



# BUNDESPATENTGERICHT

36 W (pat) 1/22

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
26. September 2023

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**wegen Erteilung des Sortenschutzes für die Apfelsorte „Burgred“ (APF 692)**

(hier: Beschwerde gegen die Widerspruchsentscheidung)

hat der 36. Senat (Beschwerdesenat für Sortenschutzsachen) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 26. September 2023 durch den Vorsitzenden Richter Metternich sowie die Richterin Dipl.-Chem. Univ. Dr. Münzberg und die Richter Dipl.-Chem. Univ. Dr. Jäger und Dr. Nielsen

beschlossen:

Die Beschwerde der Widerspruchsführerin wird zurückgewiesen.

**Gründe**

**I.**

Die Antragstellerin und Beschwerdegegnerin stellte am 14. Mai 2013 beim Bundessortenamt gem. § 22 SortG den Antrag, der Apfelsorte „Burgred“ (APF 692) Sortenschutz zu erteilen. Das Bundessortenamt begann auf diesen Antrag mit der Anlage eines Prüfungsanbaus nach § 26 Abs. 1 Satz 1 SortG i. V. m. § 2 BSAVfV (Registerprüfung). Hierzu lieferte die Antragstellerin gem. § 26 Abs. 3 SortG Bäume der Kandidatensorte „Burgred“, die auf dem Gelände des Bundessortenamts in Wurzeln angepflanzt wurden. Weiterhin forderte das Bundessortenamt die Widerspruchsführerin mit einfachem Brief vom 31. Mai 2013 auf,

Apfelbäume der Vergleichssorte „RoHo 3615“ zu liefern. Da die Widerspruchsführerin, die vorträgt, das Schreiben nicht erhalten zu haben, in der Folgezeit keine Pflanzen zur Verfügung stellte, beschafften die Mitarbeiter des Bundessortenamts das Vergleichsmaterial der Sorte „RoHo 3615“ selbst. Hierzu wurden von Bäumen, die bereits auf dem Gelände des Bundessortenamts vorhandenen waren, Reiser abvermehrt und auf virusfreie Unterlagen „M 9“ veredelt. Die Bäume der Sorte „RoHo 3615“ waren seinerzeit zur Prüfung der Schutzfähigkeit dieser Sorte in Wurzeln angepflanzt worden. Der genannte Prüfungsanbau war in den Jahren 2004 und 2005 durchgeführt worden. Die abvermehrten Bäume der Sorte „RoHo 3615“ wurden auf derselben Parzelle angepflanzt wie die Bäume der Sorte „Burgred“. Die Bäume der Vergleichssorte stammten damit aus unterschiedlichen Vegetationsperioden. In der Folgezeit war zu beobachten, dass die Bäume der Sorte „RoHo 3615“ kleiner blieben als die Bäume der Kandidatensorte „Burgred“. Die Bäume der Sorte „RoHo 3615“ wurden daher von den Mitarbeitern des Bundessortenamts weniger stark zurückgeschnitten, als die Bäume der Kandidatensorte „Burgred“. Sie blieben dennoch kleiner als die Bäume der Kandidatensorte.

Nach einer Anwachszeit von 2 Jahren erfolgte in den Jahren 2016 und 2017 die Sortenprüfung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 BSAVfV. Mit Schriftsatz vom 16. Oktober 2017 erhob die Widerspruchsführerin gegenüber dem Bundessortenamt gem. § 25 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1 SortG Einwendungen gegen eine mögliche Erteilung des Sortenschutzes. Mit Beschluss vom 6. April 2018 wies die erweiterte Prüfungsabteilung 5 des Bundessortenamts die Einwendungen zurück und erteilte der Kandidatensorte „Burgred“ den beantragten Sortenschutz. Zur Begründung hat die Prüfungsabteilung ausgeführt, dass sich die Sorten „Burgred“ und „RoHo 3615“ in drei Merkmalen unterschieden („Merkmal 8: Einjähriger Trieb: Behaarung“, „Merkmal 15: Blattspreite: Randeinschnitte“ und „Merkmal 39: Frucht: Verteilung der Deckfarbe“). Im „Merkmal 39: Frucht: Verteilung der Deckfarbe“ sei die Sorte „Burgred“ als „ganzflächig mit schwachen Streifen, Note 2“ zu beschreiben, die Sorte „RoHo 3615“ hingegen als „flächig, gestreift und gepunktet, Note 7“.

Gegen diesen Beschluss legte die Widerspruchsführerin mit Schriftsatz vom 1. Juni 2018 Widerspruch ein. Zur Begründung führte sie aus, dass die Kandidatensorte „Burgred“ von der Sorte „RoHo 3615“ nicht unterscheidbar sei. Zudem sei der Prüfungsanbau nicht sachgemäß durchgeführt worden. Die Herkunft der Bäume der Vergleichssorte „RoHo 3615“, die Veredelungsunterlage und die Veredelung selbst seien unklar. Das Vergleichsmaterial stamme aus jeweils unterschiedlichen Vegetationsperioden. Weiterhin seien die Bäume unterschiedlichen Bodenbedingungen sowie unterschiedlichen Schnittmaßnahmen ausgesetzt gewesen.

