



BUNDESPATENTGERICHT

35 W (pat) 407/08

(Aktenzeichen)

Verkündet am
25. Februar 2009

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend das Gebrauchsmuster 20 2006 000 315

hier: Löschantrag

hat der 35. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 25. Februar 2009 durch den Vorsitzenden Richter Müllner sowie Richter Dipl.-Ing. agr. Dr. Huber und Richterin Dipl.-Ing. Dr. Prasch

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts - Gebrauchsmusterabteilung II vom 22. Oktober 2007 - aufgehoben.
2. Das Gebrauchsmuster Nr. 20 2006 000 315 wird gelöscht.
3. Die Kosten des Lösungsverfahrens in beiden Rechtszügen trägt der Antragsgegner.

Gründe

I.

Der Antragsgegner ist Inhaber des Gebrauchsmusters 20 2006 000 315 (Streitgebrauchsmuster), das eine Fütterungsvorrichtung für Tiere betrifft. Das Streitgebrauchsmuster ist am 4. Mai 2006 mit den am Anmeldetag (11. Januar 2006) eingegangenen Unterlagen in die Rolle eingetragen worden. Seine Schutzdauer ist auf 3 Jahre angelegt und noch nicht verlängert.

Die eingetragenen Schutzansprüche 1 bis 10 lauten:

1. Fütterungsvorrichtung für Tiere, insbesondere zur KIRRUNG von Wildschweinen, vorzugsweise zur Vorbereitung einer

manuellen Abgabe von Körnerfutter in den Boden **dadurch gekennzeichnet**, dass die Fütterungsvorrichtung aus einem Halteelement (1) und einem, sich an das Halteelement (1) anschließenden, keilförmigen Element (3) besteht.

2. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass als Halteelement (1) ein zylindrisches oder rohrförmiges Teil vorgesehen ist.
3. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 1 dadurch gekennzeichnet, dass dem keilförmigen Element (3) eine Fußraste (2) zugeordnet ist.
4. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 3, dadurch gekennzeichnet, dass die Fußraste (2) zwischen dem Halteelement (1) und dem keilförmigen Element (3) angeordnet ist.
5. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass das keilförmige Teil (3) aus mindestens zwei plattenförmigen Teilen zusammen gesetzt ist.
6. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 3, dadurch gekennzeichnet, dass die zwei plattenförmigen Teile mit der Fußraste (2) fest verbunden sind.
7. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass das keilförmige Element (3) vom Halteelement (1) wegverlaufend spitzförmig ausgebildet ist.

8. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 3, dadurch gekennzeichnet, dass die Fußraste (2) in etwa rechtwinkelig gegenüber dem Halteelement (1) verlaufend angeordnet ist und mindestens eine Fußbreite gegenüber dem Halteelement (1) bemisst.
9. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass das Halteelement (1) teleskopartig auf Länge einstellbar und fixierbar ist.
10. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass die Fütterungsvorrichtung aus Metall und/oder Kunststoff hergestellt ist.

Der Antragsteller hat am 23. November 2006 beim Deutschen Patent- und Markenamt die Löschung des Streitgebrauchsmusters beantragt.

Der Antragsteller hat sich zur Stützung seines Vorbringens bezüglich der Schutzunfähigkeit des Gebrauchsmusters auf den folgenden Stand der Technik bezogen:

Bericht „Kirren und Locken“ (Zeitschr. „Pirsch“ vom September 2006);

Werbeanzeige in der Zeitschrift „Wild und Hund“, 24, 2005, Seite 74.

Der Antragsteller hat auch offenkundige Vorbenutzung durch Herrn K... seit Herbst 2005 geltend gemacht und hat hierzu eine von Herrn K... angefertigte technische Zeichnung mit der Überschrift „Kirrspaten“ sowie Rechnungsunterlagen vorgelegt, die den Vertrieb eines derartigen Gegenstandes durch Herrn K... belegen sollen.

Der Antragsgegner hat dem Löschungsantrag rechtzeitig widersprochen. Er hat die Zurückweisung des Löschungsantrags beantragt.

Nach mündlicher Verhandlung hat die Gebrauchsmusterabteilung II des Deutschen Patent- und Markenamts durch Beschluss vom 22. Oktober 2007 die Zurückweisung des Löschungsantrags beschlossen und dem Antragsteller die Kosten des Verfahrens auferlegt. Die Gebrauchsmusterabteilung war zu dem Ergebnis gekommen, dass dem Gegenstand des Streitgebrauchsmusters weder die Neuheit abzusprechen sei, noch das Fehlen eines erfinderischen Schrittes festzustellen sei, denn dem nächstkommenden Stand der Technik nach der Werbeanzeige in der Zeitschrift „Wild und Hund“ 24, 2005, Seite 74 - ein derartiger Gegenstand war in der mündlichen Verhandlung zudem von Herrn D... präsentiert worden - fehle es an einem keilförmigen Element, mit dem die Erde seitlich abgedrängt wird (zur Vorbereitung einer manuellen Abgabe von Körnerfutter in den Boden) und das direkt am Halteelement befestigt ist. Der entgegengehaltene Kirrspaten diene demgegenüber durch seine Bauweise mit einer konisch zulaufenden Rundhülse am unteren Ende vielmehr dazu, Löcher auszuheben.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde des Antragstellers.

