

Gelbe Erläuterungsbücher

Sortenschutzrecht: SortR

SortG, GSortV, PatG, EPÜ

Bearbeitet von

Prof. Dr. Axel Metzger, Prof. Dr. Herbert Zech, Dr. Malek Barudi, Mark-Bernhard Busse, Dr. Klaus Gierke, Prof. Dr. Christine Godt, Prof. Dr. Ulrich Jeinsen, Susanne Klein, Dr. Michael Kock, Michael Köller, Dr. Birte Lorenzen, Esther Roffael, Dr. André Sabellek, Prof. Dr. Claudia Seitz, Dr. Ettje Trauernicht, Dr. Ralf Uhrich

Konsequenzen der Nichtbenennung einer Sortenbezeichnung sind also erheblich, das Schutzrecht wird insgesamt abgelehnt.²¹

Ein Formular zur Einreichung des Vorschlags für die Sortenbezeichnung stellt das CPVO auf seiner Webseite zur Verfügung.²² Hierbei ist auch anzugeben, ob es sich bei der Sortenbezeichnung um eine Phantasiebezeichnung oder um einen Code handelt.²³ Da beide bei der Frage, ob Schutzhindernisse entgegenstehen, unterschiedlich bewertet werden, ist dies bei der Auswahl zu berücksichtigen. Die Einreichung des Antrags kann elektronisch oder in Papierform erfolgen.

II. Verfahren vor dem BSA

Vergleichbar regelt § 22 Abs. 2 SortG, dass der Antragsteller die Sortenbezeichnung anzugeben hat. Gem. § 22 Abs. 2 SortG kann er zunächst eine **vorläufige Sortenbezeichnung** wählen. Weiter kann er gem. § 23 Abs. 3 SortG für die Sortenbezeichnung den **Zeitrang** einer für entsprechende Waren beim DPMA angemeldeten bzw. eingetragenen nationalen oder einer bei der WIPO international registrierten mit Wirkung für Deutschland **geschützten Marke** in Anspruch nehmen. Gemeinschaftsmarken werden in der Vorschrift nicht genannt²⁴, auf diese müsste die Norm analog angewendet werden, da es sich hier um eine aus Versehen entstandene Regelungslücke handeln dürfte. Das deutsche Recht schafft damit eine Lösung für die oben beschriebene **Schutzlücke im gemeinschaftlichen Sortenschutz**, in dem eine entsprechende Regelung fehlt. Über eine Markenmeldung kann der Anmelder sicherstellen, dass kein Dritter zwischenzeitlich dieselbe Bezeichnung als Marke oder Sortenbezeichnung anmeldet oder verwendet und sich die Priorität der Sortenbezeichnung über das Markenrecht sichern. Allerdings ist eine solche Markenmeldung mit weiteren Kosten für den Anmelder verbunden. Mit dem Zeitpunkt, in dem Sortenschutz unter Beanspruchung der Sortenbezeichnung gewährt wird, können Markenrechte hingegen für diese Waren nicht mehr geltend gemacht werden.²⁵

Anders als die GSortV statuiert das SortG aber nicht explizit ein Recht oder eine Pflicht des Bundessortenamtes, die Sortenbezeichnung auf ihre Eintragungsfähigkeit zu überprüfen, implizit geht das Gesetz aber von einer solchen Prüfung aus. Denn nach § 26 Abs. 6 Nr. 2 SortG hat das Bundessortenamt den Antragsteller zur Angabe einer anderen Sortenbezeichnung aufzufordern, „wenn die angegebene Sortenbezeichnung nicht eintragbar ist“.

²¹ Dies dürfte auch der wesentliche Grund dafür sein, warum es keine Rechtsprechung in diesem Bereich gibt – die zeitliche Verzögerung im Verfahren, die über den Abschluss der technischen Prüfung hinaus geht, hätte zu einschneidenden Konsequenzen, als dass Anmelder sie riskieren würden; siehe hierzu *Ekvad* in WKKE, European Community Plant Variety Protection, Rn. 4.62.

