



BUNDESPATENTGERICHT

5 W (pat) 415/04

(Aktenzeichen)

Verkündet am
13. Juli 2005

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend das Gebrauchsmuster 202 12 301

hier: Löschantrag

hat der 5. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 2005 durch den Vorsitzenden Richter Müllner sowie die Richter Dipl.-Ing. Riegler und Dipl.-Ing. Schneider

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts - Gebrauchsmusterabteilung II - vom 29. Januar 2004 aufgehoben.
2. Das Gebrauchsmuster 202 12 301 wird gelöscht soweit es über folgende Fassung hinausgeht:
 1. Absperrschranke zur Absicherung von Straßenbaustellen, mit einem zwischen vertikalen Stützen (10) angeordneten Schrankenblatt (12), das durch einen Blaskörper (18) aus Kunststoff gebildet wird, **dadurch gekennzeichnet**, dass der Blaskörper (18) auf der Oberseite des Schrankenblattes (12) vorspringende, in einem gleichmäßigen Raster über die gesamte Breite der Absperrschranke verteilte Zapfen (28) zum Aufstecken von Warnleuchten bildet.

2. Absperrschranke nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass der Blaskörper (18) auch die vertikalen Stützen (10) bildet.
 3. Absperrschranke nach Anspruch 2, dadurch gekennzeichnet, dass die Stützen (10) die Form von an den unteren Enden offenen Rohren haben, in die weitere Rohre (26) zur Versteifung oder als Fußrohre einsteckbar sind.
 4. Absperrschranke nach einem der vorstehenden Ansprüche, dadurch gekennzeichnet, dass der Blaskörper (18) eine parallel in Abstand zu dem Schrankenblatt (12) verlaufende Tastleiste (14) bildet.
 5. Absperrschranke nach Anspruch 4, dadurch gekennzeichnet, dass der Blaskörper (18) ein Absperrgitter (16) bildet, dessen hohle Gitterstäbe (20) das Schrankenblatt (12) mit der Tastleiste (14) verbinden.
 6. Absperrschranke nach einem der vorstehenden Ansprüche, dadurch gekennzeichnet, dass das Schrankenblatt (12) und/oder die Tastleiste (14) und/oder die Gitterstäbe (20) durch Profilierungen (22, 24) versteift sind.
3. Im übrigen wird der Löschantrag zurückgewiesen.
 4. Die Kosten des Lösungsverfahrens in der ersten Instanz werden gegeneinander aufgehoben.

5. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Antragstellerin auferlegt.
6. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

G r ü n d e

I.

Der Antragsgegner ist Inhaber des am 17. Oktober 2002 in die Rolle eingetragenen, eine „Absperrschranke“ betreffenden Gebrauchsmusters 202 12 301. Anmeldetag ist der 8. August 2002. Die mit der Anmeldung eingereichten Schutzansprüche 1 bis 7 liegen auch der Eintragung zugrunde. Sie lauten:

1. Absperrschranke zur Absicherung von Straßenbaustellen, mit einem zwischen vertikalen Stützen (10) angeordneten Schrankenblatt (12), **dadurch gekennzeichnet**, dass das Schrankenblatt (12) durch einen Blaskörper (18) aus Kunststoff gebildet wird.
2. Absperrschranke nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass der Blaskörper (18) auch die vertikalen Stützen (10) bildet.
3. Absperrschranke nach Anspruch 2, dadurch gekennzeichnet, dass die Stützen (10) die Form von an den unteren Enden offenen Rohren haben, in die weitere Rohre (26) zur Versteifung oder als Fußrohre einsteckbar sind.

4. Absperrschranke nach einem der vorstehenden Ansprüche, dadurch gekennzeichnet, dass der Blaskörper (18) eine parallel in Abstand zu dem Schrankenblatt (12) verlaufende Tastleiste (14) bildet.
5. Absperrschranke nach Anspruch 4, dadurch gekennzeichnet, dass der Blaskörper (18) ein Absperrgitter (16) bildet, dessen hohle Gitterstäbe (20) das Schrankenblatt (12) mit der Tastleiste (14) verbinden.
6. Absperrschranke nach einem der vorstehenden Ansprüche, dadurch gekennzeichnet, dass das Schrankenblatt (12) und/oder die Tastleiste (14) und/oder die Gitterstäbe (20) durch Profilierungen (22, 24) versteift sind.
7. Absperrschranke nach einem der vorstehenden Ansprüche, dadurch gekennzeichnet, dass der Blaskörper (18) auf der Oberseite des Schrankenblattes (12) vorspringende Zapfen (28) für die Befestigung von Warnleuchten bildet.

