



# BUNDESPATENTGERICHT

35 W (pat) 414/20

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
11. Oktober 2022

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend das Gebrauchsmuster 20 2015 008 053**

hat der 35. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 11. Oktober 2022 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Metternich sowie der Richter Dipl.-Ing. Wiegele und Dipl.-Chem. Dr. Deibele

beschlossen:

1. Der Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung des DPMA vom 14. Oktober 2019 wird abgeändert. Das Streitgebrauchsmuster 20 2015 008 053 wird unter Zurückweisung des Löschungsantrags im Übrigen gelöscht, soweit es über den Gegenstand der Schutzansprüche 1 – 8 nach Hilfsantrag 6 gemäß Beschwerdebegründung vom 18. September 2020 hinausgeht. Im Übrigen werden die Beschwerden der Antragstellerin und der Antragsgegnerin zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Lösungsverfahrens und des Beschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

### **Gründe:**

#### **I.**

Die Beteiligten streiten über den Bestand des Gebrauchsmusters 20 2015 008 053 (i.F.: Streitgebrauchsmuster).

Das am 24. November 2015 angemeldete Streitgebrauchsmuster ist am 23. Februar 2016 mit den Schutzansprüchen 1 – 10 und der Bezeichnung „Matratzenbezug“ eingetragen worden. Es ist in Kraft.

Das Streitgebrauchsmuster betrifft einen Matratzenbezug mit einer Oberseite und einer Unterseite, welcher zur Aufnahme eines Matratzenkerns vorgesehen ist (Abs. 0001 der Gebrauchsmusterschrift, i.F.: GS.). In der Gebrauchsmusterschrift ist ausgeführt, dass aus dem Stand der Technik bekannte Matratzenbezüge über sog. Abstandsgewirke verfügten, die für eine zureichende Luftdurchlässigkeit sorgen sollen, aber den Liegekomfort einschränken würden (vgl. Abs. 0002 – 0011 GS.). Aufgabe der vorliegenden Erfindung ist, einen Matratzenbezug vorgenannter Art zu schaffen, welcher besonders atmungsaktiv ist, eine komfortable und weiche Liegefläche bildet, sowie eine einfache Verarbeitbarkeit ermöglicht (Abs. 0012 GS.). Das Streitgebrauchsmuster sieht zur Lösung dieser Aufgabe die Vorteile eines sog. Abstandsgestrics, welches typischerweise eine Abstandsstruktur mit Maschen aus verstrickten mono- oder multifilen abstandshaltenden Fäden aufweist und diese mit den Vorteilen einer die Luftzirkulation und den Feuchtigkeitsabtransport aus der Matratze in besonders effektiver Weise ermöglichenden wabenartigen Mesh-Struktur verbinden soll (vgl. Abs. 0013 GS.).

Mit Löschantrag vom 26. September 2017 hat die Antragstellerin die vollständige Löschung des Streitgebrauchsmusters beantragt. Sie stützt den Löschantrag auf den Lösungsgrund der fehlenden Schutzfähigkeit. Zum Stand der Technik hat sie im Löschantrag und im weiteren Verfahren zum einen eine Vielzahl druckschriftlicher Entgegenhaltungen, bezeichnet als D1 – D6, D9, D16 – D21, D26, D28 und D31, sowie Fachveröffentlichungen zitiert. Insbesondere sei der Gegenstand des Streitgebrauchsmusters von der D1 (DE 10 2011 054 619 A1), der D2 (WO 01/11127 A1) oder der D4 (EP 2 921 579 A1) neuheitsschädlich vorweggenommen worden; zumindest verfüge dieser Gegenstand z.B. ausgehend von der D1 in Kombination mit der D3 (DE 10 2005 034 798 A1) über keinen erfinderischen Schritt. Ferner beruft sich die Antragstellerin auf Vorbenutzungen, welche aus ihrer

Sicht der Schutzzfähigkeit des Gegenstands des Streitgebrauchsmusters ebenfalls entgegenstünden. Zum einen habe eine von der Antragstellerin hergestellte Matratze, die im Mai 2015 von der Stiftung Warentest getestet worden und vor diesem Zeitpunkt in Verkehr gebracht worden sei, alle Merkmale des Streitgebrauchsmusters vorweggenommen. Zum anderen hätte eine von der Fa. A...im Jahre 2004 entwickelte Abstandsware, die im Jahr 2014 umfangreich an Dritte weitervertrieben worden sei, ebenfalls alle Merkmale des Streitgebrauchsmusters vorweggenommen.

Die Antragsgegnerin hat dem Löschungsantrag mit Schriftsatz vom 22. November 2017, per Fax eingereicht am selben Tag, widersprochen. Aus ihrer Sicht sei der Gegenstand des Streitgebrauchsmusters in der eingetragenen Fassung vom Stand der Technik weder neuheitsschädlich vorweggenommen, noch nahegelegt. Hinsichtlich der von der Antragstellerin behaupteten Vorbenutzungen beanstandet die Antragsgegnerin, dass eine offenkundige Vorbenutzung sowohl bezüglich der von der Stiftung Warentest getesteten Matratze als auch bezüglich der Abstandsware der Fa. A... nicht schlüssig und substantiiert vorgetragen worden sei; die Veröffentlichung der Stiftung Warentest falle zudem in die Neuheitsschonfrist. Ferner hat die Antragsgegnerin 13 Hilfsanträge mit geänderten Anspruchsfassungen eingereicht, die sie ebenfalls als schutzfähig erachtet.

Die Antragstellerin hat im weiteren Verfahren die vollständige Löschung des Streitgebrauchsmusters weiter verfolgt. Aus ihrer Sicht seien auch die Anspruchsfassungen nach den von der Antragsgegnerin eingereichten Hilfsanträgen nicht schutzfähig.

Die Gebrauchsmusterabteilung hat den Beteiligten mit Zwischenbescheid vom 5. November 2018 als vorläufige Auffassung mitgeteilt, dass der Löschungsantrag nur teilweise Aussicht auf Erfolg habe, und zwar in dem Umfang, in welchem das Streitgebrauchsmuster über die Anspruchsfassung nach Hilfsantrag 1 hinausgehe.

Die Beteiligten haben in weiteren gewechselten Schriftsätzen an ihren gegensätzlichen Auffassungen festgehalten und ihren Sachvortrag ergänzt.

In der mündlichen Verhandlung vor der Gebrauchsmusterabteilung am 14. Oktober 2019 hat die Antragstellerin die Löschung des Streitgebrauchsmusters in vollem Umfang beantragt. Die Antragsgegnerin hat als Hauptantrag das Streitgebrauchsmuster in der eingetragenen Fassung und hilfsweise im Umfang der vorgenannten Hilfsanträge 1 – 13 verteidigt.

Mit in der mündlichen Verhandlung vom 14. Oktober 2019 verkündetem Beschluss hat die Gebrauchsmusterabteilung das Streitgebrauchsmuster teilgelöscht, soweit es über die Anspruchsfassung nach Hilfsantrag 2 vom 30. April 2018 hinausgeht, es – wie es im Tenor heißt - im Übrigen aufrechterhalten und von den Kosten der Antragsgegnerin 60% und der Antragstellerin 40% auferlegt. Den Beschluss hat sie i.W. wie folgt begründet:

Der Gegenstand des eingetragenen Schutzanspruch 1 sei nicht neu, da er von der D1 in allen Merkmalen, einschl. „wabenartig“ und „Mesh-Struktur“, vorweggenommen worden sei.