²² Abrufbar unter <http://www.cpvo.europa.eu/main/de/home/filing-an-application/online-forms>.

²³ Sa *Kieviet* in WKKE, European Community Plant Variety Protection, Rn. 3.82.

²⁴ Was wohl daran liegt, dass die erste Gemeinschaftsmarkenverordnung 1994 und damit zeitlich nach der Neufassung des SortG 1985 in Kraft trat; dass eine Anpassung 1997 bei der Neufassung des SortG nicht erfolgte, muss als redaktionelles Versehen gewertet werden; ein Grund dafür, die Gemeinschaftsmarke hier anders zu behandeln, ist jedenfalls nicht ersichtlich. In der Gesetzesbegründung ist § 23 SortG nicht einmal erwähnt, die Norm wurde nicht verändert, da Anlass der Gesetzesneufassung war, die Grundlage zur Umsetzung von UPOV 1991 und Kohärenz mit der GSortV zu schaffen; siehe BT-Drs. 13/7038, S. 10; BT-Drs. 72/97, S. 15 und 16.

²⁵ So noch deutlicher das SortG 1968, dort § 9.

- 16 Ein Formular zur Einreichung des Vorschlags für die Sortenbezeichnung stellt das Bundessortenamt auf seiner Webseite zur Verfügung.²⁶

III. Umfang der Prüfungspflichten der Ämter

- 17 Weder in der GSortV noch im SortG ist geregelt, wie weit Prüfungsrechte- und -pflichten der jeweiligen Ämter reichen. In Art. 54 Abs. 1 S. 2 GSortV heißt es zB lediglich, „Das Amt prüft auch, ob die vorgeschlagene Sortenbezeichnung nach Art. 63 festsetzbar ist“, in § 26 Abs. 2 Nr. 6 SortG, dass der Antragsteller zur Angabe einer anderen Sortenbezeichnung aufgefordert wird, „wenn die angegebene Sortenbezeichnung nicht eintragbar ist“. Nach dem Gesetzeswortlaut ist damit unklar, ob und in welchem Umfang die Ämter eigene Recherchen va hinsichtlich entgegenstehender Sortenbezeichnungen, Rechten Dritter und entgegenstehender anderer Bezeichnungen durchzuführen haben.
- 18 Da es sich bei den Verfahren vor dem Bundessortenamt um **förmliche Verwaltungsverfahren** handelt (siehe § 21 SortG), sind für nationale Erteilungsverfahren die entsprechenden Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes anzuwenden und damit auch die zum **Untersuchungsgrundsatz (§ 24 VwVfG)**.²⁷ Weiter kann verwaltungsverfahrenrechtlich eine **Selbstbindung** der Behörden an die **UPOV-Erläuterungen**²⁸ bzw. die **Leitlinien** des Verwaltungsrats des Gemeinschaftlichen Sortenamts²⁹ eintreten, soweit diese dem Gesetz entsprechen.³⁰
- 19 Art. 54 Abs. 1 S. 3 GSortV berechtigt das CPVO, sich bei der Prüfung der Festsetzbarkeit einer Sortenbezeichnung anderer Stellen zu bedienen (womit etwa die Markenämter mit ihren Datenbanken gemeint sein können). Dies impliziert jedenfalls ein **umfassendes Prüfungsrecht**, gibt aber keine Auskunft über die Reichweite einer entsprechenden **Prüfungspflicht**. In Art. 1 Nr. 1 der CPVO-Leitlinien ist festgehalten, dass ein Hinderungsgrund bestehen kann, wenn dem CPVO eine **Marke** gemeldet wurde, die mit der angemeldeten Sortenbezeichnung identisch oder ähnlich ist, wenn die Marke für identische oder ähnliche Waren eingetragen ist. Das CPVO teilt dies dem Anmelder entsprechend mit, weist eine Sortenbezeichnung aber nach seinen eigenen Leitlinien nur dann zurück, wenn der Inhaber des älteren Kennzeichens einen **Widerspruch** gegen die prioritätsjüngere Sortenbezeichnung erhebt. Auch in den Erläuterungen zu seinen Leitlinien hält das CPVO fest, dass es nur auf Einwendungen eines Inhabers älterer Rechte ggf. eine Sortenbezeichnung zurückweist.³¹
- 20 Dies ist bedenklich, denn **Art. 63 GSortV unterscheidet** anders als das Markenrecht **nicht zwischen absoluten Schutzhindernissen** (also solchen, die stets von Amts wegen zu beachten sind und bei denen kein Ermessenspielraum besteht) und **relativen Schutzhindernissen** (also solchen, die nur auf Einwand Dritter re-