Mit Erklärung vom 30. April 2003, eingegangen am 2. Mai 2003 hat der Gebrauchsmusterinhaber auf die eingetragenen Schutzansprüche 1 bis 6 verzichtet.

Die Antragstellerin hat am 7. Mai 2003 beim Deutschen Patent- und Markenamt die Löschung des Gebrauchsmusters beantragt. Zum Stand der Technik hat sie auf folgende Druckschriften verwiesen:

(D1) US 6 257 559 B1

- (D2) JP 0 7042123 A
- (D3) DE 297 06 002 U1
- (D4) DE 198 18 519 C2
- (D5) DE 197 02 578 A1
- (D6) US 2 879 378
- (D7) DE 90 16 289 U1
- (D8) DE 92 17 442 U1
- (D9) DE 93 02 392 U1
- (D10) Verkehrsblatt-Dokument Nr. B 5707, Stand 1/95,
Regelplan B I/16
- (D10a) „Catalogue 1994/95“ der Fa. horizont signal Seite 36.

Von der Gebrauchsmusterabteilung II des Deutschen Patent- und Markenamts wurden von Amts wegen noch folgende Druckschriften in Betracht gezogen:

- (D11) EP 0 957 206 A1
- (D12) US 5 458 434
- (D13) DE 94 12 496 U1
- (D14) GB 1 510 584
- (D15) GB 1 504 926
- (D16) EP 0 643 173 A2.

Der Antragsgegner hat dem Löschungsantrag innerhalb der gesetzlichen Frist widersprochen.

In der mündlichen Verhandlung am 18. Februar 2004 vor der Gebrauchsmusterabteilung II des Deutschen Patent- und Markenamts hat der Antragsgegner das Streitgebrauchsmuster

- gemäß Hauptantrag im Umfang des eingetragenen Schutzanspruchs 7 und

- gemäß Hilfsantrag mit den Schutzansprüchen 1 bis 6 vom 23. Dezember 2003, eingegangen am 24. Dezember 2003, verteidigt.

Die Schutzansprüche 1 bis 6 gemäß dem Hilfsantrag lauten:

1. Absperrschranke zur Absicherung von Straßenbau- stellen, mit einem zwischen vertikalen Stützen (10) angeordneten Schrankenblatt (12), das durch einen Blaskörper (18) aus Kunststoff gebildet wird, **dadurch gekennzeichnet**, dass der Blaskörper (18) auf der Oberseite des Schrankenblattes (12) vorspringende, in einem gleichmäßigen Raster über die gesamte Breite der Absperrschranke verteilte Zapfen (28) zum Aufstecken von Warnleuchten bildet.
2. Absperrschranke nach Anspruch 1, dadurch gekenn- zeichnete, dass der Blaskörper (18) auch die vertika- len Stützen (10) bildet.
3. Absperrschranke nach Anspruch 2, dadurch gekenn- zeichnet, dass die Stützen (10) die Form von an den unteren Enden offenen Rohren haben, in die weitere Rohre (26) zur Versteifung oder als Fußrohre ein- steckbar sind.
4. Absperrschranke nach einem der vorstehenden Ansprüche, dadurch gekennzeichnet, dass der Blas- körper (18) eine parallel in Abstand zu dem Schran- kenblatt (12) verlaufende Tastleiste (14) bildet.

5. Absperrschranke nach Anspruch 4, dadurch gekennzeichnet, dass der Blaskörper (18) ein Absperrgitter (16) bildet, dessen hohle Gitterstäbe (20) das Schrankenblatt (12) mit der Tastleiste (14) verbinden.
6. Absperrschranke nach einem der vorstehenden Ansprüche, dadurch gekennzeichnet, dass das Schrankenblatt (12) und/oder die Tastleiste (14) und/oder die Gitterstäbe (20) durch Profilierungen (22, 24) versteift sind.