Der Antragsteller und Beschwerdeführer hat im Rahmen seiner Beschwerdebeurteilung zunächst darauf hingewiesen, dass der Gattungsbegriff „Fütterungsvorrichtung“ wortsinngemäß betrachtet irreführend sei, weil der beanspruchte Gegenstand nicht unmittelbar der Fütterung von Tieren diene. Ferner werde durch den irreführenden Gattungsbegriff die Verwendung einer Vorrichtung mit bestimmten technischen Merkmalen beansprucht, was aber vom Gebrauchsmusterschutz ausdrücklich ausgeschlossen sei.

Zum Stand der Technik hat der Beschwerdeführer vorgetragen, dass der vorbenutzte Kirrspaten der Firma O... oHG (vormals: K... Jagd-Versand) gemäß der vorgelegten technischen Zeichnung, die von Herrn

K... erstellt worden war, sämtliche Merkmale des Anspruchs 1 des Streitgebrauchsmusters aufweise. Die konisch zulaufende Rundhülse des entgegengesetzten Benutzungsgegenstandes verjünge sich in Bodeneinsteckrichtung und weise daher die Form eines Rundkeils auf, also im Wesentlichen die Form eines Kegels oder Kegelstumpfes. Zu kegelstumpfförmigen Rundkeilen an sich hat der Beschwerdeführer auf den Stand der Technik nach dem DE 77 23 697 U (D4) und der DE 25 06 395 B2 (D5) verwiesen. Keilförmige Elemente hätten auch die Wirkung, bei Einstecken in den Boden die Erde seitlich abzudrängen, so dass es angesichts dieser Betrachtungsweise dem Schutzanspruch 1 gegenüber dem vorbenutzten Kirrspaten an der erforderlichen Neuheit fehle.

Nach Auffassung des Beschwerdeführers ist der Gegenstand des Schutzanspruchs 1 auch gegenüber dem Pflanzwerkzeug nach der US 2005/0 045 349 A1, der Erdspaltevorrichtung nach der US 5 109 930 und dem Gartenwerkzeug nach der US 2003/0 127 236 A1 nicht mehr neu, denn diese weisen jeweils keilförmige in den Boden eingreifende Elemente auf. Auch die in den Unteransprüchen gekennzeichneten Maßnahmen seien durch den zur Neuheit genannten Stand der Technik vorweggenommen, wobei die Antragstellerin zu Schutzanspruch 9 noch auf den Stand der Technik nach dem DE-GM 1 817 395 verwiesen hat.

Der Beschwerdeführer beantragt,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und das Streitgebrauchsmuster 20 2006 000 315 zu löschen.

Der Beschwerdegegner hat dem Vorbringen der Antragstellerin widersprochen und beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen,
hilfsweise die Beschwerde und den Löschungsantrag im Umfang des Hilfsantrags 1 bzw. des Hilfsantrags 2 eingereicht mit Schrift-

satz vom 6. Juni 2008 zurückzuweisen, mit der Maßgabe, dass die Unteransprüche auf der jeweils 2. Seite der Hilfsanträge anschließend an die Unteransprüche der 1. Seite fortlaufend zu nummerieren sind.

Die Schutzansprüche 1 bis 9 nach Hilfsantrag 1 lauten mit richtig gestellter Nummerierung der Ansprüche 5 bis 9:

1. Fütterungsvorrichtung für Tiere, insbesondere zur Kurrung von Wildschweinen, vorzugsweise zur Vorbereitung einer manuellen Abgabe von Körnerfutter, dadurch gekennzeichnet, dass die Fütterungsvorrichtung aus einem Halteelement (1) und einem, sich an das Halteelement (1) anschließenden, keilförmigen Element (3) besteht, dass das keilförmige Teil (3) aus mindestens zwei plattenförmigen Teilen zusammen gesetzt ist.
2. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass als Halteelement (1) ein zylindrisches oder rohrförmiges Teil vorgesehen ist.
3. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass dem keilförmigen Element (3) eine Fußraste (2) zugeordnet ist.
4. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 3, dadurch gekennzeichnet,

dass die Fußraste (2) zwischen dem Halteelement (1) und dem keilförmigen Element (3) angeordnet ist.

5. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 3, dadurch gekennzeichnet, dass die zwei plattenförmigen Teile mit der Fußraste (2) fest verbunden sind.
6. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass das keilförmige Element (3) vom Halteelement (1) wegverlaufend spitzförmig ausgebildet ist.
7. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 3, dadurch gekennzeichnet, dass die Fußraste (2) in etwa rechtwinklig gegenüber dem Halteelement (1) verlaufend angeordnet ist und mindestens eine Fußbreite gegenüber dem Halteelement (1) bemisst.
8. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass das Halteelement (1) teleskopartig auf Länge einstellbar und fixierbar ist.
9. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass die Fütterungsvorrichtung aus Metall und/oder Kunststoff hergestellt ist.

Die Schutzansprüche 1 bis 8 nach Hilfsantrag 2 lauten mit richtig gestellter Nummerierung der Ansprüche 4 bis 8:

1. Fütterungsvorrichtung für Tiere, insbesondere zur Kurrung von Wildschweinen, vorzugsweise zur Vorbereitung einer manuellen Abgabe von Körnerfutter, dadurch gekennzeichnet, dass die Fütterungsvorrichtung aus einem Halteelement (1) und einem, sich an das Halteelement (1) anschließenden, keilförmigen Element (3) besteht, dass das keilförmige Teil (3) aus mindestens zwei plattenförmigen Teilen zusammen gesetzt ist, wobei dem keilförmigen Element (3) eine Fußraste (2) zugeordnet ist.
2. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass als Halteelement (1) ein zylindrisches oder rohrförmiges Teil vorgesehen ist.
3. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass die Fußraste (2) zwischen dem Halteelement (1) und dem keilförmigen Element (3) angeordnet ist.
4. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass die zwei plattenförmigen Teile mit der Fußraste (2) fest verbunden sind.
5. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet,

dass das keilförmige Element (3) vom Halteelement (1) wegverlaufend spitzförmig ausgebildet ist.

6. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 3, dadurch gekennzeichnet, dass die Fußraste (2) in etwa rechtwinkelig gegenüber dem Halteelement (1) verlaufend angeordnet ist und mindestens eine Fußbreite gegenüber dem Halteelement (1) bemisst.
7. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass das Halteelement (1) teleskopartig auf Länge einstellbar und fixierbar ist.
8. Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass die Fütterungsvorrichtung aus Metall und/oder Kunststoff hergestellt ist.

Der Beschwerdegegner vertritt die Auffassung, dass der Gegenstand des Streitgebrauchsmusters neu sei und auch auf einem erfinderischen Schritt beruhe.

Im Einzelnen hat er dargelegt, dass der entgegengehaltene Kirrspaten der Firma O... Bodenmaterial aushebe und nicht verdränge, so dass dieser dem Schutzgegenstand nicht entgegenstehen könne und es daher auch auf die Klärung der Umstände der diesbezüglich geltend gemachten Benutzungshandlung nicht mehr ankomme.

Die Entgegenhaltungen DE-GM 77 23 097 sowie DE 25 06 395 B2 seien auf Gegenstände (Spannglieder) gerichtet, die dem Schutzgegenstand fern stehen und daher keine Relevanz entfalten können.

Das Pflanzgerät nach der US 2005/0045349 A1 sei nach Auffassung des Beschwerdegegners zur Erzeugung kegelförmiger Pflanzlöcher ausgelegt, während eine Verwendung gemäß der Aufgabenstellung des Gebrauchsmusters in dieser Entgeghaltung nicht angesprochen sei.

Durch die Entgeghaltungen US 5 109 930 sowie US 2003/0 127 236 A1 seien einfache Geräte zur Spaltung von Elementen beschrieben, wie sie zur KIRRung von Wildschweinen nicht einsetzbar sind und welche auch die Merkmale des Hauptanspruchs nicht aufweisen, während die zusammenlegbare Schaufel nach dem DE-GM 1 817 395 dem Schutzgegenstand ebenfalls ferner stehe, wie der Beschwerdegegner hierzu vorgetragen hat.

Der Beschwerdegegner kommt daher zu dem Schluss, dass sich keine der entgeghaltenen technischen Lösungen, mit Ausnahme des Kirrspatens der Firma O... mit der im Streitgebrauchsmuster gestellten Aufgabe und der damit verbundenen Lösung befasse. Im Falle des Kirrspatens der Firma O... werde die Aufgabe des Streitgebrauchsmusters auf andere Weise und mit anderen Merkmalen gelöst.

Der Beschwerdeführer hat seinen Angriff auf das Streitgebrauchsmuster auch auf die Schutzansprüche nach Hilfsantrag 1 und 2 ausgedehnt, mit denen das Schutzrecht hilfsweise verteidigt wird.

Zum Gegenstand der Schutzansprüche nach Hilfsantrag 1 und 2 trägt der Beschwerdeführer vor, dass auch diese Ansprüche lediglich ein Werkzeug zur Erzeugung von Löchern im Boden kennzeichnen, wie dies auch für den Gegenstand nach Hauptantrag der Fall sei und dass diese Gegenstände daher jeweils zumindest durch den Stand der Technik nach der US 2005/0 045 349 A1 (D6) - diese offenbare in Abs. 0031 u. a. auch eine Fußraste - neuheitsschädlich vorweg genommen seien.