²⁶ Abrufbar unter <http://www.bundessortenamt.de/internet30/index.php?id=68>.

²⁷ Kritisch hierzu *Leßmann* GRUR 1986, 279 (283).

²⁸ Erläuterungen zu Sortenbezeichnungen nach dem UPOV-Übereinkommen vom 19.10.2006 (Dokument C/40/12, UPOV/INF/12/1), nachfolgend „UPOV-Erläuterungen“.

²⁹ Die Leitlinien können samt Erläuterungen beim CPVO abgerufen werden unter <http://www.cpvo.europa.eu/main/de/home/gemeinschaftlicher-sortenschutz/gesetzgebung>, nachfolgend zitiert als „CPVO Leitlinien“ bzw. „Erläuterungen zu CPVO Leitlinien“; siehe hierzu auch → Rn. 29 und Fn. 45.

³⁰ *Keukenschrijver* Sortenschutzgesetz § 7 Rn. 15; zu Patenten vgl. auch *Papke* GRUR 1985, 14.

³¹ Art. 2 Erläuterungen zu CPVO Leitlinien.

levant werden). Der Wortlaut von Art. 63 Abs. 3 lit. a GSortV ist insofern eindeutig und lässt dem CPVO gerade **kein Ermessen**, die Vorschrift ist nicht als optionale, sondern als zwingende Regelung ausgestaltet („Ein Hinderungsgrund ... liegt vor, wenn ... das ältere Recht eines Dritten entgegensteht“).

Auch technisch ist es dem CPVO inzwischen aufgrund zunehmender Digitalisierung der Datenbestände problemlos möglich, jedenfalls nach den relevantesten der in Betracht kommenden entgegenstehenden Rechten Dritter zu recherchieren. Am relevantesten sind eingetragene ältere Marken, die aus identischen und nahezu identischen Bezeichnungen für identische Waren in der Klasse 31 bestehen. Das CPVO unterhält hierzu mittlerweile eine eigene Datenbank (in der auch Anmelder nach solchen entgegenstehenden Marken recherchieren können). In dieser Datenbank werden aber nur die Daten des HABM zu Klasse 31 (aber nicht die der nationalen Markenämter oder der WIPO) eingespeist.³² Hierfür kann aber zB auf TMView³³ und die Markendatenbanken der jeweiligen Ämter zurückgegriffen werden.

Im deutschen Gesetz sind ältere Rechte Dritter nicht explizit als Ausschlussgrund für eine Sortenbezeichnung genannt, § 7 Abs. 2 SortG nennt nur in Nr. 5 eine Irreführung Gefahr als einen möglichen Ausschlussgrund. Der deutschen Gesetzesbegründung zu Art. 13 im Zustimmungsgesetz zu UPOV 1961 bzw. zu § 8 SortG lässt sich entnehmen, dass eine umfassende **Prüfungspflicht** der zuständigen Behörden hinsichtlich einer Sortenbezeichnung entgegenstehender Rechte **nicht statuiert** werden sollte. Von einer solchen Verpflichtung wurde ausdrücklich abgesehen, weil die Beurteilung kennzeichenrechtlicher Fragen als für die Sortenschutzbehörden zu schwierig angesehen wurde.³⁴ Bei den nachfolgenden Änderungen des deutschen Sortenschutzgesetzes wurde dieser Punkt nicht erwähnt.

