querholm und daran befestigten Längslatten bestehen, und zur Befestigung dieser Abgrenzungen an Pfosten oder Wänden, wobei das Befestigungselement ein zweiteilig ausgebildeter Querholm ist, welcher aus einem Befestigungsprofil, an welchem die Längslatten befestigt sind, und einem Abdeckprofil zur Abdeckung der Befestigungsmittel für die Längslatten besteht, dadurch gekennzeichnet, daß
das Befestigungsprofil (3) und das Abdeckprofil (4) Versteifungen (16, 17) aufweisen und die Versteifungen (16) des Befestigungsprofils (3) an ihren den Versteifungen (17) des Abdeckprofils (4) zugewandten Enden eine einen Hohlraum bildende teilringförmige Gestaltung aufweisen und das aus Befestigungsprofil (3) und Abdeckprofil (4) gebildete Hohlprofil an seinen Enden das Hohlprofil verschließende zweiteilig und als verstellbares Gelenk ausgebildete Befestigungsteile (18) für die Befestigung der Querholme an den Pfosten oder Wänden aufweist, welche mittels in die Hohlräume (16a) eingreifenden Schrauben an dem Befestigungsprofil (3) angeordnet sind.“

Der Schutzanspruch 1 vom 3. Januar 2001 lautet:

„Befestigungselement zur Herstellung von Zaunfeldern, Gittern, Geländern oder dergleichen Abgrenzungen, welche aus mindestens einem Querholm und daran befestigten Längslatten bestehen,

und zur Befestigung dieser Abgrenzungen an Pfosten oder Wänden, wobei das Befestigungselement ein zweiteilig ausgebildeter Querholm ist, welcher aus einem Befestigungsprofil, an welchem die Längslatten befestigt sind, und einem Abdeckprofil zur Abdeckung der Befestigungsmittel für die Längslatten besteht, dadurch gekennzeichnet, daß

ein aus Befestigungsprofil (3) und Abdeckprofil (4) gebildetes Hohlprofil an seinen Enden das Hohlprofil verschließende zweiteilig und als verstellbares Gelenk ausgebildete Befestigungsteile (18) für die Befestigung der Querholme an Pfosten oder Wänden aufweist und die Befestigungsteile (18) mit Öffnungen (20a, 20b) aufweisenden Befestigungsplatten (19a, 19b) versehen sind, wobei die Öffnungen (20b) in der Befestigungsplatte (19b) mit Hohlräumen in Versteifungen (16) des Befestigungsprofils (3) korrespondieren und der Schraubbefestigung der Befestigungsplatte (19b) an dem Befestigungselement (1) dienen“.

Wegen der jeweils zugehörigen Schutzansprüche 2 bis 22 bzw 2 bis 21 wird ebenfalls auf den Akteninhalt verwiesen.

In der mündlichen Verhandlung am 17. Januar 2001 hat der Antragsgegner das Gebrauchsmuster im Umfang von Schutzansprüchen 1 bis 21 „vom 3. bzw 17. Januar 2001“, hilfsweise im Umfang der Schutzansprüche 1 bis 22 vom 18. Dezember 2000 verteidigt, wobei die Schutzansprüche vom 17.1.2001 lediglich im Anspruch 1 von denen vom 3.1.2001 dahingehend abweichen, daß im kennzeichnenden Teil des Anspruchs 1 die Angabe „Befestigungselement (1)“ durch „Befestigungsprofil (3)“ ersetzt wurde.

Aufgrund der mündlichen Verhandlung hat die Gebrauchsmusterabteilung I das Gebrauchsmuster mit Beschluß vom 17. Januar 2001 teilgelöscht, soweit es über die Schutzansprüche 1 bis 21 nach Hauptantrag vom „3. bzw 17. Januar 2001“

hinausgeht. In den Gründen des Beschlusses hat die Gebrauchsmusterabteilung ausgeführt, daß der Antragsgegner das Gebrauchsmuster im Umfang seines Hauptantrags verteidigten konnte, und daß die verteidigten Schutzansprüche rechtsbeständig seien. Die Merkmale gemäß dem verteidigten Schutzanspruch 1 ergäben sich aus den eingetragenen Ansprüchen 1 und 18 bis 21 sowie Seite 12, Zeile 12 der Beschreibung. Der Schutzanspruch 1 sei mithin zulässig.