Auch enthielten sie unzulässige, von der Ursprungsfassung nicht gedeckte Kombinationen.

Der Beschwerdegegner hat in der mündlichen Verhandlung die von ihm hergestellte Fütterungsvorrichtung (Kirreisen) präsentiert und erklärt, dass dies der Gegenstand des Schutzrechts sei und dieser auch in der Zeichnung des Streitgebrauchsmusters erscheine. Er weist darauf hin, dass das Pflanzgerät nach der US 2005/0 045 349 A1 (D6) ein sog. „tanzendes Pflanzgerät“ sei, welches in Leichtbauweise hergestellt sei und schon deshalb für die Bedingungen, die bei einer Jagd herrschen, keinerlei Eignung aufweise. Ferner weise der Stand der Technik nach der D6 ähnlich wie auch der übrige im Verfahren befindliche Stand der Technik, der auf keilförmige Werkzeuge gerichtet ist (US 2003/0 127 236 A1, US 5 109 930) - insoweit überhaupt mit dem Schutzgegenstand nach den Ansprüchen gemäß Haupt- und Hilfsanträgen 1 und 2 vergleichbar - weder die Bemessungen an Längen und Keilwinkeln noch die Materialfestigkeit des von ihm unter Schutz gestellten Gegenstands auf, wie er an Hand eines mitgebrachten Musters dieses Werkzeugs demonstriert hatte. Die entgegengehaltenen keilförmigen Vorrichtungen würden daher nach dem Vortrag des Beschwerdegegners auch die gesetzlichen Vorschriften zur KIRRUNG nicht erfüllen können.

II.

Die zulässige Beschwerde des Antragstellers ist begründet, denn der Löschantrag ist begründet. Der geltend gemachte Löschananspruch wegen mangelnder Schutzfähigkeit (§ 15 Abs. 1 Nr. 1 GebrMG) ist gegeben.

1. Der Schutzgegenstand des angegriffenen Gebrauchsmusters ist auf eine Fütterungsvorrichtung für Tiere gerichtet. Diese Fütterungsvorrichtung soll dabei insbesondere zur KIRRUNG von Wildschweinen, vorzugsweise zur Vorbereitung ei-

ner manuellen Abgabe von Körnerfutter in den Boden, Verwendung finden, wie im Oberbegriff des Schutzanspruchs 1 angegeben ist.

Das Gebrauchsmuster führt in der Beschreibungseinleitung aus, dass bereits Fütterungsvorrichtungen zur Abgabe von Körnerfutter bekannt sind (z. B. DE 100 65 163 C1), die aber als feste Vorrichtung zur Aufstellung im Freien konzipiert sind und daher für einen Einsatz an unterschiedlichen Stellen nicht hinreichend flexibel ausgestaltet und daher auch hierfür nicht geeignet sind (vgl. Streitgebrauchsmuster Abs. 0002).

Das Streitgebrauchsmuster sieht daher die Aufgabe seiner vorgeschlagenen technischen Lösung darin, eine Fütterungsvorrichtung zu schaffen, die leicht handhabbar, flexibel einsetzbar und leicht transportierbar ist (vgl. Streitgebrauchsmuster Abs. 0003).

Schutzanspruch 1 in der eingetragenen und in erster Linie verteidigten Fassung ist demgemäß auf einen Gegenstand mit den folgenden Merkmalen gerichtet:

1. Fütterungsvorrichtung für Tiere.
 - 1.1 Die Fütterungsvorrichtung besteht aus einem Halteelement.
 - 1.2 Die Fütterungsvorrichtung besteht aus einem keilförmigen Element.
 - 1.2.1 Das keilförmige Element schließt sich an das Halteelement an.

Für die vorliegende Merkmalsgliederung wurden alle Angaben des Schutzanspruchs 1 fortgelassen, die hinter den Ausdrücken „insbesondere“ und „vorzugsweise“ aufgeführt sind, denn derartige fakultative Angaben werden nach allgemei-

ner Praxis nicht dem zu prüfenden stringenten Inhalt eines Schutzanspruchs zugeordnet.

Die Fütterungsvorrichtung nach Schutzanspruch 1 besteht im Wesentlichen aus den beiden Bauteilen Halteelement (Merkmal 1.1) und keilförmiges Element (Merkmal 1.2), wobei sich letzteres noch an das Halteelement anschließen soll (Merkmal 1.2.1). Weitere detaillierte Angaben zur Ausgestaltung, Abmessung, Material o. ä. bezüglich der Bauteile Halteelement und keilförmiges Element sind nicht Gegenstand des Schutzanspruchs 1.