Es muss aber als fraglich angesehen werden, ob sich die Intention des nationalen Gesetzgebers insofern nicht geändert hat. Wegen der im Vergleich zu den 60er Jahren guten Recherchemöglichkeiten nach eingetragenen Marken dürfte die Ansicht, der zufolge durch eine Prüfungspflicht eine Überforderung der Sortenschutzämter entstände, inzwischen jedenfalls insoweit überholt sein, als eine **Identitätsrecherche** betroffen ist, also die Suche nach identischen Bezeichnungen für identische Waren in Klasse 31. Jedenfalls solche älteren Rechte begründen aber eine Irreführung Gefahr und stellen daher einen absoluten Ausschlussgrund dar. Das **BSA** hat in seinen Bekanntmachungen erklärt, die **Prüfrichtlinien des Gemeinschaftlichen Sortenamts** selbst auch **anwenden** zu wollen.³⁵ Insoweit besteht die oben beschriebene **Selbstbindung** der Behörde. Diese Prüfrichtlinien sehen aber in Art. 2 ausdrücklich auch eine jedenfalls begrenzte **Überprüfung hinsichtlich älterer Kennzeichen**

³² Siehe hierzu die Webseite des CPVO unter „Variety Finder“. <https://cpvoextranet.cpvo.europa.eu/WD180AWP/WD180Awp.exe/CONNECT/Denominations?PARAM=triffb5Fjte4NdIV3GGEF9TPQehAGDrwPCwKVUUR%2B9z%2B4dqKRnCnaEYCe04ZCRBS9/jTM/5BmFr7GEE%0D%0AaE1QWrSt%2Bx0TBg>.

³³ Ein Projekt des HABM-Kooperationsfonds, an dem sich inzwischen alle EU-Mitgliedsstaaten, das HABM selbst und die WIPO beteiligen und die bei ihnen bzw. ihren Markenämtern eingetragenen Marken einspeisen; abrufbar unter <https://www.tmdn.org/tmview/welcome.html?lang=de>.

³⁴ Siehe BT-Drs. V/1630, S. 23 zu Art. 13 UPOV 1961 und S. 53 zu § 8 SortG 1968; zustimmend *Keukensdrijver* Sortenschutzgesetz § 7 Rn. 40; hierzu auch *Schade/Pfanner* GRUR Int. 1962, 341 (354).

³⁵ Ziff. 1 der Bekanntmachung Nr. 07/05 des Bundesortenamtes über Sortenbezeichnungen und vorläufige Bezeichnungen vom 15. 4. 2005, BlfS 2005, 203.

rechte Dritter vor, die GSortV nennt anders als das SortG³⁶ entgegenstehende Rechte Dritter auch explizit als Ausschlussgrund, Art. 63 Abs. 3 lit. a GSortV.³⁷ Anwendbar ist diese Prüfrichtlinie hingegen nur insoweit, als sie mit höherrangigem Recht vereinbar ist. Das ist sie aber nicht, soweit die Geltendmachung dieses Ausschlussgrunds (älteres Recht im Gemeinschaftsrecht, analog Irreführungsgefahr im deutschen Recht) davon abhängig gemacht wird, dass ein Dritter sich hierauf beruft. Damit ist vielmehr davon auszugehen, dass auch das BSA inzwischen grundsätzlich zu einer Recherche und ggf. zur Beanstandung einer Sortenbezeichnung von Amts wegen verpflichtet ist.