Die dem Beschluß der Gebrauchsmusterabteilung vom 17. Januar 2001 zugrundeliegenden „Schutzansprüche 1 bis 21 nach Hauptantrag vom 3. bzw. 17. Januar 2001“ lauten:

- „1. Befestigungselement zur Herstellung von Zaunfeldern, Gittern, Geländern oder dergleichen Abgrenzungen, welche aus mindestens einem Querholm und daran befestigten Längslatten bestehen, und zur Befestigung dieser Abgrenzungen an Pfosten oder Wänden, wobei das Befestigungselement ein zweiteilig ausgebildeter Querholm ist, welcher aus einem Befestigungsprofil, an welchem die Längslatten befestigt sind, und einem Abdeckprofil zur Abdeckung der Befestigungsmittel für die Längslatten besteht, dadurch gekennzeichnet, daß ein aus Befestigungsprofil (3) und Abdeckprofil (4) gebildetes Hohlprofil an seinen Enden das Hohlprofil verschließende zweiteilig und als verstellbares Gelenk ausgebildete Befestigungsteile (18) für die Befestigung der Querholme an Pfosten oder Wänden aufweist und die Befestigungsteile (18) mit Öffnungen (20a, 20b) aufweisenden Befestigungsplatten (19a, 19b) versehen sind, wobei die Öffnungen (20b) in der Befestigungsplatte (19b) mit Hohlräumen in Versteifungen (16) des Befestigungsprofils (3) korrespondieren und der Schraubbe-

festigung der Befestigungsplatte (19b) an dem Befestigungsprofil (3) dienen.

2. Befestigungselement nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß der Grundquerschnitt des Befestigungsprofils (3) und des Abdeckprofils (4) im wesentlichen U-förmig ausgebildet ist.
3. Befestigungselement nach Anspruch 1 oder 2, dadurch gekennzeichnet, daß die Seitenwände (5, 6) des Befestigungsprofils (3) in ihrem Endbereich nach innen gerichtete Rastnasen (7a, 7b) und die Seitenwände (8, 9) des Abdeckprofils (4a) in ihrem Endbereich nach innen abgewinkelt sind und nach außen gerichtete Rastnasen (10a, 10b) aufweisen.
4. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche, dadurch gekennzeichnet, daß die Rastnasen (7a, 7b) des Befestigungsprofils (3) bei aufgesetztem Abdeckprofil (4a) mit den Rastnasen (10a, 10b) des Abdeckprofils (4a) in Eingriff stehen und das Befestigungsprofil (3) mit dem Abdeckprofil (4a) ein geschlossenes Kastenprofil bildet.
5. Befestigungselement nach Anspruch 4, dadurch gekennzeichnet, daß in verrastetem Zustand die Seitenwände (5, 6) die abgewinkelten Endbereiche der Seitenwände (8, 9) übergreifen.

6. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche,
dadurch gekennzeichnet,
daß die Wandstärke des Abdeckprofiles (4a) geringer ist als die Wandstärke des Befestigungsprofils (3).
7. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche,
dadurch gekennzeichnet,
daß in dem Boden (11) des Befestigungsprofils (3) Öffnungen (12) zur Aufnahme der Befestigungsmittel (13) angeordnet sind.
8. Befestigungselement nach Anspruch 7,
dadurch gekennzeichnet,
daß die Öffnungen (12) Bohrungen sind.
9. Befestigungselement nach Anspruch 7,
dadurch gekennzeichnet,
daß die Öffnungen (12) Langlöcher sind.
10. Befestigungselement nach Anspruch 9,
dadurch gekennzeichnet,
daß die Länge der Langlöcher geringer ist als die halbe Breite der Längslatte.
11. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche,
dadurch gekennzeichnet,
daß die Längslatten (14) an ihrer Befestigungsseite eine in Längsrichtung verlaufende Nut (15) aufweisen.