Der Widerspruchsausschuss 9 des Bundessortenamts hob auf diesen Widerspruch mit Beschluss vom 10. April 2019 den Beschluss der Prüfabteilung 5 vom 6. April 2018 auf. Ohne auf den Vortrag der Widerspruchsführerin zum vorgeblich unsachgemäßen Prüfungsanbau einzugehen, wird im Beschluss des Widerspruchsausschuss 9 ausgeführt, dass die bislang vorliegenden Ergebnisse des Prüfungsanbaus noch nicht ausreichten, um die Unterscheidbarkeit der Kandidatensorte abschließend beurteilen zu können. Im Hinblick auf das „Merkmal 39: Frucht: Verteilung der Deckfarbe“ hätten in den Jahren 2016 und 2017 zwar für beide Vergleichssorten jeweils stabile und voneinander unterschiedliche Ausprägungsstufen festgestellt werden können. Die Sorte „Burgred“ sei als „ganzflächig mit schwachen Streifen“ beschrieben worden, die Sorte „RoHo 3615“ hingegen als „flächig, gesteift und gepunktet“. Allerdings sei im damaligen Prüfungsanbau für die Sorte „RoHo 3615“ in den Jahren 2004 und 2005 auch die Sorte „RoHo 3615“ im „Merkmal 39: Frucht: Verteilung der Deckfarbe“ noch als „ganzflächig mit schwachen Streifen“ beschrieben worden. Damit bestünden erhebliche Zweifel, ob der Unterschied zwischen den Vergleichssorten im Merkmal 39 ausreichend deutlich und stabil sei. [Gemäß der in den Jahren 2004 und 2005 geltenden Fassung der Richtlinie der UPOV (Internationaler Verband zum Schutz von Pflanzenzüchtungen) war das „Merkmal 39: Frucht: Verteilung der Fruchtfarbe“ allerdings noch als „Merkmal 38: Frucht: Ausbreitungsform der

Deckfarbe der Schale“ bezeichnet worden. Auf diesen Umstand geht der Beschluss vom 10. April 2019 nicht ein].

Auf diesen Widerspruchsbeschluss setzte das Bundessortenamt den Prüfungsanbau mit den bereits gepflanzten Bäumen fort. Mit Beschluss vom 2. April 2020 wies die erweiterte Prüfungsabteilung 5 des Bundessortenamts die Einwendungen der Widerspruchsführerin erneut zurück und erteilte der Kandidatensorte „Burgred“ den beantragten Sortenschutz. Zur Begründung ist ausgeführt, dass die Kandidatensorte „Burgred“ von der Sorte „RoHo 3615“ [allein] durch das „Merkmal 39: Frucht: Verteilung der Deckfarbe“ deutlich unterscheidbar sei. Mit Schreiben vom 14. Mai 2020 legte die Widerspruchsführerin auch gegen diesen Beschluss Widerspruch ein. Zur Begründung führte sie aus, dass die Unterscheidbarkeit der Kandidatensorte „Burgred“ vom Bundessortenamt nicht belegt worden sei. Weiterhin sei der Prüfungsanbau vom Bundessortenamt trotz der bereits im ersten Widerspruchsverfahren geltend gemachten Mängel unverändert und damit unsachgemäß fortgesetzt worden. Die Ergebnisse des Prüfungsanbaus seien nicht geeignet, das Kriterium der Unterscheidbarkeit zuverlässig zu bestimmen. Darüber hinaus sei die Zurückweisung des Antrags auf Erteilung des Sortenschutzes bereits mit dem Beschluss des Widerspruchsausschusses 9 vom 10. April 2019 bestandskräftig geworden. Zumindest könnten die vor diesem Beschluss erzielten Ergebnisse des Prüfungsanbaus nicht in die Beurteilung der Schutzzfähigkeit der Kandidatensorte mit einbezogen werden.

Mit Beschluss vom 16. Juni 2021 wies der Widerspruchsausschuss 9 des Bundessortenamts den Widerspruch vom 14. Mai 2020 zurück. Zur Begründung ist ausgeführt, dass die Kandidatensorte „Burgred“ die Voraussetzungen für die Erteilung des Sortenschutzes erfülle. Insbesondere sei die Kandidatensorte durch das „Merkmal 39: Frucht: Verteilung der Deckfarbe“ von anderen Sorten deutlich unterscheidbar. Die nunmehr vorliegenden Ergebnisse des Prüfungsanbaus reichten aus, um die Unterscheidbarkeit abschließend beurteilen zu können. Die Unterschiede bei der Verteilung der Deckfarbe seien entgegen des Vorbringens der

Widerspruchsführerin auch nicht die Folge eines unsachgemäßen Prüfungsanbaus. Der Anbau sei vielmehr entsprechend den Richtlinien der UPOV durchgeführt worden. Die unterschiedliche Größe der Bäume habe auf das „Merkmal 39: Frucht: Verteilung der Deckfarbe“ keinen Einfluss. Der Feststellung der Schutzfähigkeit stehe auch der Beschluss vom 10. April 2019 nicht entgegen. Insbesondere sei das Bundessortenamt nicht durch eine entgegenstehende Bestandskraft an der Erteilung des Sortenschutzes gehindert. Mit dem Beschluss vom 10. April 2019 sei lediglich das Widerspruchsverfahren, nicht aber das Verfahren wegen Erteilung des Sortenschutzes beendet worden. Der Widerspruchsausschuss 9 habe im damaligen Bescheid insoweit gerade keine abschließende Regelung getroffen. Im Übrigen seien vom Bundessortenamt nicht nur Früchte der Bäume der Sorte „RoHo 3615“ in Augenschein genommen worden, die für den aktuellen Prüfungsanbau gepflanzt worden waren, sondern auch Früchte von anderen Bäumen dieser Sorte, die auf anderen Parzellen in Wurzeln wuchsen. Auch die Früchte dieser Bäume seien im „Merkmal 39: Frucht: Verteilung der Deckfarbe“ mit „flächig, gestreift und gepunktet“ zu bewerten. Weiterhin habe in den Jahren 2004 und 2005 noch eine andere Richtlinie der UPOV gegolten. Die Skalen der damaligen und der nunmehr geltenden Richtlinien wichen so weit voneinander ab, dass eine eindeutige Übertragung der Ausprägungsstufen nicht möglich sei.