- 24 Damit trifft die Sortenschutzämter eine **Pflicht, jedenfalls nach identischen registrierten Bezeichnungen im Bereich identischer Waren zu recherchieren**, das BSA nach solchen die mit Wirkung für Deutschland eingetragen sind³⁸, das CPVO darüber hinaus nach solchen, die mit Wirkung für die Gemeinschaft oder eines ihrer Mitgliedstaaten eingetragen sind. Denn es sollte Ziel sein, dass möglichst wenige Sortenbezeichnungen eingetragen werden, die nachträglich (nach Geltendmachung entgegenstehender Rechte durch Dritte) wieder geändert werden müssen. So kann auch am ehesten die Vorgabe aus Art. 20 Abs. 5 UPOV 1991 (umgesetzt in Art. 64 Abs. 4 GSortV bzw. § 7 Abs. 3 SortG) erreicht werden, dass Sorten in allen Vertragsstaaten bzw. Verbandsmitgliedern unter derselben Sortenbezeichnung geführt werden sollen.
- 25 Allerdings lässt sich für die Sortenschutzämter kaum hinreichend sicher und va nicht mit vertretbarem Aufwand feststellen, ob im Übrigen Kennzeichenrechte Dritter (seien es Marken im Ähnlichkeitsbereich, seien es nicht registrierten Marken, Unternehmenskennzeichenrechte oder Namensrechte) oder andere ältere Rechte bestehen, die einer Sortenbezeichnung entgegenstehen können.³⁹ Eine umfassende Recherche, die für das CPVO alle 28 Mitgliedsstaaten der EU umfassen müsste, ist mit sehr hohen Aufwand verbunden ist, der noch dazu die Ämter vor z. T. schwierige kennzeichenrechtliche Fragen stellt. Es wäre deshalb überspannt, die Prüfungspflichten der Ämter hierauf auszudehnen. Vielmehr sind hier die Anmelder von Sortenschutzrechten zu entsprechenden Recherchen aufgefordert, wenn sie nicht nachträglich Änderungen (und weitere Ansprüche) riskieren wollen, weil sich Inhaber von entgegenstehenden Dritt-rechten gegen eine Sortenbezeichnung wehren.
- 26 Es ist von den Ämtern zusätzlich stets zu beachten, wenn Dritte Einwendungen gegen eine Sortenbezeichnung geltend machen, die ua auf – identische oder ähnliche – ältere Rechte bzw. Irreführung gestützt werden können.⁴⁰ Dies ist im SortG (§ 25) und der GSortV (Art. 59) aber nur als ergänzende Möglichkeit der Überprüfung einer Sortenbezeichnung vorgesehen.
- 27 Erhebt ein Dritter Einwendungen gegen eine Sortenbezeichnung während das Erteilungsverfahren noch läuft, hat das Amt selbst eine Prüfung vorzunehmen, ob

³⁶ Siehe hierzu → Rn. 60 ff.

³⁷ Siehe *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und Europäisches Sortenschutzrecht, § 2 Rn. 222, die ganz ähnlich bereits im Hinblick auf die durch Bekanntmachung Nr. 07/05 aufgehobene Bekanntmachung 3/88 des BSA und der dort enthaltenen Selbstbindung des BSA an die UPOV Prüfrichtlinien argumentieren.

³⁸ AA *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und Europäisches Sortenschutzrecht, § 2 Rn. 226, 244.

³⁹ So auch *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und Europäisches Sortenschutzrecht, § 2 Rn. 213, 244.

⁴⁰ *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und Europäisches Sortenschutzrecht, § 2 Rn. 224; *Kiewiet* in WKKE, European Community Plant Variety Protection, Rn. 3.79.

zwischen dem älteren Recht und der angemeldeten Sortenbezeichnung eine so hinreichende Ähnlichkeit besteht, dass das ältere Recht einen Hinderungsgrund für die Sortenbezeichnung darstellt.⁴¹

Die Angabe der Sortenbezeichnung ist ein **formales Schutzkriterium**.⁴² Mängel in dieser Hinsicht begründen keinen Mangel der Sorte an sich. Stellt sich heraus, dass einer Sortenbezeichnung die in den Art. 63 Abs. 3 und 4 GSortV und § 7 Abs. 2 und 3 SortG genannten Gründe entgegenstehen, so hat das jeweils zuständige Amt (CPVO respektive BSA) den Anmelder im Erteilungsverfahren (Art. 54 Abs. 1 Satz 2 GSortV, Art. 29 GVerfahrenV bzw. § 26 Abs. 6 Nr. 2 SortG) oder nachträglich **aufzufordern, eine andere Bezeichnung anzugeben** (Art. 66 Abs. 2 GSortV, § 30 Abs. 2 S. 1 SortG). **Kommt der Inhaber/Anmelder dem nicht nach, kann der Sortenschutz ex nunc widerrufen** (Art. 66 Abs. 2, 21 Abs. 2 lit. b GSortV, § 31 Abs. 4 Nr. 1 SortG), aber nicht ex tunc aufgehoben werden.⁴³