12. Befestigungselement nach Anspruch 11,
dadurch gekennzeichnet,
daß die Nut (15) in ihrem Spalt schmaler ist als in dem dahinterliegenden Querschnittsbereich.
13. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche,
dadurch gekennzeichnet,
daß die Befestigungsmittel (13) einen als Gewindestift (13a) ausgebildeten Befestigungsbereich und einen schwalbenschwanzförmig ausgebildeten Haltebereich (13b) aufweisen.
14. Befestigungselement nach einem der Ansprüche 11 bis 13,
dadurch gekennzeichnet,
daß die Nut (15) in den Längslatten (14) zu dem Haltebereich (13b) der Befestigungsmittel (13) korrespondierend schwalbenschwanzförmig ausgebildet ist.
15. Befestigungselement nach Anspruch 13 oder 14,
dadurch gekennzeichnet,
daß im montierten Zustand der Gewindestift (13a) mit einer Gewindemutter und der schwalbenschwanzförmige Haltebereich (13b) mit der in der Längslatte (14) verlaufenden Nut (15) zusammenwirkt und eine sichere, jedoch lösbare Verbindung zwischen Längslatte (14) und Befestigungsprofil (3) realisiert.
16. Befestigungselement nach Anspruch 1, 2 oder 4 bis 14,
dadurch gekennzeichnet,

daß das Abdeckprofil (4b, 4c) eine Innenquerverstrebung (10c) aufweist, an welcher die Rastnasen (10a, 10b) angeordnet sind.

17. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche, dadurch gekennzeichnet, daß das Befestigungsprofil (3) und das Abdeckprofil (4a) Verstärkungen (16) bzw (17) aufweist.
18. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche, dadurch gekennzeichnet, daß das Befestigungsprofil (3) das Abdeckprofil (4) und die Längslatten (14) aus Aluminium oder einer Aluminiumlegierung bestehen.
19. Befestigungselement nach Anspruch 18, dadurch gekennzeichnet, daß das Aluminium bzw. die Aluminiumlegierung oberflächenbehandelt ist.
20. Befestigungselement nach einem der voranstehenden Ansprüche, dadurch gekennzeichnet, daß an dem nicht zum Verschuß des Befestigungselementes (1) dienenden Teils des Befestigungsteils (18a) ein Schellelement (21) zur Befestigung an den Pfosten angeformt ist.
21. Befestigungselement nach Anspruch 20, dadurch gekennzeichnet,

daß das Schellenelement (21) die halbe Länge der Befestigungsplatte (19a, 19b) aufweist und in seinem Querschnitt des Pfostens im Befestigungsbereich angepaßt ist.“.

Gegen den Beschluß der Gebrauchsmusterabteilung I hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt. Sie ist der Auffassung, daß die in der mündlichen Verhandlung verteidigten Schutzansprüche unzulässig seien, da eine Verteidigung des Gebrauchsmusters nur mit Schutzansprüchen möglich sei, bei denen „insbesondere der Schutzanspruch 1 die vom Gebrauchsmusterinhaber im Rahmen einer teilweisen Rücknahme des Widerspruchs vorgenommenen, ausdrücklichen Beschränkungen umfaßt“. Da derartige im Verlauf des Lösungsverfahrens vorgenommene Beschränkungen in der Fassung des in der mündlichen Verhandlung verteidigten Schutzanspruchs 1 entfernt seien, sei dieser unzulässig. Im übrigen beruhe der Gegenstand des in der mündlichen Verhandlung verteidigten Schutzanspruchs 1 gemäß dem Hauptantrag im Hinblick auf die GB 2 058 168 und die DE 36 03 458 A1 nicht auf einem erfinderischen Schritt.