Die Anspruchsfassung nach Hilfsantrag 1 sei zulässig, weise aber keinen erfinderischen Schritt auf. Ausgehend von der D4 sei der Gegenstand nach Hilfsantrag 1 für den Fachmann naheliegend.

Die Anspruchsfassung nach Hilfsantrag 2 sei zulässig und auch schutzfähig. Die D4 sei insoweit als nächstliegender Stand der Technik zu erachten. Aus der D4 sei aber kein Hinweis auf Verwendung von glatten Polyestergarnen ersichtlich. Auch die Vorbenutzungen seien nicht neuheitsschädlich und stünden einem erfinderischen Schritt nicht entgegen. Insbesondere seien bei der von der Stiftung Warentest erworbenen Matratze Merkmale des Schutzanspruchs 1 wie z.B. die Garnzusammensetzung erkennbar nicht vorweggenommen worden.

Der Beschluss ist beiden Beteiligten jeweils am 12. März 2020 zugestellt worden,

Gegen diesen Beschluss haben beide Beteiligte selbständig Beschwerde eingelegt, und zwar die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 19. März 2020, eingegangen am 21. März 2020, und die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 8. April 2020, eingegangen am selben Tag.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, der Gegenstand des Streitgebrauchsmusters sei weder in der eingetragenen Fassung, noch in der Fassung nach einem der Hilfsanträge schutzfähig. Sie hat weitere Entgegenhaltungen in das Verfahren eingeführt und vorgetragen, der Gegenstand des Schutzanspruchs 1 in der eingetragenen Fassung werde von der D1 und der D4 neuheitsschädlich getroffen, weise jedenfalls keinen erfinderischen Schritt auf. Auch der Gegenstand des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 1 sei nicht neu z.B. ggü. der D4 und nicht erfinderisch. Der Gegenstand des von der Gebrauchsmusterabteilung als schutzfähig erachteten Hilfsantrags 2 sei nicht neu ggü. der D4, der D5 (EP 1 946 681 A1), der D21 (US 2009/0044338 A1) und der D22 (Fachveröffentlichung „Haustex 10/2005 - Mit AeroStar dem Zeitgeist entsprochen“); zudem sei die Anspruchsfassung nach Hilfsantrag 2 ausgehend von der D23 (Fachveröffentlichung Ege University, Textile Engineering Department, Izmir, Turkey 04/2012 - „The compression characteristic of weft knitted spacer fabrics“) nahegelegt. Die weiteren Anspruchsfassungen nach den Hilfsanträgen 3 – 13 enthielten – wie die Antragstellerin im Einzelnen vorgetragen hat - aus dem Stand der Technik vorbekannte Merkmale und seien ebenfalls nicht schutzfähig. Auch die von ihr vorgetragenen Vorbenutzungen hält die Antragstellerin weiterhin der Schutzfähigkeit des Streitgebrauchsmusters in den im Verfahren befindlichen Anspruchsfassungen entgegenstehend.

Die Antragsgegnerin, die in ihrer Beschwerdeerwiderung vom 18. September 2020 die erstinstanzlichen Hilfsanträge 1 – 13 auch in das Beschwerdeverfahren eingeführt hat, ist der Auffassung, der Gegenstand des Streitgebrauchsmusters in der

eingetragenen Fassung sei schutzfähig. Er werde durch keine im Verfahren befindliche Entgegenhaltung neuheitsschädlich getroffen, insbesondere nicht durch die D1 und die D4, welche z.B. Abstandsgewirke und nicht - wie das Streitgebrauchsmuster - Abstandsgestricke beträfen. Ausgehend von der D4 sei der Gegenstand des Streitgebrauchsmusters auch nicht in Kombination mit einer weiteren, im Verfahren befindlichen Entgegenhaltung nahegelegt. Gleiches treffe auf die Anspruchsfassungen nach den Hilfsanträgen zu. Hinsichtlich der Vorbenutzungen beanstandet die Antragsgegnerin, dass aus der Durchführung eines Tests bei der Stiftung Warentest nicht auf eine offenkundige Vorbenutzung geschlossen werden könne, zumal nicht klar sei, welches Produkt wann und unter welchen Umständen von der Stiftung Warentest erworben worden sei und was Gegenstand eines „Schnelltests“ gemäß dem Dokument D24 (Mitteilung Stiftung Warentest test.de, 22. Mai 2015) und dem Bericht der Stiftung Warentest nach D12 (Mitteilung Stiftung Warentest test.de, 24. September 2015) gewesen sei. Ferner seien aus der D12 keine Details zum dortigen Matratzenbezug ersichtlich. Auch den von der Antragsgegnerin in Zweifel gezogenen Vorbenutzungen in Form der Produkte von A ... sei jedenfalls kein Matratzenbezug zu entnehmen, wie er vom Streitgebrauchsmuster in den Fassungen nach Hauptantrag und nach den Hilfsanträgen beschrieben werde.

Mit Hinweis vom 8. Februar 2022 hat der Senat den Beteiligten als vorläufige Auffassung mitgeteilt, dass die beiderseits erhobenen Beschwerden nur teilweise Aussicht auf Erfolg hätten, da nach vorläufiger Prüfung und Beratung das Streitgebrauchsmuster im Umfang der Anspruchsfassung nach Hilfsantrag 6 möglicherweise Bestand haben könne.

In der mündlichen Verhandlung vom 15. Februar 2022 haben die Beteiligten einen Vergleich geschlossen, mit welchem sie sich zum Abschluss einer im Einzelnen

noch auszuhandelnden Nutzungsvereinbarung und der Rücknahme der beiderseits erhobenen Beschwerden nach Zustandekommen der Nutzungsvereinbarung verpflichtet haben. Beide Beteiligten konnten den Vergleich bis zum 29. April 2022 widerrufen.

Die Antragstellerin hat den Vergleich mit Schriftsatz vom 14. März 2022 widerrufen. Daraufhin ist Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung auf den 11. Oktober 2022 bestimmt worden.

Weiterer schriftsätzlicher Vortrag seitens der Beteiligten ist nicht erfolgt.

In der mündlichen Verhandlung vom 11. Oktober 2022 hat die Antragstellerin nach eingehender Erörterung der Sach- und Rechtslage beantragt,

den Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung des DPMA vom 14. Oktober 2019 aufzuheben und das Streitgebrauchsmuster in vollem Umfang zu löschen sowie, die Beschwerde der Antragsgegnerin zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung des DPMA vom 14. Oktober 2019 aufzuheben und, in der Reihenfolge der Hilfsanträge 2 - 13 gemäß Beschwerdebeurteilung vom 18. September 2020, den Löschantrag im Umfang der Schutzansprüche nach einem dieser Hilfsanträge zurückzuweisen sowie, die Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen.