Wie aus den technischen Bauteilen und ihrer Anordnung bereits ersichtlich ist, handelt es sich bei der unter Schutz gestellten Vorrichtung nicht um eine solche, mit der Tiere direkt und unmittelbar gefüttert werden sollen. Vielmehr dient diese Vorrichtung der Herstellung von Löchern im Boden, in die dann Futter eingebracht werden kann, welches wiederum von Tieren gesucht und nach Freilegung verzehrt werden kann. Insoweit dient die Vorrichtung allgemein dem schnellen und leichten und bequemen Herstellen von Löchern im Boden (vgl. Abs. 0022).

Die technische Wirkung des keilförmigen Elements wird dabei im Streitgebrauchsmuster darin gesehen, dass das Eindringen in den Boden erleichtert wird und dass das Bodenmaterial durch die keilförmige Struktur problemlos verdrängt werden kann (Abs. 0020 und 0021).

Das Streitgebrauchsmuster wird nach dem Schriftsatz des Antragsgegners vom 9. Juni 2008 (eingegangen am 10. Juni 2008) ferner mit eingeschränkten Schutzansprüchen 1 gemäß Hilfsanträgen 1 und 2 hilfsweise verteidigt.

Die Hauptansprüche gemäß Hilfsantrag 1 und 2 sind mit dem in erster Linie verteidigten eingetragenen Schutzanspruch 1 bis auf das Fehlen des Ausdrucks „in den Boden“ nach „Körnerfutter“ wortgleich und werden durch die folgenden Merkmale beschränkt.

Mit Schutzanspruch 1 nach Hilfsantrag 1 wird der eingetragene Schutzanspruch 1 mit dem weiteren Merkmal folgenden Wortlauts beschränkt:

- 1.2.2 Das keilförmige Teil (gemeint: Element) ist aus mindestens zwei plattenförmigen Teilen zusammengesetzt.

Durch Schutzanspruch 1 nach Hilfsantrag 2 wird der eingetragene Schutzanspruch 1 ebenfalls mit dem Merkmal 1.2.2 gemäß Hilfsantrag 1 sowie zusätzlich mit dem folgenden weiteren Merkmalen beschränkt:

- 1.2.3 Dem keilförmigen Element ist eine Fußraste zugeordnet.

Zusammenfassend betrachtet beschreiben die Schutzansprüche 1 nach Haupt- und Hilfsanträgen jeweils einen Gegenstand, der zum einfachen und schnellen Herstellen von Löchern im Boden geeignet ist. In diese soll dann Futter für Tiere, die ihr Futter am Boden suchen, manuell eingebracht werden. Dies soll mit der in den Ansprüchen nicht weiter spezifizierten „Fütterungsvorrichtung“ zum Ausdruck gebracht werden. Gleichwohl geht die technische Funktion der beanspruchten Fütterungsvorrichtung nicht über das Erzeugen von Löchern im Boden hinaus.

2. Der Gegenstand des in erster Linie (Hauptantrag) verteidigten bzw. der gemäß Hilfsantrag 1 und 2 verteidigten Schutzansprüche 1 beruht jeweils nicht auf einem erfinderischen Schritt (§ 1 GebrMG). Angesichts dieser Feststellung kommt es auf die Frage der Zulässigkeit und der Neuheit bezüglich dieser Schutzansprüche nicht mehr an.

2.1 Für den Vergleich des Schutzgegenstandes gemäß Streitgebrauchsmuster mit dem entgegengehaltenen Stand der Technik ist auch hinsichtlich der Frage des erfinderischen Schritts auf den Inhalt der tragenden Schutzansprüche 1 gemäß Haupt- und Hilfsanträge 1 und 2 abzustellen, denn diese jeweils ersten und tragenden Schutzansprüche enthalten die zu schützende Lehre zum technischen

Handeln in grundlegender allgemeiner Form, denen dann Unteransprüche als bevorzugte Ausgestaltung der unter Schutz gestellten Lehre angeschlossen sind. Die zu schützende technische Lehre ist indes - anders als der Antragsgegner meint - nicht in einer tatsächlich realisierten also gebauten Form dessen, was im Streitgebrauchsmuster insgesamt beschrieben ist und auch nicht in der der Streitgebrauchsmusterschrift zugehörigen Zeichnung (hier: Fig. 1 bis 3) niedergelegt, denn in beiden Fällen kann es sich allenfalls um ein bestimmtes, möglicherweise bevorzugtes, Ausführungsbeispiel von alledem handeln, was ansonsten noch unter die allgemeine Beschreibung dessen fallen kann, was in den Schutzansprüchen 1 nach Hauptantrag bzw. Hilfsantrag 1 oder 2 in einer breiten und damit eine Vielzahl möglicher Ausführungsformen einschließenden Weise charakterisiert ist. Der Senat bezweifelt demgemäß nicht, dass es sich bei dem in Fig. 1 bis 3 des Streitgebrauchsmusters dargestellten und dem von dem Schutzrechtsinhaber und Beschwerdegegner hergestellten Gegenstand um eine solide ausgestaltete, praxistaugliche Vorrichtung handelt, mit der folglich auch ein Markterfolg zu erzielen ist. Jedoch kommt es für die Beurteilung u. a. auch des erfinderischen Schrittes nicht auf die Merkmale an, die in bestimmten Ausführungsbeispielen einer unter Schutz gestellten Lehre verwirklicht sind, sondern ausschließlich auf diejenigen Merkmale, die in den tragenden Schutzansprüchen 1 der jeweiligen Anspruchsätze nach Haupt- und Hilfsanträgen (hier: Hilfsanträge 1 und 2) im Einzelnen aufgeführt sind.