Zu der auf den 12. September 2002 anberaumten mündlichen Verhandlung vor dem Bundespatentgericht ist die Antragstellerin nicht erschienen. Schriftsätzlich hat sie beantragt,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und das Gebrauchsmuster in vollem Umfang zu löschen.

Der Antragsgegner hat in der mündlichen Verhandlung beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Der Antragsgegner ist der Auffassung, daß die dem Beschluß der Gebrauchsmusterabteilung vom 17. Januar 2001 zugrundeliegenden Schutzansprüche zu-

lässig und im Hinblick auf den entgegengehaltenen Stand der Technik auch rechtsbeständig seien.

II

Die zulässige Beschwerde hat keinen Erfolg.

A

Der Antragsgegner kann das Streitgebrauchsmuster im Umfang der Schutzansprüche 1 bis 21 vom 17. Januar 2001, die dem angefochtenen Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung I zugrunde lagen, verteidigen.

1. Die Schutzansprüche 1 bis 21 vom 17. Januar 2001 sind zulässig.

Der Schutzanspruch 1 ist gebildet aus den eingetragenen Schutzansprüchen 1 und 18 bis 21 in Verbindung mit Seite 12, Zeilen 10 bis 14 der Gebrauchsmusterschrift.

Die Schutzansprüche 2 bis 4 entsprechen den eingetragenen Schutzansprüchen 2 bis 4, der Schutzanspruch 5 dem eingetragenen Schutzanspruch 23, die Schutzansprüche 6 bis 9 den eingetragenen Schutzansprüchen 5 bis 8, die Schutzansprüche 10 bis 15 den eingetragenen Schutzansprüchen 10 bis 15, der Schutzanspruch 16 dem eingetragenen Schutzanspruch 17, der Schutzanspruch 17 dem eingetragenen Schutzanspruch 16 und die Schutzansprüche 18 bis 21 den eingetragenen Schutzansprüchen 24 bis 27.

Der Antragsgegner hat im Lösungsverfahren seinen Widerspruch nicht teilweise zurückgenommen.

Zwar hat er mit Eingaben vom 23. Februar 2000, vom 18. Dezember 2000 und vom 3. Januar 2001 jeweils neue Schutzansprüche vorgelegt und hierzu erklärt, das Gebrauchsmuster solle mit diesen Schutzansprüchen beschränkt aufrechterhalten werden (Ansprüche vom 23. Februar 2000) bzw. diese Schutzansprüche sollten dem weiteren Verfahren zugrunde gelegt werden. Hierin ist eine teilweise Rücknahme des Widerspruchs indes nicht zu sehen.

Grundsätzlich ist Gegenstand der Prüfung im Gebrauchsmusterlöschungsverfahren das Schutzrecht in der eingetragenen Fassung, und zwar auch dann, wenn der Gebrauchsmusterinhaber nachträglich neu formulierte Schutzansprüche zur Gebrauchsmusterakte eingereicht und erklärt hat, er wolle für Vergangenheit und Zukunft keine über diese Schutzansprüche hinausgehenden Rechte aus dem Gebrauchsmuster geltend machen. Für das Gebrauchsmusterlöschungsverfahren ist diese Erklärung jedoch regelmäßig als bindender vorweggenommener Verzicht auf Widerspruch gegen einen Löschungsantrag bzw. als teilweise Rücknahme eines eingelegten Widerspruchs zu werten, soweit dieser sich auf einen Gegenstand bezieht, der über die eingeschränkten neuen Schutzrechte hinausgeht. Dies setzt allerdings voraus, dass die Erklärungen des Gebrauchsmusterinhabers die für einen Rechtsmittelverzicht zu fordernde Unbedingtheit und Eindeutigkeit aufweisen (BGHZ 137, 60 ff - Scherbeneis; BGH GRUR 1997, 625 ff - Einkaufswagen).