In das Verfahren sind die nachfolgend genannten Entgegenhaltungen und Dokumente eingeführt worden

- seitens der Antragstellerin:
  - D1: DE 10 2011 054 619 A1;
  - D2: WO 01/11127 A1;

- D3: DE 10 2005 034 798 A1;
- D4: EP 2 921 579 A1;
- D5: EP 1 946 681 A1;
- D6: EP 1 055 757 A1;
- D7 Eidesstattliche Versicherung des Herrn A ...
- D8 Kopie Schriftsatz der Vertreter der Antragsgegnerin an das Landgericht vom 16. August 2017;
- D9: DE 20 2009 008 977 U1;
- D10 Kopie Schriftsatz der Vertreter der Gebrauchsmusterinhaberin an das Landgericht vom 26. Juni 2017;
- D11 Schreiben Fa. A ... vom. 24. März 2017;
- D12 Mitteilung Stiftung Warentest in test.de, 24. September 2015;
- D13 Vorlage Testrichtlinien Stiftung Warentest – „Wie testet und bewertet die Stiftung Warentest?“;
- D14 Fokus-Artikel vom 23. Mai 2015: „Ein David zeigt es den Goliaths“;
- D15 Screenshot Website „bett1.de“;
- D16 DE 203 09 795 U1;
- D17 DE 102 15 455 A1;
- D18 US 2008/0006060 A1;
- D19 WO 2011/155824 A1;
- D20 DE 20 2006 003 043 U1;
- D21 US 2009/0044338 A1;
- D22 Haustex 10/2005 – „Mit Aerostar dem Zeitgeist entsprochen“;
- D23 Ege University, Textile Engineering Department, Izmir, Turkey 04/2012 - „Thecompression characteristic of weft knitted spacer fabrics“;
- D24 Mitteilung Stiftung Warentest in test.de, 22. Mai 2015;
- D25 Screenshot „amazon.de“ - Bodyguard Anti-Cartel Mattress;
- D26 DE 202 01 919 U1;
- D27 Pressemitteilung der Terrot GmbH, 2013;
- D28 US 6 779 369 B2;

D29 Present and Future Development in 3D Spacer Fabric Structures; Y. Liu, H. Hu; 17-19. Dezember 2014;

D30 Knittability of fibres with high stiffness; J. Peterson, E. Vergbom, C.H. Andersson, Juni 2000;

D31 DE 20 2015 101 004 U1;

- seitens der Antragsgegnerin:

M1 Rechnung Fa. A ... vom 10. August 2015;

M2 Email von Herrn B ...

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung, die Schriftsätze der Beteiligten und den übrigen Akteninhalt verwiesen.

## II.

Die jeweils zulässigen Beschwerden der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sind nur teilweise begründet. Das Streitgebrauchsmuster ist in der zulässigen Fassung nach Hilfsantrag 6 i.S.d. §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 1 – 3 GebrMG schutzfähig, so dass die Beschwerde der Antragstellerin insoweit unbegründet ist, während die Beschwerde der Antragsgegnerin im darüber hinausgehenden Umfang erfolglos bleibt.

1. Die eingetragene Fassung des Streitgebrauchsmusters ist nicht weiter entscheidungserheblich. Die Antragsgegnerin hat das Streitgebrauchsmuster in der mündlichen Verhandlung zuletzt im Umfang der Hilfsanträge 2 – 13 verteidigt. Damit hat sie ihren ursprünglich wirksam und vollumfänglich gegen den streitgegenständlichen Löschantrag erklärten Widerspruch teilweise zurückgenommen, nämlich in dem Umfang, in welchem das Streitgebrauchsmuster über die Anspruchsfassung nach Hilfsantrag 2 hinausgeht. In diesem Umfang ist das Streitgebrauchsmuster entsprechend § 17 Abs. 1 Satz 2 GebrMG ohne weitere Sachprüfung zu löschen.

2. Der Gegenstand des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 2 ist nicht schutzfähig, da er keinen erfinderischen Schritt aufweist (§§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 1 GebrMG).

2.1 Schutzanspruch 1 nach Hilfsantrag 2 lautet wie folgt (mit einer den Beteiligten im Senatshinweis vom 8. Februar 2022 mitgeteilten Merkmalsgliederung):

- a. Matratzenbezug mit einem eine Oberseite (3) und/oder eine Unterseite (4), welche jeweils als eine Liegefläche für einen Benutzer dimensioniert sind, bildenden Bezugstoff (5),  
dadurch gekennzeichnet, dass
  - b. der Bezugstoff (5) mit einem 3-D-Abstandsgestrick (10) zumindest an seiner Außenseite (11) ausgebildet ist und
  - c. an der Außenseite (11) eine wabenartige Mesh-Struktur mit nach außen offenen Aussparungen (12) aufweist,
- d2. wobei der Bezugstoff (5) wenigstens zweilagig aus 3-D-Abstandsgestrick mit einer die Außenseite (11) bildenden oberen Lage (14) aus texturiertem, verdrilltem Multifilamentgarn und einer eine innere Lage (16) bildenden Schicht aus glattem Polyestergerarn, ausgebildet ist.

Schutzanspruch 1 des Hilfsantrags 2 basiert auf einer Kombination der Schutzansprüche 1 und 2 der eingetragenen Fassung des Streitgebrauchsmusters, wobei die

fakultativen Merkmale des Schutzanspruchs 2 („insbesondere aus Multifilamentgarn" und „vorzugsweise glattem Polyestergarn") aufgelöst und nunmehr in den Anspruch 1 des Hilfsantrags 2 aufgenommen wurden. Anspruch 2 der eingetragenen Fassung wurde gestrichen. Die sich anschließenden abhängigen Schutzansprüche 2 bis 9 des Hilfsantrags 2 basieren auf den Ansprüchen 3 bis 10 der eingetragenen Fassung, zu deren Wortlaut auf die Akten verwiesen wird.

**2.2** Ausgehend von Gegenstand und Aufgabe des Streitgebrauchsmusters ist als mit der o.g. Aufgabe befasster Fachmann ein Fachhochschulabsolvent der Fachrichtung Textiltechnik anzusehen, der über eine mehrjährige Erfahrung im Bereich der Entwicklung und Konstruktion von Matratzen, insbesondere Matratzenbezügen verfügt. Von ihm können Fachwissen zu den modernen Anforderungen an den Liegekomfort und die Luftdurchlässigkeit von Matratzenbezügen sowie spezielle Kenntnisse über die Struktur und Materialauswahl derartiger Matratzenbezüge erwartet werden.

**2.3** Der Fachmann legt den Merkmalen des Schutzanspruchs 1, soweit sie der Auslegung bedürfen, folgendes Verständnis zu Grunde.

Der Gegenstand des Streitgebrauchsmusters betrifft einen Matratzenbezug mit einer Oberseite und einer Unterseite, welcher zur Aufnahme eines Matratzenkerns vorgesehen und als Liegefläche für einen Benutzer ausgestaltet ist (Merkmal a).

Das Kennzeichen des Schutzanspruchs 1 präzisiert mit seinen Merkmalen den Aufbau des den Matratzenbezug bildenden Bezugstoffs. So soll dieser gemäß Merkmal b. zumindest an seiner Außenseite mit einem 3-D-Abstandsgestrick ausgebildet sein. Diese Abstandsgestricke weisen typischerweise eine Abstandsstruktur mit Maschen aus verstrickten mono- oder multifilen abstandshaltenden Fäden auf. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Unterscheidung zwischen Abstandsgestrick und Abstandsgewirk, da diese beiden Materialien durch ihren unterschiedlichen strukturellen Aufbau abweichende Eigenschaften aufweisen. Der Herstellungsprozess eines Abstandsgewirks beruht auf der Reihung von Maschen um eine Kette und führt somit zu einer Versteifung der Maschenstruktur. Dagegen werden

bei der Herstellung eines Abstandsgestricks in einem Strickprozess die Maschen in horizontaler und vertikaler Richtung beweglich gehalten, so dass aus den verstrickten Maschen eine mehrlagige Struktur, die sich durch erhöhte Elastizität und Dehnbarkeit auszeichnet, erhalten werden kann.

Des Weiteren soll gemäß Merkmal c. der Bezugstoff an der Außenseite eine wabenartige Mesh-Struktur mit nach außen offenen Aussparungen aufweisen. Aus technischer Sicht ist unter „Mesh“ ein gitterartiges Material zu verstehen, das Fäden verbindet, so dass im Verarbeitungsprozess ein Netzstoff entsteht, der eine angenehm weiche und hauchdünne Haptik aufweist. Das englische Wort „Mesh“ ist mit „Masche“ zu übersetzen, was darauf hinweist, dass das Material aus vielen gewebten Maschen besteht, woraus ein Netzstoff resultiert, der zahlreiche Aussparungen aufweist.