2.2 In der Zeitschrift „Pirsch“ vom September 2006 ist unter der Überschrift „Kirren und Locken/O...“ ein Bericht abgedruckt, der einen sog. „Kirrspaten“ aus dem Jagdbedarfs-Angebot der Firma O... (K...) zeigt (2 fotografische Abbildungen) und beschreibt. Dabei lässt die fotografische Darstellung im oberen Bild einen Mann in einer Waldlichtung erkennen, der die Vorrichtung (Kirrspaten) an einer Handhabe, also einem Halteelement, hält und den Kirrspaten mit einem Fuß über eine vorgesehene Fußraste in den (Wald-)Boden drückt. Die Ausgestaltung des in den Boden eingreifenden Elements ist dabei in der unteren Abbildung dieser Seite genauer zu erkennen und im zugehörigen Text (Zeilen 15, 16) beschrie-

ben. Demnach handelt es sich hier um eine konisch zulaufende Rundhülse (Zeilen 15, 16) mit deren Hilfe sich runde Löcher (Zeile 42) im Boden erzeugen lassen, in die dann das Kirrgut, hier Körnermais, offenbar manuell, eingefüllt wird (Zeilen 32 bis 39).

Somit ist durch diesen Stand der Technik eine Fütterungsvorrichtung für Tiere nach Merkmal 1. des Schutzanspruchs 1 nach Hauptantrag (vgl. Merkmalsgliederung gemäß Punkt II. 1.) im Kontext der Bedeutung „Fütterungsvorrichtung“, wie sie auch im Streitgebrauchsmuster beschrieben ist, bekannt geworden, welche auch ein Halteelement (vgl. obere Abbildung sowie Text, Zeilen 6 bis 12) gemäß Merkmal 1.1 aufweist. Anders als allerdings in den Merkmalen 1.2 und 1.2.1 des Schutzgegenstandes (Schutzanspruch 1 nach Hauptantrag) festgelegt ist, verfügt die entgegengehaltene Vorrichtung nicht über ein keilförmiges Element, welches sich an das Halteelement anschließt. Vielmehr weist die entgegengehaltene Vorrichtung eben die dargestellte und beschriebene Rundhülse auf. Diese verfügt - wie aus der unteren Abbildung ersichtlich - über einen durchgehenden Schlitz in ihrem Mantel, so dass der Mantel demnach nicht allseitig geschlossen ist. Wie im zugehörigen Text, Zeilen 43, 44 beschrieben ist, dient dieser Schlitz dem Säubern mit einem Schraubenzieher oder einem Eisenhaken, was lediglich in weichem Boden entbehrlich ist (Zeilen 43, 44).

Wenn nun ein Fachmann, ein in Jagd und Jagdbedarf kundiger Metallbauer, die notwendige Reinigung der Rundhülse des bekannten Kirrspatens als zu zeitaufwändig und störend empfindet, ist er veranlasst, im Stand der Technik nach in den Boden eingreifenden, Löcher hinterlassenden Elementen zu suchen, die nicht mehr - wie eine stanzend arbeitende Rundhülse - verstopfen können und somit eines Reinigungsaufwands nicht mehr bedürfen.

Hierzu findet der Fachmann z. B. im Stand der Technik nach der US 2005/0 045 349 A1 (D6) keilförmige, in den Boden eingreifende Elemente, die das Erdreich bzw. Bodenmaterial lediglich seitlich verdrängen und jedenfalls nicht in sich

aufnehmen und daher auch nicht verstopfen können, so dass sie der Reinigung nicht bedürfen. Das keilförmige Element (18) gemäß Fig. 1 der D6 ist dabei ebenfalls mit einem Halteelement (12, 14, 16) an das es anschließt verbunden und ist geeignet Pflanzenlöcher für Setzlinge in den Boden einzubringen, indem es einfach in den Untergrund eingedrückt wird (Abs. 0031 der D6). Das Eindrücken in den Boden wird im Übrigen in Abs. 0031 ohne drehende Bewegung beschrieben, während eine drehende Bewegung zur Erzeugung größerer Löcher optional erst in Abs. 0032 vorgeschlagen wird.