Hiergegen wendet sich die Widerspruchsführerin mit ihrer Beschwerde vom 25. November 2021. Zur Begründung führt sie aus, dass der Widerspruchsausschuss 9 mit dem Beschluss vom 10. April 2019 bestandskräftig festgestellt habe, dass der Bescheid der Prüfungsabteilung 5 vom 6. April 2018 rechtswidrig gewesen sei und der Prüfungsanbau keinen hinreichend deutlichen und stabilen Unterschied zwischen den Vergleichssorten ergeben habe. Die Prüfungsabteilung 5 sei wegen des Abweichungsverbots nach § 43 VwVfG nicht befugt gewesen, vom Regelungsgehalt des Beschlusses vom 10. April 2019 abzuweichen und den Sortenschutz zu erteilen. Der Widerspruchsausschuss 9 sei im angegriffenen Beschluss zu Unrecht der Auffassung, dass seine Entscheidung

vom 10. April 2019 nicht in Bestandskraft erwachsen sei. Im Übrigen sei der hier angegriffene Beschluss überraschend, weil der Widerspruchsausschuss 9 die Ergebnisse des Prüfungsanbaus in den Jahren 2016 und 2017 trotz der von ihm zuvor geäußerten Zweifel in seine Entscheidung einbezogen habe. Der Widerspruchsausschuss 9 habe nicht dargelegt, warum der fortgesetzte Prüfungsanbau nunmehr doch geeignet sein solle, das Kriterium der Unterscheidbarkeit nachzuweisen. Die bloße Verlängerung der Prüfung sei nicht geeignet, bestehende Zweifel an der Unterscheidbarkeit auszuräumen. Der Prüfungsanbau sei nicht ordnungsgemäß erfolgt. So seien die Herkunft, die Sortenidentität und die Veredelungsunterlage der Vergleichsbäume der Sorte „RoHo 3615“ aus Sicht der Widersprechenden nicht nachvollziehbar. Der Vergleichsanbau entspreche nicht den Richtlinien der UPOV, weil die betreffenden Bäume aus unterschiedlichen Vegetationsperioden stammten. Die Abvermehrung sei darüber hinaus unsachgemäß ausgeführt worden und habe bei der Sorte „RoHo 3615“ zu sehr schwachem Baummaterial geführt. Weiterhin sei die Kandidatensorte „Burgred“ nicht von der Sorte „RoHo 3615“ zu unterscheiden. Der Unterschied im „Merkmal 39: Frucht: Verteilung der Deckfarbe“ bestehe tatsächlich nicht. Die Feststellungen aus den Jahren 2004 und 2005 deckten sich nicht mit den Feststellungen des aktuellen Prüfungsanbaus. Die Auffassung der Prüfungsabteilung, dass die Deckfarbe der Früchte nicht vom Alter der Bäume oder vom physiologischen Stress, dem die Bäume ausgesetzt seien, beeinflusst werde, treffe nicht zu. Die Deckfarbe der Früchte unterliege vielmehr unterschiedlichsten Umweltfaktoren. Weiterhin sei unklar, welche Menge an Früchten im Jahr 2018 zum Vergleich vorhanden gewesen sei. Im Jahr 2019 habe es zwischen den verschiedenen Baumreihen erhebliche Unterschiede in Bezug auf das Wachstum der Bäume, die Anzahl der Früchte und die Verteilung der Deckfarbe gegeben. Die Referenzäpfel der Sorte „RoHo 3615“ aus dem Jahr 2019 seien - ebenso wie in den Jahren 2004 und 2005 - als „ganzflächig mit schwachen Streifen“ und nicht als „flächig, gestreift und gepunktet“ zu bewerten. Der Prüfungsanbau zeige damit sprunghafte Ergebnisse und keine deutlichen, über Jahre hinweg gleichbleibenden Unterschiede.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschlüsse der erweiterten Prüfabteilung 5 des Bundessortenamts vom 2. April 2020 und des Widerspruchsausschusses 9 des Bundessortenamts vom 16. Juni 2021 aufzuheben und den Antrag auf Erteilung des Sortenschutzes für die Sorte „Burgred“ (APF 692) zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerde der Widerspruchsführerin zurückzuweisen.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass das Bundessortenamt den Sortenschutz zu Recht erteilt habe. Dem angegriffenen Beschluss stehe die Bestandskraft eines anderen Verwaltungsaktes nicht entgegen. Der Widerspruchsausschuss 9 habe im Beschluss vom 10. April 2019 lediglich festgestellt, dass die bis dahin vorliegenden Ergebnisse des Prüfungsanbaus nicht ausreichten, um das Kriterium der Unterscheidbarkeit abschließend zu beurteilen. Zugleich habe der Widerspruchsausschuss im genannten Bescheid festgestellt, dass die bis dahin gefundenen Ergebnisse im weiterlaufenden Prüfungsverfahren verwendet werden dürften. Ein neuer Prüfungsanbau sei deswegen nicht erforderlich gewesen. Die unterschiedlichen Feststellungen zum Merkmal 39 [bzw. Merkmal 38 gem. der in den Jahren 2004 und 2005 geltenden UPOV-Richtlinien] der Sorte „RoHo 3615“ in den Jahren 2004 und 2005 sowie im beschwerdegegenständlichen Prüfungsanbau seien ohne Belang. Aus den UPOV-Richtlinien ergebe sich eindeutig, dass in Zweifelsfällen der Prüfungsanbau gegenüber dokumentierten Beschreibungen ausschlaggebend sei. Die 2004 und 2005 dokumentierte Sortenbeschreibung könne unter Umständen durch damals vorherrschende Umwelteinflüsse hervorgerufen worden sein. Weiterhin gebe es weder hinsichtlich der Herkunft der Vergleichsbäume, noch der Veredelungsunterlage, noch der sachkundigen