Die Hilfsanträge 2 bis 6 betreffen den mehrlagigen Aufbau des Bezugstoffs aus Abstandsgestrick und präzisieren bzw. legen den Einsatz der Garnsorten für diese unterschiedlichen Lagen fest. In Hilfsantrag 6 ist darüber hinaus die Erstreckung der wabenartigen Aussparungen über den dreilagigen Bezugstoff festgelegt. Dabei ist von Bedeutung, dass sich die Erstreckung der wabenartigen Aussparungen im Abstandsgestrick nicht automatisch ausbildet, da, wie schon zu Merkmal b ausgeführt, im Material keine senkrecht verlaufenden Fäden vorliegen, sondern miteinander verstrickte Maschen.

**2.4** Es kann dahingestellt bleiben, ob der Gegenstand des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 2 neu ist. Jedenfalls weist er keinen erfinderischen Schritt i.S.d. § 1 Abs. 1 GebrMG auf.

In Druckschrift D1 wird ein Matratzenbezug (vgl. Abs. [0002]; Figur 1) mit einem eine Oberseite 4 und eine Unterseite 2 bildenden Bezugstoff 5 (vgl. Beschreibung [0002], [0021]) offenbart, der ein 3-D-Abstandsgestrick (vgl. Abs. [0001]) mit einer wabenartigen Mesh-Struktur und nach außen offenen Aussparungen an der Außenseite (vgl. Figur, Bezugszeichen 3 und 5) aufweist. Insoweit können der Druckschrift D1 die Merkmale a bis c nach Schutzanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 2 entnommen

werden. Allerdings unterscheidet sich der aus Druckschrift D1 bekannte Matratzenbezug vom Gegenstand des Schutzanspruchs 1 gemäß Hilfsantrag, dadurch dass die Garnzusammensetzung der oberen und der inneren Lage des 3-D-Abstandsgestrick des zweilagig ausgebildeten Bezugstoffs in dieser Druckschrift nicht erwähnt wird. Dieser Unterschied vermag allerdings nicht das Vorliegen eines erfinderischen Schritts zu begründen. So gelangt der den Stand der Technik systematisch recherchierende Fachmann auf der Suche nach Textilmaterialien für Matratzenbezüge, die die Luftzirkulation und den Feuchtigkeitsabtransport aus der Matratze bewirken, in nahe liegender Weise zu Druckschrift D4, die ein dehnbares Stütz- und Transferlaken zur Verwendung auf Matratzen, Rohstuhlkissen, Operationstischen usw. betrifft (vgl. Abs. [0001], [0002]). Auch wenn die in Druckschrift D4 beschriebenen Laken zur Umbettung von Patienten in Krankenbetten eine spezielle Anwendung ausführen und diese Laken eher eine Textilaufgabe darstellen, die einen Matratzenkern lediglich teilweise bedecken, kann der Auffassung der Antragstellerin nicht zugestimmt werden, dass der Fachmann diese Druckschrift nicht zu Rate ziehen würde. Die Aufgabenstellung des Streitgebrauchsmusters zur Verbesserung des Matratzenbezugs („atmungsaktiv“) legt dem Fachmann nahe, auch in verwandten Nachbargebieten nach entsprechenden Lösungsansätzen zu suchen.

So ist der D4 ein Bezugstoff zu entnehmen, der wenigstens zweilagig aus einem 3-D-Abstandstextil mit einer die Außenseite bildenden oberen Lage ausgebildet ist, welche aus texturiertem Multifilamentgarn bestehen kann (vgl. Sp. 4, Z. 27-31 i.V.m. Z.39-41), welches üblicherweise verdrillt vorliegt. Als mögliche Materialien für die Garne der oberen und unteren Lage werden in Druckschrift D4 u.a. Polyester- und PET- Garne genannt (vgl. Sp. 4, Z.29-32 i.V.m. Z.39-40; Anspruch 16). Da das 3-D-Abstandstextil auf einer Rundstrickmaschine hergestellt wird (vgl. Abs. [0027], Z. 32-34) ist es für den Fachmann naheliegend, dass es sich bei dem 3-D- Abstandstextil um ein Abstandsgestrick handelt. Darüber hinaus entnimmt der Fachmann aus D4 den Einsatz eines „glatten Polyestergerms“, da der im Anspruch 19 der Druckschrift D4 verwendete Begriff „smooth“ im Sinne von „glatt“ zu verstehen bzw. zu übersetzen ist.

Somit gelangt der Fachmann durch Zusammenschau der Druckschriften D1 und D4 zum Gegenstand des Schutzanspruchs 1 gemäß Hilfsantrag 2, ohne dass es hierzu eines erfinderischen Schritts bedarf.

**2.5** Da die Antragsgegnerin das Streitgebrauchsmuster nach Hilfsantrag 2 in einer einheitlichen Anspruchsfassung verteidigt hat, fallen mit dem Schutzanspruch 1 auch die Unteransprüche 2-9 (vgl. BGH GRUR 2007, 862 – Informationsübermittlungsverfahren II).

**3.** Der Gegenstand des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 3 ist mangels Vorliegen eines erfinderischen Schritts nicht schutzfähig.

**3.1** Schutzanspruch 1 nach Hilfsantrag 3 enthält unverändert die Merkmale a. – c., an welche sich das nachfolgend genannte Merkmal d3. anschließt.

d3. wobei der Bezugstoff (5) dreilagig aus 3-D-Abstandsgestrick mit einer die Außenseite (11) bildenden oberen Lage (14) aus texturiertem, verdrilltem Garn, insbesondere aus Multifilamentgarn, einer eine innere Lage (16) bildenden Schicht aus Polyestergarn, vorzugsweise glattem Polyestergarn, und einer mit der oberen Lage (14) verstrickten mittleren Lage (15) mit einem Monofilamentgarn als Füllstoff ausgebildet ist.

Schutzanspruch 1 des Hilfsantrags 3 basiert auf einer Kombination der Ansprüche 1, 2 und 3 der eingetragenen Fassung des Streitgebrauchsmusters. Anspruch 2 der eingetragenen Fassung wurde gestrichen und der geltende Schutzanspruch 2 des Hilfsantrages 3 enthält nunmehr das fakultative Merkmal des Schutzanspruchs 3 der eingetragenen Fassung. Die sich anschließenden abhängigen Ansprüche 3 bis 9 des Hilfsantrages 3 basieren auf den Ansprüchen 4 bis 10 der eingetragenen Fassung, zu deren Wortlaut auf die Akten verwiesen wird.

**3.2** Es kann dahingestellt bleiben, ob der Gegenstand des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 3 neu ist. Jedenfalls weist er keinen erfinderischen Schritt i.S.d. § 1 Abs. 1 GebrMG auf.

Im Vergleich zum Schutzanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 2 enthält der Schutzanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 3 die zusätzlichen Merkmale, wonach „...der Bezugstoff dreilagig aus 3D-Abstandsgestrick... und einer mit der oberen Lage (14) verstrickten mittleren Lage (15) mit einem Monofilamentgarn als Füllstoff ausgebildet ist.“

Auch diese zusätzlich in den Schutzanspruch 1 aufgenommenen Merkmale kann der Fachmann aus Druckschrift D4 entnehmen. So werden auch in Druckschrift D4 dreilagige Abstandsgestricke für die betreffenden Textilauflagen eingesetzt (vgl. Abs. [0017]-[0019]). Des Weiteren beschreibt Druckschrift D4 in einem Ausführungsbeispiel, dass die mittlere Lage des Abstandsgestrics aus Monofilamentgarn besteht (Füllstoff), welches die obere und untere Lage miteinander verbindet (vgl. insbesondere Abs. [0022]: "...the yarns of the top layer, which has raised and recessed areas manufactured from one type of fiber are connected to the bottom layer via interconnecting monofilament pile fibers").