Damit findet der Fachmann im Stand der Technik nach der D6 eine Vorrichtung, die zum Erzeugen von Löchern im Boden bestimmt ist, bestehend aus einem Halteelement (Merkmal 1.1) und einem (zum Eingriff in den Boden vorgesehenen) keilförmigen Element (Merkmal 1.2), wobei sich das Halteelement an das keilförmige Element anschließt (Merkmal 1.2.1). Demgemäß stellt es lediglich eine einfache handwerkliche Maßnahme dar, das bekannte keilförmige Element mit einer ebenfalls bekannten bodenverdrängenden Wirkung nach der D6, welches zudem ebenfalls bereits als handgeführtes Gerät mit einem entsprechenden Halteelement zum Einsatz im Boden konzipiert ist, auf einen bekannten Kirrspaten gemäß der Zeitschrift „Pirsch“ zu übertragen. Eine derartige fachübliche Kombination bekannter Elemente an bekannten Werkzeugen führt daher ohne erfinderisches Zutun unmittelbar zum Gegenstand nach Schutzanspruch 1 gemäß Hauptantrag.

Der Einwand des Beschwerdegegners, wonach sich eine derartige Übertragungsmaßnahme angesichts der wesentlich schwächer und leichter ausgeführten Bauweise des Pflanzgerätes nach D6, welches lediglich für bereits vorbereitete, gelockerte Böden ausgelegt sei, verbiete, vermag nicht durchzugreifen. Zwar ist das Pflanzgerät nach der D6 in der Tat für lockere, vorbereitete Böden bestimmt (Abs. 0031, Zeilen 1 bis 6) und mag daher in seiner Ausführung leichter ausgestaltet sein als ein Gerät zum Einsatz im Forst. Gleichwohl arbeitet das Gerät nach der D6 mit dem gleichen Prinzip der verstopfungsfreien Verdrängung des Bodens bei der Erzeugung von Löchern, so dass der Fachmann von diesem Stand der Technik das Prinzip der Herstellung von Löchern im Boden mittels eines keilförmigen Elements ohne weiteres, übernehmen kann. Materialangaben und Dimen-

sionierungen von Materialstärken sind indes nicht Gegenstand des Schutzanspruchs 1 nach Hauptantrag, ebenso wenig wie die Wahl des Öffnungswinkels der keilförmigen Struktur, den der Beschwerdegegner beim Stand der Technik nach der D6 als zu groß für die Erzeugung geeigneter Kirrlöcher bezeichnet. Abgesehen vom Fehlen entsprechender Angaben im Schutzanspruch 1 liegt die Wahl der Materialstärke sowie die Dimensionierung des bodenverdrängenden Elements ohnehin im Griffbereich des Fachmanns und wird auch davon abhängen, welche Eindringtiefe und damit welche Lochtiefe erzielt werden muss, nicht zuletzt ange-regt durch entsprechende Vorschriften im Jagdgesetz. Jedenfalls kann auch eine Adaptation eines derartigen einfachen Funktionsprinzips an bestimmte Gegebenheiten (Waldboden, vorgegebene Eindringtiefe) einen erfinderischen Schritt nicht begründen. Zudem enthält die Lehre nach Schutzanspruch 1 gemäß Hauptantrag hierfür keine Hinweise, sondern überlässt alle derartigen Möglichkeiten der Dimensionierung dem Fachmann.

Für die Schutzfähigkeit einer Lehre zum technischen Handeln kommt es ausschließlich darauf an, ob die unter Schutz gestellte Maßnahme über das Maß routinemäßiger Bemühung des Fachmanns um eine Lösung der ihm gestellten Aufgabe hinausgeht, wenn er den maßgeblichen Stand der Technik prüft und auswertet. Dies war im Falle des Schutzanspruchs 1 nach Hauptantrag zu verneinen.

2.3 Zu Schutzanspruch 1 nach Hilfsantrag 1 gilt, insoweit dieser mit Schutzanspruch 1 nach Hauptantrag wortgleich ist, die Begründung zum Hauptantrag, wobei das Fehlen des Ausdrucks „in den Boden“ nach „Körnerfutter“ im Anspruch 1 nach Hilfsantrag 1 hier keine Wirkung dahingehend zeitigt, dass hierdurch ein anderer Gegenstand gekennzeichnet oder das Verständnis des Beanspruchten beeinträchtigt wäre.