Aufgrund der mündlichen Verhandlung hat die Gebrauchsmusterabteilung II mit Beschluss vom 18. Februar 2004 das Gebrauchsmuster gelöscht. In den Gründen des Beschlusses hat sie dargelegt, dass der verteidigte Schutzanspruch 7 zulässig sei und sein Gegenstand trotz der auf das Herstellungsverfahren hinweisenden Angabe, dass das Schrankenblatt durch einen Blaskörper aus Kunststoff gebildet wird, dem Gebrauchsmusterschutz zugänglich und auch neu gegenüber dem entgegengehaltenen Stand der Technik sei. Der Gegenstand des Schutzanspruchs 7 nach dem Hauptantrag wie auch die Gegenstände der Schutzansprüche 1 bis 6 gemäß dem Hilfsantrag beruhten jedoch im Hinblick auf die D11 und die D12 bzw. im Hinblick auf die D10, D11 und D13 nicht auf einem erfinderischen Schritt.

Gegen diesen ihm am 10. März 2004 zugestellten Beschluss hat der Antragsgegner durch einen am 23. März 2004 eingegangenen Schriftsatz, dem eine Einzugsermächtigung zur Begleichung der Beschwerdegebühr beigefügt war, Beschwerde eingelegt. In seiner Beschwerdebegründung hat er ergänzend zum Stand der Technik noch auf die

(D17) DE 43 12 634 C2

verwiesen.

In der mündlichen Verhandlung am 13. Juli 2005 hat er ferner Ausdrücke von, von der Antragstellerin und der Firma horizont im Internet angebotenen Absturzsicherungen vorgelegt.

Der Antragsgegner beantragt,

den angefochtenen Beschluss abzuändern und das Gebrauchsmuster 202 12 301 im Wege der Teillöschung auf die Schutzansprüche 1 bis 6 zu beschränken, die mit Eingabe vom 23. Dezember 2003 als Hilfsantrag eingereicht wurden.

Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II.

Die zulässige Beschwerde des Antragsgegners ist begründet.

1. Der Antragsgegner kann das Gebrauchsmuster im angegebenen Umfang verteidigen.

Der geltende Schutzanspruch 1 entspricht dem eingetragenen Schutzanspruch 7 in seiner auf den eingetragenen Schutzanspruch 1 zurückbezogenen Form, wobei in diesen zwei Einschränkungen eingefügt sind, nämlich

- a) dass die Zapfen „in einem gleichmäßigen Raster über die gesamte Breite der Absperrschranke“ verteilt sind und
- b) dass der Blaskörper Zapfen „zum Aufstecken“ von Warnleuchten bildet.

Das Merkmal a) ist der Seite 3, Zeile 19 bis 21, und das Merkmal b) der Seite 3, Zeile 17 der Gebrauchsmusterschrift zu entnehmen.

Der Schutzanspruch 1 ist mithin zulässig.

Die Schutzansprüche 2 bis 6 entsprechen in ihrem Wortlaut den eingetragenen Schutzansprüchen 2 bis 6, auf die der eingetragene Schutzanspruch 7 zurückbezogen war. Sie sind daher ebenfalls zulässig.

Die Zulässigkeit der verteidigten Schutzansprüche ist von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung auch nicht in Zweifel gezogen worden.

2. Der Gegenstand der verteidigten Schutzansprüche 1 bis 6 ist auch schutzfähig (§§ 1, 3 GebrMG).

a) Der Gegenstand des verteidigten Schutzanspruchs 1 ist gegenüber dem aufgedeckten Stand der Technik neu, was auch von der Antragstellerin nicht in Abrede gestellt worden ist. Wie sich im einzelnen aus den folgenden Ausführungen zum erfinderischen Schritt ergibt, zeigt keine der im Verfahren befindlichen Entgegenhaltungen eine Absperrschranke mit allen im Schutzanspruch 1 angegebenen Merkmalen.

b) Der Gegenstand des Schutzanspruchs 1 beruht auch auf einem erfinderischen Schritt.