Darüber hinaus wird in Hinblick auf die übrigen Merkmale des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 3 auf die Ausführungen zur Kombination der Druckschriften D1 und D4 unter 2.4 verwiesen.

Somit gelangt der Fachmann durch Zusammenschau der Druckschriften D1 und D4 in nahe liegender Weise auch zum Gegenstand des Schutzanspruchs 1 gemäß des Hilfsantrags 3.

**3.3** Da die Antragsgegnerin das Streitgebrauchsmuster nach Hilfsantrag 3 in einer einheitlichen Anspruchsfassung verteidigt hat, fallen mit dem Schutzanspruch 1 auch die Unteransprüche 2-9 (vgl. BGH GRUR 2007, 862 – Informationsübermittlungsverfahren II).

**4.** Der Gegenstand des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 4 ist mangels Vorliegen eines erfinderischen Schritts ebenfalls nicht schutzfähig.

**4.1** Schutzanspruch 1 nach Hilfsantrag 4 enthält unverändert die Merkmale a. – c., an welche sich das nachfolgend genannte Merkmal d4. anschließt.

d4. wobei der Bezugstoff (5) dreilagig aus 3-D-Abstandsgestrick mit einer die Außenseite (11) bildenden oberen Lage (14) aus texturiertem, verdrilltem Multifilamentgarn, einer eine innere Lage (16) bildenden Schicht glattem Polyester, und einer mit der oberen Lage (14) verstrickten mittleren Lage (15) mit einem Monofilamentgarn als Füllstoff ausgebildet ist; wobei das Monofilamentgarn der mittleren Lage (15) aus Polyester oder Polyamid gebildet ist.

Schutzanspruch 1 des Hilfsantrags 4 basiert auf einer Kombination der Schutzansprüche 1 und 2 des Hilfsantrags 3. Schutzanspruch 2 des Hilfsantrags 3 wurde gestrichen. Die sich anschließenden abhängigen Schutzansprüche 2 bis 8 des Hilfsantrags 4 basieren auf den Schutzansprüchen 3 bis 9 des Hilfsantrags 3, zu deren Wortlaut auf die Akten verwiesen wird.

**4.2** Es kann dahingestellt bleiben, ob der Gegenstand des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 4 neu ist. Jedenfalls weist er keinen erfinderischen Schritt i.S.d. § 1 Abs. 1 GebrMG auf.

Im Vergleich zum Schutzanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 3 enthält der Schutzanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 4 das zusätzliche Merkmal, wonach „...das Monofilamentgarn der mittleren Lage aus Polyester oder Polyamid gebildet ist.“.

Dieses zusätzlich in den Schutzanspruch 1 aufgenommene Merkmal entnimmt der Fachmann bereits aus Druckschrift D4; vgl. Abs. [0017]: „...b. Middle layer: - PES Monofil fiber...“.

Darüber hinaus wird in Hinblick auf die übrigen Merkmale des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 4 auf die Ausführungen zur Kombination der Druckschriften D1 und D4 unter 2.4 verwiesen.

Somit gelangt der Fachmann durch Zusammenschau der Druckschriften D1 und D4 in ebenfalls nahe liegender Weise zum Gegenstand des Schutzanspruchs 1 gemäß des Hilfsantrags 4.

**4.3** Da die Antragsgegnerin das Streitgebrauchsmuster nach Hilfsantrag 4 in einer einheitlichen Anspruchsfassung verteidigt hat, fallen mit dem Schutzanspruch 1 auch die Unteransprüche 2-8 (vgl. BGH GRUR 2007, 862 – Informationsübermittlungsverfahren II).

**5.** Auch der Gegenstand des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 5 ist mangels Vorliegen eines erfinderischen Schritts nicht schutzfähig.

**5.1** Schutzanspruch 1 nach Hilfsantrag 5 umfasst die Merkmale a. – c. und nimmt das nachfolgend genannte Merkmal d5. mit auf.

d5. wobei der Bezugstoff (5) dreilagig aus 3-D-Abstandsgestrick mit einer die Außenseite (11) bildenden oberen Lage (14) aus texturiertem, verdrehtem Garn, insbesondere aus Multifilamentgarn, einer eine innere Lage (16) bildenden Schicht aus Polyestergergarn, vorzugsweise glattem Polyestergergarn, und einer mit der oberen Lage (14) verstrickten mittleren Lage (15) mit einem Monofilamentgarn als Füllstoff ausgebildet ist; und wobei der Bezugstoff (5) an allen Seiten (3, 4, 6, 7) gleich ausgebildet ist.

Schutzanspruch 1 des Hilfsantrags 5 basiert auf einer Kombination der Schutzansprüche 1 und 8 des Hilfsantrags 3. Schutzanspruch 8 des Hilfsantrags 3 wurde gestrichen. Die sich anschließenden abhängigen Schutzansprüche 2 bis 8 des Hilfsantrages 5 basieren auf den Schutzansprüchen 3 bis 9 des Hilfsantrags 3, zu deren Wortlaut auf die Akten verwiesen wird.

**5.2** Es kann dahingestellt bleiben, ob der Gegenstand des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 5 neu ist. Jedenfalls weist er keinen erfinderischen Schritt i.S.d. § 1 Abs. 1 GebrMG auf.

Im Vergleich zum Schutzanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 3 enthält der Schutzanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 5 das zusätzliche Merkmal, wonach „...der Bezugstoff an allen Seiten gleich ausgebildet ist.“.

Auch dieses allgemein beschreibende, wenig präzise Merkmal ist nicht geeignet einen erfinderischen Schritt des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 5 zu begründen. So ist auch bei dem in Druckschrift D4 offenbarten Bezugstoff davon auszugehen, dass dieser an allen Seiten gleich ausgebildet ist (vgl. beispielsweise Abs. [0086]: „...stretchable stay and transfer layer which can cover mattresses...“).

Darüber hinaus wird in Hinblick auf die übrigen Merkmale des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 5 auf die Ausführungen zur Kombination der Druckschriften D1 und D4 unter 2.4 verwiesen.

Somit gelangt der Fachmann durch Zusammenschau der Druckschriften D1 und D4 ebenfalls in nahe liegender Weise zum Gegenstand des Schutzanspruchs 1 gemäß des Hilfsantrags 5.

**5.3** Da die Antragsgegnerin das Streitgebrauchsmuster nach Hilfsantrag 5 in einer einheitlichen Anspruchsfassung verteidigt hat, fallen mit dem Schutzanspruch 1 auch die Unteransprüche 2-8 (vgl. BGH GRUR 2007, 862 – Informationsübermittlungsverfahren II).

**6.** Der zulässig gefasste Schutzanspruch 1 nach Hilfsantrag 6 ist hingegen schutzfähig, da er durch den im Verfahren befindlichen Stand der Technik weder neuheitsschädlich vorweggenommen noch durch diesen nahegelegt wird.