Die Ansprüche vom 23. Februar 2000 stellten schon wegen der in ihnen enthaltenen unzulässigen Erweiterung keine wirksame teilweise Rücknahme des Widerspruchs dar. In der Vorlage neu formulierter Schutzansprüche im Rahmen eines Gebrauchsmusterlöschungsverfahrens liegt ein vorweggenommener Verzicht des Gebrauchsmusterinhabers auf Widerspruch bzw. eine teilweise Rücknahme des Widerspruchs nämlich nur dann, wenn die neuen Schutzansprüche keine unzulässige Erweiterung enthalten (BGHZ 137, aaO). Denn Schutzansprüche, die wegen Aufnahme einer ursprünglich nicht offenbarten Merkmalskombination - wie vorliegend - unzulässig sind und daher nicht an die Stelle der ursprünglichen Ansprüche

treten können, weisen nicht die für einen Rechtsmittelverzicht zu fordernde Unbedingtheit und Eindeutigkeit auf und sind deshalb insgesamt unwirksam und für das weitere Lösungsverfahren ohne Bedeutung (BGHZ 137, aaO).

Auch die Schutzansprüche vom 18. Dezember 2000 und vom 3. Januar 2001 und die Erklärung, dass diese dem weiteren Lösungsverfahren zugrunde gelegt werden sollten, haben nicht die Bedeutung einer teilweisen Rücknahme des Widerspruchs. Die Einreichung neuer Schutzansprüche in einem Gebrauchsmusterlösungsverfahren stellt für sich noch keine teilweise Rücknahme eines Widerspruchs dar. Denn angesichts der weitreichenden Folgen (teilweisen) Widerspruchsrücknahme, die unwiderruflich und unanfechtbar ist und zum rückwirkenden (teilweisen) Verlust des Schutzrechts führt, sind an eine solche Erklärung hinsichtlich ihrer Klarheit und Bestimmtheit strenge Anforderungen zu stellen. Diese fehlen, wenn - wie hier - neben dem das ursprüngliche Gebrauchsmuster einschränkenden Hauptantrag zusätzlich ein weiterer Hilfsantrag mit einem anders formulierten Schutzanspruch 1 eingereicht wird, wobei der Hilfsantrag das Streitgebrauchsmuster andersartig einschränkt als der Hauptantrag. Denn damit bleibt der Umfang der Beschränkung letztlich offen (BGH GRUR 1997, aaO).

2. Die Gegenstände der Schutzansprüche 1 bis 21 vom 17. Januar 2001 sind auch schutzfähig.

a) Die von der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren entgegengehaltenen Druckschriften, die GB-PS 2 058 168 und die DE 36 03 458 A1, weisen kaum Gemeinsamkeiten mit dem Gegenstand des Schutzanspruchs 1 auf. So zeigt die GB-PS 2 058 168, die die Antragstellerin offenbar als gattungsgleich ansieht, ein Gelände, das kein einziges, der im Oberbegriff des Schutzanspruchs 1 angegebenen Merkmale aufweist:

- Es sind keine Querholme (2) mit daran befestigten Längslatten (14) vorhanden, sondern zwei Geländerholme (1), die durch in sie eingreifende Vierkantrohre (6) miteinander verbunden sind.
- Es ist auch kein zweiteilig ausgebildeter Querholm (2) vorhanden, sondern die Geländerholme (1) sind einteilig ausgebildet.
- Weil der Geländerholm (1) nach der GB-PS nur einteilig ist, besteht er auch nicht wie der Querholm nach dem Schutzanspruch 1 aus einem Befestigungsprofil und einem Abdeckprofil.
- Gemäß dem Schutzanspruch 1 sind die Längslatten (14) an dem Befestigungsprofil(3) des Querholms (2) mittels Befestigungsmitteln (13) befestigt und das Abdeckprofil (4) des Querholms (2) deckt die Befestigungsmittel (13) ab. Gemäß der GB-PS werden die Vierkantrohre (6) in nicht vergleichbarer Weise mittels Abstandselementen („spacer 8“) mit dem Geländerholm (1) verbunden, in dem die Abstandselemente (8) in Schlitze (7) der Vierkantrohre (6) eingreifen. Bei dem Geländer nach der GB-PS ist die Anbringung eines Abdeckprofils zur Abdeckung der Befestigungsmittel, also der Abstandselemente (8) und der Schlitze (7), gar nicht möglich.