Abvermehrung oder hinsichtlich der sachkundigen Kultivierung der Bäume durch das Bundessortenamt begründete Zweifel. Der Feststellung eines sachgemäßen Prüfungsanbaus sei die Widersprechende weder mit belastbaren sachlichen Anhaltspunkten noch mit Beweismitteln entgegengetreten. Weder der Widerspruchsausschuss 9 noch der mit dem Anbau betraute Fachmann des Bundessortenamts hätten an der sortentypischen Ausprägung der Pflanzen und der Unterscheidbarkeit der Sorten „Burgred“ und „RoHo 3615“ ernsthaften Zweifel gehabt. Weiterhin habe zwischen der damaligen Kandidatensorte „RoHo 3615“ und der damaligen Vergleichssorte „Pinova“ in den Jahren 2004 und 2005 im „Merkmal 39: Frucht: Verteilung der Deckfarbe“ [gemeint: gem. seinerzeit geltender Fassung der UPOV-Richtlinien: „Merkmal 38: Frucht: Ausbreitungsform der Deckfarbe der Schale“] kein deutlicher Unterschied bestanden. Damit werde die Unterscheidbarkeit der Kandidatensorte „Burgred“ durch einen weiteren, unabhängigen Sortenvergleich bestätigt. Im Übrigen habe der Leiter des Instituts für Obst- und Weinanbau am Versuchszentrum Laimburg in Südtirol die Sorten „Burgred“ und „RoHo 3615“ in einem Versuchsanbau verglichen und festgestellt, dass die Sorte „RoHo 3615“ auf der Rückseite der Frucht einen deutlich höheren Anteil an Deckfarbe aufweise als die Sorte „Burgred“. Damit seien die Sorten auch im „Merkmal 36: Frucht: Anteil der Deckfarben“ deutlich unterscheidbar.

Der Präsident des Bundessortenamts hat mit Schreiben vom 18. Februar 2022 den Beitritt zum Beschwerdeverfahren gemäß § 34 Abs. 4 SortG erklärt. Die Vertreterin des Präsidenten des Bundessortenamts trug in der mündlichen Verhandlung vom 26. September 2023 vor, dass die Fortsetzung des Prüfungsanbaus nach dem 10. April 2019 dem Zweck gedient habe, weiteres Referenzmaterial zu gewinnen. Dabei habe an der Sortenechtheit des Vergleichsmaterials der Sorte „RoHo 3615“ kein Zweifel bestanden. Weiterhin hätten weder die Prüfungsabteilung noch der Widerspruchsausschuss Zweifel an der sachgemäßen Durchführung des Vergleichsanbaus gehabt. Insbesondere sei die Abvermehrung der Reiser der Sorte „RoHo 3615“ sachgemäß erfolgt. Gewisse Abweichungen beim Vergleichsmaterial seien im Prüfungsanbau zulässig. Der Phänotyp einer Sorte sei zwar durch

Umwelteinflüsse beeinflussbar. Die sortentypischen Merkmale, wie das Merkmal 39, blieben jedoch weiterhin erkennbar. Der Prüfungsanbau sei sachgemäß, wenn die betreffenden Merkmale sortentypisch ausgeprägt seien.

Die Vertreterin des Präsidenten des Bundessortenamts hat in der mündlichen Verhandlung vom 26. September 2023 erklärt, keinen Antrag zu stellen.

## II.

Die zulässige Beschwerde der Widerspruchsführerin bleibt in der Sache ohne Erfolg. Die Kandidatensorte „Burgred“ unterscheidet sich von allen anderen am Anmeldetag bekannten Sorten und insbesondere von der Sorte „RoHo 3615“ durch das „Merkmal 39: Frucht: Verteilung der Deckfarbe“, §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 3 Abs. 1 Satz 1 SortG. Das Bundessortenamt hat daher der Kandidatensorte „Burgred“ zu Recht Sortenschutz erteilt.

Die Beschwerde ist form- und fristgerecht sowie unter Einzahlung der betreffenden Gebühr erhoben worden, §§ 34 Abs. 1, 36 SortG i. V. m. § 73 Abs. 2 Satz 1 PatG und § 34 Abs. 2, 1. HS SortG, Nr. 401 100 Nr. 5 Anlage zu § 2 Abs. 1 PatKostG.

Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet.

1. Das Bundessortenamt war durch den Beschluss des Widerspruchsausschusses 9 vom 10. April 2019 weder gehindert, den Prüfungsanbau unverändert fortzusetzen, noch den beantragten Sortenschutz zu erteilen. Entgegen der Auffassung der Widersprechenden entfaltet der Beschluss vom 10. April 2019 insoweit keine dem angegriffenen Beschluss entgegenstehende Bestandskraft, § 21 SortG i. V. m. §§ 69 Abs. 1, 43 Abs. 1 Satz 1 VwVfG.