**6.1** Schutzanspruch 1 nach Hilfsantrag 6 umfasst die Merkmale a. – c. sowie das nachfolgend genannte Merkmal d6.

d6. wobei der Bezugstoff (5) dreilagig aus 3-D-Abstandsgestrick mit einer die Außenseite (11) bildenden oberen Lage (14) aus texturiertem, verdrilltem

Garn, insbesondere aus Multifilamentgarn, und einer eine innere Lage (16) bildenden Schicht aus Polyestergerarn, vorzugsweise glattem Polyestergerarn, und einer mit der oberen Lage (14) verstrickten mittleren Lage (15) mit einem Monofilamentgarn als Füllstoff ausgebildet ist; wobei sich die wabenartigen Aussparungen (12) über im Wesentlichen die Dicke der oberen Lage (14) und der mittleren Lage (15) von der Außenseite (11) bis angrenzend an die innere Lage (16) erstrecken.

Schutzanspruch 1 des Hilfsantrags 6 basiert auf einer Kombination der Schutzansprüche 1 und 3 des Hilfsantrags 3. Des Weiteren wurde in Schutzanspruch 1 spezifiziert, dass sich die wabenartigen Aussparungen von der Außenseite bis angrenzend an die innere Lage erstrecken, wie in den Absätzen [0021] und [0044] des Streitgebrauchsmusters beschrieben. Schutzanspruch 3 des Hilfsantrags 3 wurde gestrichen. Die sich anschließenden abhängigen Schutzansprüche 2 bis 8 des Hilfsantrages 6 basieren auf den Schutzansprüchen 2 und 4 bis 9 des Hilfsantrags 3, zu deren Wortlaut auf die Akten verwiesen wird.

**6.2** Der Gegenstand des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 6 ist neu gegenüber den schriftlichen Beschreibungen aus den Druckschriften D1 bis D6, D9, D16 bis D21, D26, D28 und D31.

#### **6.2.1** Druckschrift D1

Wie unter 2.4 ausgeführt können der Druckschrift D1 die Merkmale a. bis c. des Matratzenbezugstoffes nach Schutzanspruch 1 entnommen werden. Dagegen erhält der Fachmann aus dieser Druckschrift keine Hinweise auf die Garnzusammensetzungen der verschiedenen Lagen des Bezugstoffes, wie sie in Merkmal d6. des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 6 gefordert werden. Des Weiteren ist in Druckschrift D4 nicht die in Merkmal d6. beanspruchte Erstreckung der wabenartigen Aussparungen realisiert (vgl. Figur).

#### **6.2.2** Druckschrift D2

Die Druckschrift D2 beschreibt ein Abstandstextil 1, welches als Matratzenbezug verwendet werden kann (vgl. S. 14, Z. 11 bis S. 15, Z. 18) und mit einer oberen

Schicht 2 aus einem Netz aufgebaut ist. Dabei ist dieses Netz aus mehreren Strängen 3 und Löchern 4 gebildet (vgl. S. 24, Z. 17-20; Fig. 1, 2), wobei die obere Schicht 2 über eine Abstandsschicht 5 durch Abstandsfäden 6 mit einer unteren Schicht 8 des Abstandstextils 1 verbunden ist (vgl. S. 24, Z. 21-24). Die obere Schicht 2 des Abstandstextils 1 gemäß der Druckschrift D2 weist ein gewirktes Multifilament-Mesh mit nach außen offenen Aussparungen 4 auf (vgl. S. 24, Z. 18-19, Z. 25-26; Fig. 2).

Ein 3-D-Abstandsgestrick gemäß Merkmal b. des Schutzanspruchs 1 weist das Abstandstextil der Druckschrift D2 allerdings nicht auf. Zwar werden für den Bezugstoff nach Druckschrift D2 Garnsorten (vgl. S. 4, Z. 4-7), wie in Merkmal d6. nach Hilfsantrag 6 gefordert, eingesetzt. Eine wie im Merkmal d6. beanspruchte Erstreckung der wabenartigen Aussparungen über den dreilagigen Bezugstoff lässt sich der D2 nicht entnehmen.

### **6.2.3 Druckschrift D3**

Die Druckschrift D3 (vgl. Abs. [0093]) offenbart einen Matratzenbezug (vgl. Abs. [0003]-[0012]) mit einer oberen Gewebeschicht, einer unteren Gewebeschicht und einer mittleren Schicht (Filament 13). Nach Abs. [0002] der Druckschrift D3 umfasst der Begriff „Gewebe“ auch ein „Gestrick“, so dass nach dieser Druckschrift ausdrücklich auch ein Abstandsgestrick für den Bezugstoff in Betracht kommt (vgl. auch Anspr. 1). Dieses Abstandsgestrick kann eine wabenartige Mesh-Struktur (vgl. [0096]) mit nach außen offenen Aussparungen aufweisen. Die Abstandsgewebe besteht aus Polyester, Polyamid, Polypropylen, Elasthan, Glasfasern, Polyethylen oder Cellulose.

Insoweit ist dieser Druckschrift ein Matratzenbezug mit den Merkmalen a. bis c. und Teilmerkmalen von d6. zu entnehmen. Dagegen offenbart Druckschrift D3 nicht, dass sich die wabenartigen Aussparungen über im Wesentlichen die Dicke der oberen Lage und der mittleren Lage von der Außenseite bis angrenzend an die innere Lage erstrecken (Teilmerkmal von d6.).

#### **6.2.4 Druckschrift D4**

Die Textilaufgabe gemäß Druckschrift D4 weist eine Oberseite und eine Unterseite auf, welche jeweils als Liegefläche für einen Benutzer dimensioniert ist, wobei an der Außenseite ein dreidimensionales Abstandstextil ausgebildet ist (vgl. Abs. [0011], Z.27-28), welches eine wabenartige Mesh-Struktur mit nach außen offenen Aussparungen aufweist (vgl. Abs. [0013], Z.26-27). Eine eindeutige und unmittelbare Offenbarung, dass es sich bei dem dreidimensionalen Abstandstextil um ein Abstandsgestrick handelt, ist Druckschrift D4 nicht zu entnehmen, lediglich wird in dieser Druckschrift eine Rundstrickmaschine erwähnt, mit der das 3-D Abstandstextil hergestellt werden kann (vgl. Abs. [0027], Z. 32-34). Somit sind die Merkmale a. und b. des Anspruchs 1 der Druckschrift D4 zumindest nicht im vollen Umfang zu entnehmen. Darüber hinaus sind der Druckschrift D4 lediglich die betreffenden Garnsorten, die im Merkmal d6. gefordert werden, zu entnehmen (vgl. Anspr. 1, Abs. [0015]). Dagegen ist das Teilmerkmal von d6., das die Erstreckung der wabenartigen Aussparungen auf dem Bezugstoff betrifft, in D4 nicht realisiert (vgl. auch die o.g. Ausführungen unter 2.4).

#### **6.2.5 Druckschrift D9**

Die Druckschrift D9 betrifft einen Bezugstoff aus Abstandsgestrick, insbesondere zur Verwendung für Matratzenbezüge (vgl. Anspr. 1; Abs. [0001]; Fig.1). Dieser Bezugstoff gemäß Druckschrift D9 weist jedoch an dessen Außenseite keinerlei wabenartige Mesh-Struktur mit nach außen offenen Aussparungen auf (Merkmal c.). Auch wird in dieser Druckschrift nicht die Garnauswahl und die Erstreckung der wabenartigen Aussparungen, wie in Merkmal d6. gefordert, erwähnt.