Eine Absperrschranke zur Absicherung von Straßenbaustellen entsprechend dem Oberbegriff des Schutzanspruchs 1, also mit einem zwischen vertikalen Stützen angeordneten Schrankenblatt, das durch einen Blaskörper aus Kunststoff gebildet wird, ist auch nach Auffassung des Antragsgegners durch die D2 bekannt geworden. Die im kennzeichnenden Teil des Schutzanspruchs 1 angegebenen Merkmale, nämlich dass der Blaskörper auf der Oberseite des Schrankenblatts vorspringende, in einem gleichmäßigen Raster über die gesamte Breite der Absperrschranke verteilte Zapfen zum Aufstecken von Warnleuchten bildet, sind jedoch dem gesamten im Verfahren befindlichen Stand der Technik nicht zu entnehmen.

Die D1 betrifft einen tragbaren Zaun, und die vorstehend genannte D2 eine Absperrschranke, wobei in beiden Druckschriften die Frage einer Anbringung von Warnleuchten nicht angesprochen ist. In der D3 wird diese Frage zwar angesprochen, sie wird jedoch dadurch gelöst, dass in der Schranke Durchgänge (18) zur Aufnahme von Haltern einer Leuchte vorgesehen werden. Die D6 zeigt eine Absperrschranke mit auf der Oberseite des Schrankenblatts eingesetzten Öl-Laternen (30). Die D7 lehrt wiederum die Anbringung einer Reihe von Haltelöchern (6) für die Haltebolzen (8) von Warnleuchten. Auch die D8 und die D10 lehren im Ergebnis nichts anderes, als dass die Warnleuchten über Haltevorrichtungen mit dem Schrankenblatt verschraubt werden sollen. Die D11 betrifft eine Absperrschranke mit Reflektoren ohne irgendwelche Vorkehrungen für die Anbringung von Warnleuchten. Die D12 zeigt eine Barrikade aus zwei gegeneinander geneigten Kunststofftafeln, die jeweils an ihren linken Seiten einen Leuchtenhalter (32) aufweisen. Es bleibt offen, wie die Leuchten befestigt werden. Abgesehen davon, dass jede Tafel nur einen einzigen Leuchtenhalter (32) aufweist, handelt es sich hierbei offensichtlich nicht um Zapfen zum Aufstecken von Warnleuchten. Die D14 zeigt wiederum eine Absperrschranke, deren Schrankenblatt keine Vorrichtungen zur Aufnahme von Warnleuchten aufweist. Vielmehr sind hier die Randpfosten mit Löchern (20) für die Befestigung von Wandleuchten versehen (S 3, Zeilen 74 bis 77). Die D15 zeigt eine Absperrschranke, bei der Warnleuchten (40) mittels einer speziellen Vorrichtung (36) auf dem oberen Rand des Schrankenblatts befestigt

werden können, und gemäß der D17 werden Warnleuchten mittels eigener Halte-
teile (26) mit dem Schrankenblatt verbunden.

Die übrigen Entgegenhaltungen haben keine Absperrschranken zum Gegenstand.
Die D4 betrifft ein Verfahren zum Extrusionsblasformen von Hohlkörpern und ei-
nen Strangpresskopf zur Durchführung des Verfahrens und liegt deshalb ohnedies
weiter ab, und die D5, D9, D13 und D16 betreffen Bakenständer. Gemäß der D5,
D9 und D13 werden die Warnleuchten jeweils auf einen am oberen Ende des Ba-
kenkörpers angeordneten Zapfen aufgesteckt, wobei der Bakenkörper gemäß der
D13 ein Blaskörper ist, der in Übereinstimmung mit dem Gegenstand des vertei-
digten Schutzanspruchs 1 einen vorspringenden Zapfen zum Aufstecken der
Warnleuchte aufweist.

Die Antragstellerin hat vorgetragen, dass es keines erfinderischen Schrittes be-
dürfe, die Lehre der D13 auf eine Absperrschranke, wie sie die D2 zeigt, zu über-
tragen und auf der Oberseite des Schrankenblatts Zapfen entsprechend der D13
in einem gleichmäßigen Raster über die gesamte Breite der Absperrschranke an-
zuordnen.