Ein Verwaltungsakt (hier der Widerspruchsbescheid vom 10. April 2019) wird mit dem Inhalt wirksam, mit dem er bekanntgegeben wird, § 43 Abs. 1 Satz 1 VwVfG. Welchen Inhalt der Verwaltungsakt konkret besitzt, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Dabei ist die im Verhalten der Behörde nach außen zutage getretene Willensbetätigung maßgebend, wie sie der Adressat verstehen durfte. Unklarheiten gehen zu Lasten der Behörde. Neben der Entscheidungsformel nehmen an der Bindungswirkung des Verwaltungsakts auch die tragenden, für die Bestimmung des konkreten Regelungsgehalts maßgebenden Gründe teil, auf die sich die Behörde erkennbar gestützt hat (Peucker in Knack/Henneke, VwVfG, 11. Aufl., § 43 Rn. 34).

Vorliegend hat der Widerspruchsausschuss 9 im genannten Beschluss im Zusammenhang mit der Schutzfähigkeit der Kandidatensorte „Burgred“ keine abschließende Entscheidung über die Erteilung oder die Zurückweisung des beantragten Sortenschutzes getroffen. Insbesondere hat der Widerspruchsausschuss 9 den Antrag auf Erteilung des Sortenschutzes nicht abschließend zurückgewiesen, sondern lediglich festgestellt, dass die Ergebnisse des Prüfungsanbaus zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Widerspruchsausschuss noch nicht ausreichend gewesen seien, um die Unterscheidbarkeit der Kandidatensorte „Burgred“ abschließend beurteilen zu können. Weiterhin finden sich im Beschluss des Widerspruchsausschusses 9 vom 10. April 2019 keine Maßgaben oder Feststellungen, welche die Art und Weise des Prüfungsanbaus betreffen. Der Widerspruchsausschuss 9 hat im genannten Beschluss weder festgestellt, dass der Prüfungsanbau zu beanstanden sei, noch, dass die bisher erzielten Ergebnisse im weiteren Verfahren nicht verwertbar seien. Damit war die Verwertung der Prüfungsergebnisse der Jahre 2016 und 2017 im angegriffenen Beschluss zulässig und für die Verfahrensbeteiligten in keiner Weise überraschend.

Im Übrigen könnte mit dem Beschluss des Widerspruchsausschusses vom 10. April 2019 allenfalls die Feststellung bestandskräftig geworden sein, dass der Prüfungsanbau der Jahre 2016 und 2017 sachgemäß erfolgt war. Wie sich aus der

Sachverhaltsdarstellung des Beschlusses vom 10. April 2019 ergibt, hatte die Widerspruchsführerin entsprechende Einwände vorgebracht, wohingegen der Beschluss in den Entscheidungsgründen insoweit gerade keine ausdrücklichen Feststellungen trifft. Vielmehr wird ausgeführt, dass die Vergleichsbäume in den Jahren 2016 und 2017 im Merkmal 39 sowohl stabile als auch unterschiedliche Ausprägungsstufen aufgewiesen hätten. Diese Feststellung hätte nach den UPOV-Richtlinien eigentlich bereits ausgereicht, um die Neuheit der Sorte „Burgred“ zu bejahen. Der Sortenschutz wurde offensichtlich allein deswegen (noch) nicht erteilt, weil der Widerspruchsausschuss wegen der unterschiedlichen der Bewertung der Sorte „RoHo 3615“ in den Jahren 2016 und 2017 einerseits und in den Jahren 2004 und 2005 andererseits im Merkmal 39 bzw. Merkmal 38 Zweifel an der Deutlichkeit und der Stabilität des Unterschieds hatte, ohne allerdings auf den Umstand einzugehen, dass sich die UPOV-Richtlinien zwischenzeitlich geändert hatten. Die Begründung des Beschlusses vom 10. April 2019 lässt damit ganz offensichtlich erkennen, dass der Widerspruchsausschuss keine Zweifel an der Sachgemäßheit des Prüfungsanbaus hatte. Die Frage, ob aus diesem Umstand ein konkludenter; bereits bestandskräftig gewordener Regelungsgehalt dahingehend festzustellen ist, dass der Prüfungsanbau in den Jahren 2016 und 2017 sachgemäß war, kann dahingestellt bleiben. Denn unabhängig von einer insoweit möglicherweise bestehenden formellen Bestandskraft war der Prüfungsanbau zur Überzeugung des Senats im gesamten Prüfungszeitraum materiell nicht zu beanstanden (vgl. nachfolgend Ziffer 2.).

2. Der Widerspruchsausschuss 9 hat im angegriffenen Beschluss vom 16. Juni 2021 zutreffend festgestellt, dass der Prüfungsanbau ordnungsgemäß erfolgt war. Aus Sicht des Senats liegen keine Umstände vor, die auf eine unsachgemäße Durchführung des Prüfungsanbaus hindeuten könnten. Eine weitere Sachverhaltsaufklärung durch den Senat ist auch unter Beachtung des hier geltenden Grundsatzes der Amtsermittlung nicht veranlasst, § 36 SortG i. V. m. § 87 Abs. 1 PatG.