#### **6.2.6 Druckschrift D16**

In Druckschrift D16 wird ein Matratzenbezug beschrieben, mit einer dem Benutzer der Matratze zugewandten Oberseite (2), die eine hohe Luftdurchlässigkeit aufweist, und mit einer darunter angeordneten Abstandsschicht oder Luftleitschicht (4) ausgestattet ist, die eine hohe Luftleitfähigkeit besitzt (vgl. Anspr. 1). Dieser Matratzenbezug kann als Abstandsgestrick ausgeführt sein (vgl. Anspr. 9). Allerdings sind

in Druckschrift D16 weder die Ausbildung eines 3-D-Abstandsgestrick zumindest an der Außenseite des Bezugstoffs mit einer speziellen Garnauswahl thematisiert, noch weist die Druckschrift Angaben zum Vorhandensein einer wabenartigen Mesh-Struktur mit nach außen offenen Aussparungen auf (Merkmale b., c. und d6.).

#### **6.2.7 Druckschrift D17**

Die D17 beschreibt einen Bezugstoff für Matratzen, der einen Oberstoff und einen Unterstoff aufweist (vgl. Anspr. 1; Abs [0005]). Des Weiteren wird in Druckschrift D17 beschrieben, dass zwischen dem Ober- und Unterstoff ein Abstandsgestrick ausgebildet sein kann (vgl. Anspr. 2; Abs. [0007]). Da in Druckschrift D17 keine weiteren detaillierten Ausführungen zur Beschaffenheit des Ober- und Unterstoffes enthalten sind, fehlen Hinweise über ein 3-D-Abstandsgestrick an der Außenseite des Bezugstoffs, zu einer wabenartigen Mesh-Struktur sowie zur speziellen Garnzusammensetzung der verschiedenen Lagen des Bezugstoffs (Merkmale b., c., d6.).

#### **6.2.8 Druckschrift D20**

Die Druckschrift D20 offenbart einen Matratzenbezug mit einem Matratzenbezugstoff, welcher ein Abstandsgestrick aufweist. Eine außenseitig auf das Abstandsgestrick oder zwischen Polsterkern und Abstandsgestrick angeordnete Schicht (vgl. Abs. [0007]) kann in das Abstandsgestrick eingedrungene Verschmutzungen zur Entfernung zurückhalten und durch die offene Oberflächenstruktur des Abstandsgestricks können gute Entlüftungsmöglichkeiten geschaffen werden (vgl. Abs. [0011]). Allerdings enthält Druckschrift D20 weder Hinweise auf eine wabenartigen Mesh-Struktur an der Außenseite des Abstandsgestricks, welche nach außen offene Aussparungen aufweist, noch auf die Garnauswahl für die einzelnen Lagen des Bezugstoffes (Merkmal c., d6.).

#### **6.2.9 Druckschrift D21**

Die Druckschrift D21 betrifft einen Matratzenbezug mit einer Liegefläche für einen Benutzer, wobei der Bezugstoff an seiner Außenseite ein Abstandstextil aufweist,

wobei eine Garnauswahl im Sinne von Teilmerkmalen von d6. Verwendung finden können (vgl. Abs. [0055]-[0058]). Allerdings kann dieser Druckschrift nicht eindeutig entnommen werden, dass es sich bei dem Abstandstextil um ein Abstandsgestrick handelt (Merkmal b.), sondern enthält eher Hinweise, dass hier ein Abstandsgewirk zum Einsatz kommt (vgl. Anspr. 19). Darüber hinaus wird in dieser Druckschrift weder erwähnt, noch in den Figuren gezeigt, dass der Bezugstoff über wabenartige Aussparungen an der Außenseite verfügt (Merkmal c., Teilmerkmal d6.).

#### **6.2.10 Druckschrift D31**

Die Druckschrift D31 beschreibt einen Maschen- oder Webstoff in Form eines doppelflächigen Gestrickes, Gewebes oder Gewirkes (Anspr. 1; Abs. [0005]), der darauf abzielt, die Klimatisierung bzw. einen Klimaausgleich zu verbessern, insbesondere eine hohe Feuchtigkeitsaufnahme und -ableitung durch den Stoff und gleichzeitig eine hohe Luftdurchlässigkeit durch den Stoff bereitzustellen, wobei dieser als Bezugstoff auf Sitz- und Liegenflächen eingesetzt werden soll (vgl. Abs. [0003]). Die Garnauswahl für diesen Bezugstoff (vgl. Anspr. 15; Abs. [0035]) ist mit der im Streitgebrauchsmuster verwendeten vergleichbar (Teilmerkmal von d6.). Hinweise, dass dieser Bezugstoff ein 3D-Abstandsgestrick (Merkmal b) und eine wabenartige Mesh-Struktur mit nach außen offenen Aussparungen aufweist (Merkmal c., Teilmerkmal von d6.), enthält Druckschrift D31 aber nicht.

**6.2.11** Die Druckschriften D5, D6, D18, D19, D22, D23 und D26 bis D30 liegen weiter vom Gegenstand des Streitgebrauchsmusters ab.

Die Druckschrift D5 betrifft ein Kissen 1, welches einen Kissenbezug 2 aufweist, in dem Füllmaterial 3 aufgenommen ist, und welches aus einem 3D-Abstandstextil gefertigt sein kann (vgl. Abs. [0013], [0014]; Figur 1). Dieser Kissenbezug ist aber nicht an seiner Außenseite aus einem 3D-Abstandsgestrick gebildet und weist keine Mesh-Struktur mit nach außen offenen Aussparungen auf.

Die Druckschrift D6 befasst sich mit einem Abstandsgestrick, das ein dreidimensionales Netz bildet, wobei mehrere solcher Netze übereinandergestapelt werden können, um einen Matratzenkern zu bilden (vgl. Figur 29; Abs. [0139]). Dieser Matratzenkern wird mit einem Matratzenbezug überzogen.

Druckschrift D18 betrifft ein Abstandstextil mit einer oberen Lage, einer mittleren Lage und einer unteren Lage (vgl. Anspr. 1 Fig. 1) zur Verwendung in einem Autositz (vgl. Abs. [0003]). In Druckschrift D19 wird eine Schuheinlage, die ein Abstandstextil aufweist, beschrieben; lediglich in der Beschreibungseinleitung wird angedeutet (vgl. S. 1, Zeilen 4-6), dass derartige Abstandstextilien in Matratzen Verwendung finden können. Auch das Abstandstextil nach Druckschrift D19 weist eine obere Lage, eine mittlere Lage und eine untere/innere Lage auf (vgl. Anspr. 1). Darüber hinaus ist keiner der Druckschriften D18 und D19 ein Hinweis zu entnehmen, dass die Außenseite des betreffenden Abstandstextils ein 3-D-Abstandsgestrick und eine wabenartigen Mesh-Struktur aufweist (Merkmale b. und c.).

Die bereits im Streitgebrauchsmuster angeführte Druckschrift D26 offenbart ein Abstandsgestrick für Matratzen- und Sitzbezüge sowie Innenverkleidungen, wobei das Abstandsgestrick eine außen- und innen liegende textile Fläche sowie eine Abstandsstruktur aufweist, deren abstandshaltende Fäden auf den einander zugewandten Innenflächen aus verstrickten, mono- oder multifilen Fäden gebildet sind und eine oder beide der außenliegenden Flächen mit einem Muster jacquardiert ist bzw. sind.

Die Druckschrift D28 befasst sich mit einem Abstandsgestrick, das mit einer Rundstrickmaschine hergestellt wird („double jersey circular knitting machine“), wobei jeglicher Bezug zu Matratzenbezugstoffen fehlt.

Die weiteren Entgegenhaltungen D22, D23, D27, D29 und D30 stellen sonstige schriftliche Beschreibungen, insbes. Fachveröffentlichungen (auch in Zusammenhang mit den behaupteten Vorbenutzungen) dar, die dem Gegenstand des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 6 nicht entgegenstehen.