Darüber hinaus ist bei dem Geländer nach der GB-PS auch keines der im kennzeichnenden Teil des Schutzanspruchs 1 angegebenen Merkmale verwirklicht, was auch von der Antragstellerin nicht in Abrede gestellt wird.

Auch der Vergleich des Gegenstands der DE-OS 36 03 458 mit dem Schutzanspruch 1 ergibt kaum Gemeinsamkeiten. Diese erschöpfen sich darin, daß gemäß der DE-OS Längslatten (1) an Querholmen (2) befestigt sind, daß die Querholme (2) Hohlprofile sind und daß an den Enden der Hohlprofile (2) als verstellbares Gelenk ausgebildete Befestigungsteile (Schellen 22) für die Befestigung der Querholme (2) an den Pfosten (3) vorhanden sind.

Auch bei gemeinsamer Betrachtung der Entgegenhaltungen erhält der Fachmann mangels jeglichen diesbezüglichen Anknüpfungspunkts keine Anregung,

- den Querholm zweiteilig aus einem Befestigungsprofil (3) und einem Abdeckprofil (4) zu bilden und
- die als verstellbares Gelenk ausgebildeten Befestigungsteile 18 mit Befestigungsplatten (19a, 19b) zu versehen, die Öffnungen (20a, 20b) aufweisen, die zur Schraubbefestigung mit Hohlräumen in Versteifungen (16) des Befestigungsprofils (3) korrespondieren.

Der Umstand, daß gemäß der GB-PS 2 058 168, Fig 2 eine Abdeckplatte bekannt ist, die in vergleichbarer Weise zur Abdeckung des aus Profilen (15 und 16) gebildeten Geländerpfostens mit diesem verschraubbar ist, gibt dem Fachmann keine Anregung, das bekannte Befestigungsprofil nach der DE-OS 36 03 458 mit einer Befestigungsplatte entsprechend dem Schutzanspruch 1 zu versehen.

Die weiter im Verfahren befindlichen Entgegenhaltungen kommen dem Schutzanspruch 1 nicht näher als die vorstehend abgehandelten Druckschriften. Sie sind von der Antragstellerin auch nur zum eingetragenen Schutzanspruch 1 entgegeng gehalten worden. Für die Beurteilung des jetzt verteidigten Schutzanspruchs 1 vom 17. Januar 2001 sind sie im Beschwerdeverfahren von der Antragstellerin nicht mehr aufgegriffen worden.

Um zum Gegenstand des Schutzanspruchs 1 zu gelangen, bedurfte es mithin aus den vorstehend genannten Gründen eines erfinderischen Schritts.

b) Die Schutzansprüche 2 bis 21, die direkt oder indirekt auf den Schutzanspruch zurückbezogen sind, betreffen weitere Ausgestaltungen des Gegenstands nach dem Schutzanspruch 1, die nicht selbstverständlich sind. Die Schutzansprüche 1 bis 21 sind deshalb mit dem Schutzanspruch 1 rechtsbeständig.

B

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 17 Abs 4, 18 Abs 3 Satz 2 GbmG iVm § 84 Abs 2 PatG und §§ 91 Abs 1, 97 Abs 1 ZPO in entsprechender Anwendung. Daß die Billigkeit eine andere Kostenentscheidung erfordert (§ 84 Abs 2 Satz 2 PatG) ist nicht ersichtlich.

Friehe-Wich

Riegler

Sperling

Cl