2.1. Die Einwendungen der Widerspruchsführerin gegen einen sachgemäßen Prüfungsanbau erschöpfen sich zum Teil in Vermutungen. Soweit die Widerspruchsführerin vorträgt, dass sie nicht wisse, ob die vom Bundessortenamt angepflanzten Vergleichsbäume tatsächlich solche der Sorte „RoHo 3615“ seien bzw. welche Unterlagen bei der Veredelung Verwendung gefunden hätten, liegt darin zunächst kein hinreichendes prozessuales Bestreiten i. S. v. § 138 Abs. 3 und 4 ZPO. Der Vortrag einer Verfahrensbeteiligten, von einem bestimmten, entscheidungserheblichen Sachverhalt keine eigene Kenntnis zu haben, steht dem Bestreiten mit Nichtwissen nicht gleich, sondern gibt lediglich Auskunft über das Wissen der betreffenden Verfahrensbeteiligten. Ein entsprechender Vortrag führt nicht dazu, dass der Sachverhalt insoweit im Streit steht. Darüber hinaus gibt der Vortrag der Widerspruchsführerin dem Senat auch keinen Anlass, den Sachverhalt von Amts wegen weiter aufzuklären. Die Widerspruchsführerin hat keine konkreten Tatsachen vorgetragen, die darauf hinweisen könnten, dass die Mitarbeiter des Bundessortenamts andere Reiser abvermehrt haben könnten, als solche der Sorte „RoHo 3615“. Gleiches gilt für die Veredelung der Reiser auf die Unterlage „M 9“. Auf entsprechende Fehler deutet nichts hin, zumal angepflanzte Bäume der Sorte „RoHo 3615“ die zu erwartenden sortentypischen Ausprägungen aufwiesen, wie die Vertreterin des Präsidenten des Bundessortenamts in der mündlichen Verhandlung bestätigte. Der von der Widerspruchsführerin angeführte Rückschluss, dass die Abvermehrung der Reiser unsachgemäß gewesen sein müsse, weil die Bäume der Sorte „RoHo 3615“ kleiner geblieben seien, als die Bäume der Sorte „Burgred“, erschöpft sich ebenso in Vermutungen. Gleiches gilt für den Vortrag der Widerspruchsführerin, dass sie nicht wisse, wie viele Früchte im Jahr 2018 zum Vergleich der Sorten herangezogen worden seien. Mangels jeglicher tatsächlichen Anhaltspunkte veranlasst das Vorbringen der Widerspruchsführerin auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Amtsermittlung keine weiteren Ermittlungen des Senats.

2.2. Soweit die Widerspruchsführerin im Zusammenhang mit dem beschwerdegegenständlichen Prüfungsanbau konkrete Tatsachen vorträgt, insbesondere, dass die Bäume aus unterschiedlichen Vegetationsperioden stammen und zu unterschiedlicher Größe herangewachsen seien, kann der Senat auch insoweit keinen Hinweis auf ein unsachgemäßes Handeln des Bundessortenamts erkennen.

Prüfungsmaßstab sind die Grundsätze der Anbauprüfung nach § 6 Abs. 1 BSAVfV und die Richtlinie der UPOV für die Durchführung der Prüfung auf Unterscheidbarkeit, Homogenität und Beständigkeit für Äpfel (Fruchtsorten) TG/14/9 vom 6. April 2005. Nach Ziffer 3.1 der genannten Richtlinie soll die Mindestprüfungsdauer in der Regel zwei unabhängige Wachstums- bzw. Vegetationsperioden betragen. Weiterhin werden nach Ziffer 3.2 der Richtlinien die Prüfungen in der Regel an einem Ort durchgeführt. Diese Anforderungen an den Prüfungsanbau wurden vorliegend ohne weiteres erfüllt. Soweit nach Ziffer 3.4.2 der Richtlinien die Prüfung bei Mutationen, wie sie hier vorliegen, mindestens 10 Bäume umfassen soll, ergibt sich die Zahl der tatsächlich gepflanzten Bäume zwar nicht aus den Akten. Der Senat geht aber mangels anderer Hinweise davon aus, dass diese Maßgabe nach Auffassung aller Verfahrensbeteiligten im streitgegenständlichen Prüfungsanbau eingehalten wurde. Auch für den Fall, dass jeweils weniger als 10 Bäume gepflanzt worden sein sollten, bestünde kein Anlass, die Ergebnisse des Prüfungsanbaus in Zweifel zu ziehen. Zum einen zeigen die Fotografien in den Akten des Bundessortenamt, zumindest eine gewisse Vielzahl von Bäumen, auch wenn sich die genaue Zahl nicht bestimmen lässt. Zum anderen sieht die UPOV-Richtlinie insoweit nur eine Soll-Bestimmung vor.

a) Der Einwand der Widerspruchsführerin, dass die Bäume der Vergleichssorten in unterschiedlichen Vegetationsperioden abvermehrt wurden, führt nicht zur Unverwertbarkeit der Ergebnisse des Prüfungsanbaus. Die Herkunft des Vergleichsmaterials aus unterschiedlichen Vegetationsperioden erklärt sich aus dem Umstand, dass die Widerspruchsführerin, die vorträgt, das entsprechende

Schreiben des Bundessortenamts nicht erhalten zu haben, kein Pflanzenmaterial lieferte. Insoweit war die Verwendung des unterschiedlichen Materials keine willkürliche Entscheidung des Bundessortenamts. Weiterhin widerspricht die Verwendung von Pflanzenmaterial aus unterschiedlichen Vegetationsperioden nicht den UPOV-Richtlinien. Für einen sachgemäßen Prüfungsanbau ist es nicht erforderlich, dass dieser zu völlig identischen Bedingungen stattfindet. Eine solcher Maßstab würde einen praxisgerechten Prüfungsanbau erkennbar überfordern. Nachdem aus fachlicher Sicht nicht ersichtlich ist, dass die Abvermehrung in unterschiedlichen Vegetationsperioden der Ausprägung der sortentypischen Merkmale entgegenstehen könnte, und die sortentypischen Ausprägungen im beschwerdegegenständlichen Prüfungsanbau auch tatsächlich festgestellt wurden, wirkt sich dieser Umstand auf die Beurteilung der Schutzzfähigkeit nicht aus. Insoweit ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Mitarbeiter des Bundessortenamts gem. § 17 Abs. 2 SortG sowohl mit den fachlichen als auch den rechtlichen Erfordernissen eines Vergleichsanbaus hinreichend vertraut sind. Weiterhin verfolgt das Bundessortenamt bei der Erfüllung seiner Aufgaben weder ein eigenes verwaltungsmäßiges Ziel, noch steht ihm dabei ein für Verwaltungsbehörden typischer Ermessensspielraum zu (vgl. Leßmann/Würtenberger, Handbuch Sortenschutzrecht, 2. Aufl., Seite 145). Hiervon ausgehend kommt dem Bundessortenamt im Sortenschutzverfahren eine Funktion zu, die im Wesentlichen mit der Rolle eines gerichtlich bestellten Sachverständigen vergleichbar ist. Daher ist nicht zuletzt der Umstand entscheidungserheblich, dass weder der Prüfungsausschuss noch der Widerspruchsausschuss des Bundessortenamts zu irgendeinem Zeitpunkt Zweifel an der sachgemäßen Durchführung des beschwerdegegenständlichen Prüfungsanbaus hatten. Auch für den Senat ergeben sich aus dem Vortrag der Verfahrensbeteiligten, den Akten des Bundessortenamts und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung keine Zweifel am Sachverstand und an der ordnungsgemäßen Vorgehensweise der insoweit tätig gewordenen Mitarbeiter des Bundessortenamts.