**6.3** Der Gegenstand des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 6 ist neu gegenüber den geltend gemachten Vorbenutzungen (Stiftung Warentest).

Es kann dahinstehen, ob die Gegenstände des von der Antragstellerin vorgetragenen Tests der Stiftung Warentest und die nach dem Vortrag der Antragstellerin von der Fa. A ... hergestellten Abstandsware vor dem Anmeldetag des Streitgebrauchsmusters der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden sind. Denn auch dann, wenn zugunsten der Antragstellerin deren öffentliche Zugänglichkeit unterstellt, haben sie die Merkmale des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 6 wie folgt nicht vorweggenommen:

**6.3.1 Vorbenutzung 1: „Stiftung Warentest“ (Entgegenhaltungen D12, D13, D14, D15, D24 und D25)**

Der geltend gemachte Erwerb und Test der betreffenden Matratze durch die Stiftung Warentest steht dem Gegenstand des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 6 nicht als den Gegenstand des Streitgebrauchsmusters nach Hilfsantrag 6 vorwegnehmende, offenkundige Vorbenutzung entgegen.

So ist aus der D12, die sich von den genannten Entgegenhaltungen am ausführlichsten mit der betreffenden Matratze befasst, kein Detail des Matratzenbezugs erkennbar. Weder ist aus dieser Entgegenhaltung ersichtlich, ob der Bezugstoff aus Abstandsgestrick gefertigt ist, noch ob dieser nach außen offene Aussparungen aufweist. Darüber hinaus enthält diese Entgegenhaltung keine Hinweise auf die Garnzusammensetzung der verschiedenen Lagen des dreilagige 3D-Abstandsgestrick gemäß Merkmal d6. des Schutzanspruchs 1 gemäß Hilfsantrag 6. Somit kann die D12 (als auch die inhaltlich nicht über Druckschrift D12 hinausgehende Entgegenhaltung D24) den Gegenstand des Anspruchs 1 gemäß Hilfsantrag 6 nicht vorwegnehmen. Eine die Schutzfähigkeit des Streitgebrauchsmusters im Umfang des Hilfsantrags 6 in Frage stellende Vorbenutzung kann daher hinsichtlich der vorgetragenen „Vorbenutzung 1“ nicht festgestellt werden.

Die Entgegenhaltungen D13 (Testrichtlinien Stiftung Warentest), D14 (Fokus Artikel), D15 (Screenshot Webseite „bett1.de“) und D25 (Screenshot „amazon.de“) liegen weiter vom Gegenstand des Streitgebrauchsmusters ab.

**6.3.2 Vorbenutzung 2: Fa. A ... (Entgegenhaltungen D7, D8, D10 und D11):**

Auch die weitere geltend gemachte Vorbenutzung 2 stellt die Neuheit des Gegenstandes des Schutzanspruchs 1 gemäß Hilfsantrag 6 nicht in Frage, da sich aus den vorgelegten Dokumenten, die als Beleg für offenkundige Vorbenutzungen durch die Fa. A ... eingereicht wurden, ein Matratzenbezug mit sämtlichen Merkmalen dieses Schutzanspruchs nicht entnehmen lässt.

In den Abbildungen der Entgegenhaltung D7 sind lediglich Stoffproben gezeigt, aber eine Darstellung eines Matratzenbezuges ist diesem Beleg nicht unmittelbar zu entnehmen. Lediglich auf der letzten Seite der Entgegenhaltung D7 wird erklärt, dass die betreffenden Stoffe an Matratzenhersteller als Matratzenoberstoff vertrieben worden seien. Ob die in Entgegenhaltung D7 gezeigten Muster allerdings als Matratzenbezug verwendet wurden, kann dieser Entgegenhaltung nicht entnommen werden. Auch die Abbildung in Entgegenhaltung D11 zeigt keinen Matratzenbezug, sondern eine Musterprobe, die mit „PES-Abstandsgestrick“ beschriftet ist. Darüber hinaus ist das Merkmal d6. des Schutzanspruches 1 betreffend das „dreilagige 3D-Abstandsgestrick“ mit „oberer Lage (14)“ aus „texturiertem und verdrilltem Garn“, einer „inneren Lage aus „Polyestergarn“ und einer „mittleren Lage (15)“ aus „Monofilamentgarn als Füllstoff“ dem Offenbarungsgehalt der D7 und der D11 nicht unmittelbar und eindeutig zu entnehmen. Auch wenn in der D7 (vgl. beispielsweise S.12, Bild 116683-2) in der Tabelle des Artikelblattes vier Materialien aufgelistet sind, so ist insbesondere nicht ersichtlich welches Material in welcher Lage eingesetzt wird. Des Weiteren enthält keine der beiden Entgegenhaltungen Hinweise in Bezug auf die Erstreckung der wabenartigen Aussparungen über den dreilagigen Bezugsstoff im Sinne des Teilmerkmals von d6. des Schutzanspruches 1 nach Hilfsantrag 6.

Nach alledem kann auch hinsichtlich der vorgetragenen „Vorbenutzung 2“ ebenfalls nicht festgestellt werden, dass diese den Gegenstand des Streitgebrauchsmusters nach Hilfsantrag 6 vorweggenommen hat.

Bei den Dokumenten D8 und D10 handelt es sich um Schriftsätze der Vertreter der Antragsgegnerin an das Landgericht Hamburg ohne einen weitergehenden technischen Gehalt, der als relevanter Stand der Technik berücksichtigt werden könnte.

**6.4** Der Gegenstand des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 6 beruht auch auf einem erfinderischen Schritt.

Der Gegenstand des Schutzanspruchs 1 gemäß Hilfsantrag 6 wird dem Fachmann aus den im Verfahren befindlichen Entgegenhaltungen nicht nahe gelegt. So ist das Teilmerkmal aus d6., wonach „...sich die wabenartigen Aussparungen (12) über im Wesentlichen die Dicke der oberen Lage (14) und der mittleren Lage (15) von der Außenseite (11) bis angrenzend an die innere Lage (16) erstrecken.“ in keiner der genannten Druckschriften offenbart (vgl. oben 6.2). Gleiches gilt in Bezug auf die von der Antragstellerin vorgetragene Vorbenutzungen (vgl. oben 6.3). Auch erhält der Fachmann aus keiner dieser Entgegenhaltungen eine Anregung, die beanspruchte Erstreckung der wabenartigen Aussparungen gemäß Merkmal d6. in einem bekannten Matratzenbezug umzusetzen.

Somit vermag der Fachmann nicht, ausgehend von einer dieser Entgegenhaltungen oder in Kombination mit einer der übrigen Entgegenhaltungen, in nahe liegender Weise zum Gegenstand des Anspruchs 1 nach Hilfsantrag 6 zu gelangen.

**6.5** Die Unteransprüche 2 bis 8 des Hilfsantrags 6 betreffen vorteilhafte und nicht selbstverständliche Ausgestaltungen des Gegenstands nach Schutzanspruch 1.

**7.** Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 18 Abs. 2 Satz 2 GebrMG, 84 Abs. 2 PatG, 92, 97 Abs. 1 ZPO. Billigkeitsgründe, die Anlass zu einer anderweitigen Kostenentscheidung geben könnten, liegen nicht vor.

### 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 durch einen bei dem Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt zu unterzeichnen und beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, einzureichen. Die Frist ist nur gewahrt, wenn die Rechtsbeschwerde vor Fristablauf beim Bundesgerichtshof eingeht. Die Frist kann nicht verlängert werden.