Dieser Ansicht vermag der Senat nicht zu folgen. Wie die vorstehende Betrach-
tung der Vielzahl der entgegengehaltenen Absperrschranken einerseits und der
entgegengehaltenen Bakenständer andererseits ergibt, zeigt keine der Absperr-
schranken eine Warnleuchtenbefestigung, bei der die Warnleuchten auf Zapfen
aufgesteckt werden, obwohl diese Befestigungsart der Warnleuchten bei Baken-
ständern schon lange bekannt war, wie durch die D5, D9 und D13 belegt ist.

Hinzu kommt, dass in der mündlichen Verhandlung zwischen den Beteiligten un-
streitig war, dass mit der Absperrschranke nach dem verteidigten Schutzan-
spruch 1 ein erheblicher wirtschaftlicher Erfolg erzielt werden konnte. Der An-
tragsgegner hat ferner durch Vorlage der Ausdrücke aus dem Internet in der
mündlichen Verhandlung nachgewiesen, dass nunmehr auch die Mitbewerber

Absperrschranken anbieten mit auf der Oberseite des Schrankenblatts vorspringenden, in einem gleichmäßigen Raster über die gesamte Breite der Absperrschranke verteilten Zapfen zum Aufstecken von Warnleuchten (vgl. S. 1 und 8).

Im vorliegenden Fall ist die Absperrschranke nach der D2, deren Ausgestaltung der Absperrschranke entsprechend dem Oberbegriff des Anspruchs 1 entspricht, seit dem 10. Februar 1995 veröffentlicht. In Blasverfahren hergestellte Bakenkörper mit einem Zapfen zum Aufstecken von Warnleuchten waren bereits vor dem 3. August 1994, dem Anmeldetag der D13, bekannt (vgl. S. 1 Abs. 1 der D3). Betrachtet man nun einerseits, dass bis zur Anmeldung des Streitgebrauchsmusters, das Prinzip des Aufsteckens von Warnleuchten auf der Oberseite des Schrankenblatts vorspringenden Zapfen von der Fachwelt nicht aufgegriffen worden ist, andererseits aber nachdem der Gegenstand des Schutzanspruchs 1 auf dem Markt war, ein erheblicher Markterfolg einsetzte, der zu Nachahmung durch Mitbewerber führte, so stellt dieser Sachverhalt ein überzeugendes Indiz dafür dar, dass die Überlegungen, die vom Stand der Technik zur Lehre des Schutzanspruchs 1 führten, doch nicht so naheliegend waren, dass sie von einem mit der Konzipierung und Herstellung von Absperrschranken befassten Durchschnittsfachmann mit mehrjähriger Erfahrung auf diesem Gebiet erwartet werden konnten.

c) Die Schutzansprüche 2 bis 6 betreffen weitere Ausgestaltungen der Absperrschranke nach dem Schutzanspruch 1, die nicht selbstverständlich sind. Diese Schutzansprüche haben somit ebenfalls Bestand.

3. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde erscheint dem Senat geboten, da die Rechtsfrage, ob bei der Beurteilung des erfinderischen Schritts andere Maßstäbe zu gelten haben als bei der Beurteilung der erfinderischen Tätigkeit bei der Prüfung auf Patentfähigkeit höchststrichterlich noch nicht entschieden ist.

III.

Die Kostenentscheidung folgt für beide Instanzen aus § 18 Abs 2 Satz 2 GebrMG n.F. iVm § 84 Abs. 2 PatG, § 92 Abs 1 ZPO, § 269 Abs 3 ZPO und berücksichtigt das Maß des Obsiegens bzw. Unterliegens beider Verfahrensbeteiligter im Streit um die Löschung der Schutzansprüche. Der Antragsgegner hat im patentamtlichen Verfahren das Gebrauchsmuster zunächst im Umfang des eingetragenen Schutzanspruchs 7 verteidigt, zuletzt aber den Widerspruch gegen die Löschung teilweise fallen lassen. Damit hat er nur im zuletzt noch aufrechterhaltenen Umfang voll obsiegt.

Die Billigkeit erfordert keine andere Entscheidung (vgl § 84 Abs 2 Satz 2 PatG).

Müllner

Riegler

Schneider

CI