b) Der Einwand der Widerspruchsführerin, dass die Bäume der Sorte „RoHo 3615“ kleiner geblieben seien, als die Bäume der Sorte „Burgred“, ist vom Bundessortenamt aus fachlicher Sicht vollumfänglich gewürdigt und als nicht entscheidungsrelevant zurückgewiesen worden. Nachdem die sortentypische Ausprägung auch bei den kleiner gebliebenen Bäumen festgestellt werden konnte, sieht der Senat keinen Anlass, wegen der unterschiedlichen Größe der Bäume von einem unsachgemäßen Prüfungsanbau auszugehen oder weitere Ermittlungen anzustellen.

3. Die Kandidatensorte „Burgred“ ist in wenigstens einem Merkmal von jeder anderen am Antragstag (14. Mai 2013) allgemein bekannten Apfelsorte deutlich unterscheidbar, § 3 Abs. 1 Satz 1 SortG und erfüllt auch die weiteren Schutzvoraussetzungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 bis 5 SortG. Sie unterscheidet sich insbesondere von der Vergleichssorte „RoHo 3615“ durch das „Merkmal 39: Frucht: Verteilung der Deckfarbe“.

Eine Sorte ist unterscheidbar, wenn sie sich in der Ausprägung wenigstens eines maßgebenden Merkmals von jeder anderen am Anmeldetag allgemein bekannten Sorte deutlich unterscheiden lässt. Ein nur geringfügiger Unterschied genügt nicht, weil sonst die Gefahr bestünde, dass die Unterschiede durch Umwelteinflüsse nivelliert werden und die Pflanzen nicht mehr eindeutig einer Sorte zugeordnet werden können. Dagegen genügt es, wenn der Fachmann die Unterschiede feststellen kann (Sabellek in Metzger/Zech, Sortenschutzrecht, § 3 Rn. 49 f). Die Vertreterin des Präsidenten des Bundessortenamts hat in der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass die Ausprägung der sortentypischen Merkmale auch bei unterschiedlichen Umwelteinflüssen erkennbar bleiben muss.

3.1. Der angegriffene Beschluss des Widerspruchsausschusses 9 verweist auf den Prüfbericht nach § 7 BSAVfV vom 12. Dezember 2019. In diesem wird die Sorte



„Burgred“ im Zusammenhang mit dem „Merkmal 39: Frucht: Verteilung der Deckfarbe“ als „ganzflächig mit schwachen Streifen, Note 2“ beschrieben, während die Sorte „RoHo 3615“ als „flächig, gestreift und gepunktet, Note 7“ beschrieben wird. Dabei wurden für das „Merkmal 39“ im Versuchsanbau in den Jahren 2016, 2017, 2018 und 2019 jeweils stabile Ausprägungsstufen festgestellt. Hiervon ausgehend hat das Bundessortenamt die Unterscheidbarkeit der Sorte „Burgred“ und damit deren Schutzfähigkeit zu Recht bejaht. Der Vortrag der Widersprechenden, dass zwischen den Sorten „Burgred“ und „RoHo 3615“ im „Merkmal 39: Frucht: Verteilung der Deckfarbe“ gerade kein Unterschied bestehe bzw. dass der Prüfungsanbau insoweit sprunghafte Ergebnisse zeige, findet in den Akten des vorliegenden Sortenschutzverfahrens keine Entsprechung. Dies gilt insbesondere für den Vortrag der Widerspruchsführerin, dass die Früchte der Sorte „RoHo 3615“ im Jahr 2019 im Merkmal 39 als „ganzflächig mit schwachen Streifen“ zu bewerten seien. Aus dem die Wachstumsperioden der Jahre 2016 bis 2019 betreffenden Prüfbericht BF2 des Bundessortenamts ergibt sich eine solche Feststellung für das Jahr 2019 gerade nicht (vgl. aaO S. 4 Kap. 16. Tab. Ie. Eintrag). Dasselbe gilt im Übrigen auch schon für den die Wachstumsperioden der Jahre 2016 und 2017 betreffenden Prüfbericht BF1 (vgl. aaO S. 4 Kap. 16. Tab. Ie. Eintrag).