Zusätzlich zu den Merkmalen des Schutzanspruchs 1 nach Hauptantrag, wird in den Schutzanspruch 1 nach Hilfsantrag noch das Merkmal 1.2.2 (vgl. Merkmalsauflistung gemäß Punkt II. 1) - insoweit beschränkend - hinzugenommen, welches sich auf die Zusammensetzung des keilförmigen Teils (also des keilförmigen

gen Elements) aus mindestens zwei plattenförmigen Teilen bezieht. Auch diese Maßnahme ist aus der D6 direkt ersichtlich, denn ein derartiger Aufbau ist in Abs. 0028 der D6 beschrieben und in Fig. 2 (dort Ziff. 24, 26) dargestellt. Die Hinzufügung weiterer Bauteile (dreieckige Seitenteile 20 und 22) an den jeweiligen Enden der dachartigen Struktur beim Ausführungsbeispiel nach Fig. 2 der D6 führt insoweit zu keiner anderen Lehre, als in Merkmal 1.2.2 gefordert, denn das besagte Merkmal 1.2.2 fordert die Zusammensetzung aus mindestens zwei plattenförmigen Teilen. Der Ausdruck „mindestens“ schließt das Vorhandensein weiterer Bauteile nicht aus, sondern macht im Gegenteil den Weg hierzu frei.

Nach alledem beruht auch Schutzanspruch 1 nach Hilfsantrag 1 gegenüber dem Stand der Technik nach dem Bericht in der Zeitschrift „Pirsch“ i. V. m. dem Offenbarungsgehalt der D6 nicht auf einem erfinderischen Schritt.

2.4 Schutzanspruch 1 nach Hilfsantrag 2 ist mit dem Hauptanspruch nach Hilfsantrag 1 bis zum Merkmal 1.2.2 wortgleich, so dass in diesem Umfang die Begründung zum Anspruch 1 nach Hilfsantrag 1, auf die hierzu ausdrücklich verwiesen wird, Gültigkeit hat. Das zusätzlich beschränkend in diesen Anspruch aufgenommene Merkmal 1.2.3 (vgl. Merkmalsauflistung gemäß Punkt II. 1.) ist auf eine Fußraste gerichtet, die dem keilförmigen Element zugeordnet ist. Auch diese technische Maßnahme ist einerseits aus dem Bericht in der Zeitschrift „Pirsch“ in beiden Abbildungen ersichtlich, wo eine Fußraste dem in den Boden eingreifenden Element, hier der konischen Rundhülse, zugeordnet ist. Andererseits wird diese Maßnahme auch durch die mit einem keilförmigen Element arbeitenden Vorrichtung nach der D6 vorweggenommen, denn dort ist eine derartige Zuordnung einer Fußraste zu dem keilförmigen Element in Abs. 0031, dort in den letzten drei Zeilen, *expressis verbis* beschrieben. In Fig. 2 der D6 sind diese im Text (Abs. 0031) als Fußrasten bezeichneten Teile (28, 30) als waagrechte Platten an einem senkrecht angestellten Stiel (12) dargestellt.

Nach alledem kann das Streitgebrauchsmuster auch im Umfang des Schutzanspruchs 1 nach Hilfsantrag 2 nicht erfolgreich verteidigt werden, weil auch dieser Schutzanspruch nicht auf einem erfinderischen Schritt beruht.

2.5 Die den Schutzansprüchen 1 nach Hauptantrag bzw. nach Hilfsantrag 1 und 2 jeweils nachgeordneten Unteransprüche 2 bis 10 (bzw. 2 bis 9, bzw. 2 bis 8), sind unbeschadet der Frage ihrer Zulässigkeit in den Anspruchssätzen nach Hilfsantrag 1 und 2 durch den bislang abgehandelten Stand der Technik ebenfalls bereits hinsichtlich aller Merkmale der Ansprüche 2 bis 8 bzw. 2 bis 7 bzw. 2 bis 6 vorweg genommen. Die Merkmale des Anspruchs 9 nach Hauptantrag (dieser entspricht Anspruch 8 in Hilfsantrag 1 und Anspruch 7 in Hilfsantrag 2) bzw. des Anspruchs 10 nach Hauptantrag (dieser entspricht Anspruch 9 in Hilfsantrag 1 und Anspruch 8 in Hilfsantrag 2) sind zudem durch den ebenfalls im Verfahren befindlichen Stand der Technik nach dem DE-GM 1 817 395 bzw. der US 2003/0 127 236 A1 (D8) bereits vorbeschrieben worden. Für diese Schutzansprüche ist daher seitens des Senats ein eigenständiger erfinderischer Gehalt ebenfalls nicht erkennbar. Ein solcher war auch vom Beschwerdegegner nicht mehr geltend gemacht worden. Daher waren sie zusammen mit ihren jeweils tragenden Schutzansprüchen 1 nach Haupt- bzw. Hilfsantrag 1 bzw. 2 zu löschen.

3. Die Kostentscheidung beruht auf § 18 Abs. 2 Satz 2 GebrMG i. V. m. § 84 Abs. 2 Satz 1 PatG, § 91 Abs. 1 ZPO. Die Billigkeit erfordert keine andere Entscheidung.

Müllner

Dr. Huber

Dr. Prasch

CI