3.2. Auch der Umstand, dass im Rahmen der Prüfung der Schutzfähigkeit der Sorte „RoHo 3615“ in den Jahren 2004 und 2005 die Feststellung getroffen wurde, dass die Sorte „RoHo 3615“ gem. den damals geltenden UPOV-Richtlinien im „Merkmal 38: Frucht: Ausbreitungsform der Deckfarbe der Schale“ mit „ganzflächig mit schwachen Streifen (Note 3)“ zu bewerten sei, gibt zu keiner anderen Entscheidung Anlass. (vgl. BG1, S. 3, CPVO Nr. 38)

Zum einen hat der Widerspruchsausschuss 9 in der angegriffenen Entscheidung zutreffend darauf hingewiesen, dass die Prüfung der Sorte „RoHo 3615“ unter der Geltung einer anderen UPOV-Richtlinie erfolgte, so dass schon aus diesem Grund

in Frage steht, ob die Bewertungen der damaligen und der beschwerdegegenständlichen Prüfung überhaupt vergleichbar sind. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass auch sortentypische Ausprägungen, selbst wenn sie für den Fachmann erkennbar bleiben, durch Umwelteinflüsse in gewissem Umfang schwanken können. So geht die Beschwerdekammer des Europäischen Sortenamts davon aus, dass insbesondere bei Äpfeln die Farbe der Frucht abhängig von Umwelteinflüssen variieren kann (vgl. CPVO, Entscheidung vom 15. Dezember 2015, Az. A001/2015 – Braeburn 78). Diesem Umstand trägt das Sortenschutzrecht jedoch Rechnung. Zunächst genügen geringfügige Unterschiede zwischen zwei Sorten nicht, um eine Unterscheidbarkeit im Sinne von § 3 SortG zu bejahen. Bei deutlichen Unterschieden ist dagegen davon auszugehen, wie oben dargelegt, dass diese unabhängig von Umwelteinflüssen für den Fachmann erkennbar bleiben. Weiterhin hat die Antragstellerin zutreffend darauf hingewiesen, dass dem zeitgleichen Prüfungsanbau am selben Ort, bei dem die Vergleichssorten denselben Umweltbedingungen ausgesetzt sind, gegenüber dokumentierten Feststellung die ausschlaggebende Bedeutung zukommt. Dem folgend hat sich der Widerspruchsausschuss 9 im angegriffenen Beschluss zu Recht auf die Ergebnisse des beschwerdegegenständlichen Prüfungsanbaus gestützt, der überdies vier Vegetationsperioden umfasste und damit die Vorgaben der UPOV-Richtlinien weit übertraf. Von diesen Ergebnissen abweichende Feststellungen, die mehr als 10 Jahre zuvor unter Geltung einer anderen UPOV-Richtlinie mit kaum bzw. nicht vergleichbaren Skalen im Rahmen eines anderen Prüfungsanbaus dokumentiert wurden, sind auch nach Auffassung des Senats schon aus Rechtsgründen nicht geeignet, die Schutzfähigkeit der angemeldeten Sorte in Frage zu stellen.

Im Übrigen ergeben sich auch aus den sonstigen ins Verfahren eingeführten Unterlagen keine Anhaltspunkte, die einen deutlichen und stabilen Unterschied zwischen den Vergleichssorten „Burgred“ und „RoHo 3615“ im „Merkmal 39: Frucht: Verteilung der Deckfarbe“ in Frage stellen könnten.

3.3. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das Bundessortenamt außerhalb des eigentlichen Prüfungsanbaus noch weitere Äpfel der Sorte „RoHo 3615“ in Augenschein genommen hatte, die auf anderen Parzellen in Wurzeln gepflanzt worden waren. Diese Äpfel waren nach den Feststellungen des Bundessortenamts in der Ausprägung des Merkmals 39 genauso zu bewerten wie die Früchte der Bäume, die für den beschwerdegegenständlichen Prüfungsanbau gepflanzt worden waren. In der mündlichen Verhandlung bestätigte die Vertreterin des Bundessortenamts, dass die Ausprägung des „Merkmals 39: Frucht: Verteilung der Deckfarbe“ bei allen Früchten der Sorte „RoHo 3615“ gleich gewesen sei. Auch wenn diese Feststellung außerhalb der eigentlichen Sortenschutzprüfung getroffen wurde, ist sie nach Auffassung des Senats ein starkes Indiz für die Beständigkeit der unterschiedlichen Ausprägung der Vergleichssorten im Merkmal 39.

3.4. Der Bejahung der Unterscheidbarkeit der Kandidatensorte steht zuletzt auch der Umstand nicht entgegen, dass im ersten Beschluss des Prüfungsausschusses 5 noch drei Merkmale genannt worden waren, in denen sich die Sorten „Burgred“ und „RoHo 3615“ unterschieden. Auf die Frage, ob die zwei weiteren Unterschiede, die im zweiten Prüfbericht nicht mehr bejaht wurden, bestehen oder nicht, kommt es nicht entscheidungserheblich an. Für die Bejahung der Unterscheidbarkeit im Sinne von § 3 SortG ist ein abweichendes Merkmal notwendig, aber auch ausreichend. Aus dem gleichen Grund kann auch als nicht entscheidungserheblich dahingestellt bleiben, ob sich die Sorten „Burgred“ und „RoHo 3615“ auch im „Merkmal 36: Frucht: Anteil der Deckfarben“ unterscheiden. Die Ergebnisse des von der Antragstellerin genannten Prüfungsanbaus in Südtirol bedürfen daher keiner weiteren Feststellungen des Senats.

4. Für eine Auferlegung von Kosten gemäß § 36 SortG i.V.m. § 80 Abs. 1 und 2 PatG besteht kein Anlass.

**III.**  
**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich einzulegen.

Metternich

Dr. Münzberg

Dr. Jäger

Dr. Nielsen