D. Hinderungs-/Ausschlussgründe

Die GSortV führt in Art. 63 Abs. 3 und 4, das SortG in § 7 Abs. 2 und 3 die Gründe **abschließend** auf, die einer Sortenbezeichnung entgegenstehen können.⁴⁴ Das CPVO hat 2007 durch den Verwaltungsrat auf Grundlage des Art. 30 der DurchführungsVO (EG) Nr. 1239/95 (heute: DurchführungsVO Nr. 874/2009) **Leitlinien zur Auslegung** von Art. 63 Abs. 3 und 4 GSortV erlassen. Diese wurden vom CPVO 2012 zusätzlich auf Grundlage der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung, der entwickelten Lehre und eines Meinungs austauschs mit der Europäischen Kommission, den EU-Mitgliedstaaten und Züchterverbänden mit **Erläuterungen** versehen.⁴⁵ Diese Leitlinien werden seit inzwischen vielen Jahren auch vom Bundessortenamt angewendet, wie es in seiner Bekanntmachung Nr. 07/05⁴⁶ festgestellt hat; so soll eine Einheitlichkeit auf nationaler und europäischer Ebene in der Praxis der Ämter hergestellt werden. Weiter werden zur Auslegung die **„Erläuterungen zu Sortenbezeichnungen nach dem UPOV-Übereinkommen des Rates vom 19.10.2006“** herangezogen.⁴⁷ Bei all diesen Leitlinien handelt es sich aber nur um Auslegungshilfen, **nicht um verbindliches Recht**.⁴⁸ Anmelder einer Sorte samt Sortenbezeichnung sind also nicht gehindert, ihre Anwendbarkeit in Frage zu stellen, wenn die Leitlinien der geltenden Gesetzeslage nicht gerecht werden.

⁴¹ Anders, nachdem das Sortenschutzrecht mit der betreffenden Sortenbezeichnung erteilt und nachträglich angegriffen wurde, siehe hierzu die Kommentierung zu Art. 66 Abs. 1, 2. Hs. GSortV/§ 30 Abs. 1 N. 3–5 SortG.

⁴² *Keukenschrijver* Sortenschutzgesetz § 7 Rn. 8; BT-Drs. 13/7038, S. 15 zu § 30 SortG.

⁴³ Siehe hierzu die Kommentierung zu → Art. 66 GSortV und → § 30 SortG.

⁴⁴ *Keukenschrijver* Sortenschutzgesetz § 7 Rn. 11.

⁴⁵ Die Leitlinien können samt Erläuterungen beim CPVO abgerufen werden unter <http://www.cpvo.europa.eu/main/de/home/gemeinschaftlicher-sortenschutz/gesetzgebung>, nachfolgend zitiert als „CPVO Leitlinien“ bzw. „Erläuterungen zu CPVO Leitlinien“.

⁴⁶ Bekanntmachung Nr. 07/05 des Bundessortenamtes über Sortenbezeichnungen und vorläufige Bezeichnungen vom 15. 4. 2005, BlfS 2005, 203f.

⁴⁷ Erläuterungen zu Sortenbezeichnungen nach dem UPOV-Übereinkommen vom 19.10.2006 (Dokument C/40/12, UPOV/INF/12/1), nachfolgend „UPOV-Erläuterungen“.

⁴⁸ BPatG GRUR 1975, 449, 451 – SLW 500; *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und Europäisches Sortenschutzrecht, § 2 Rn. 241 (jeweils zu den UPOV-Leitsätzen); *Kiewiet* in WKKE, European Community Plant Variety Protection, Rn. 3.78.

I. Ungeeignet zur Kennzeichnung (Art. 63 Abs. 3 lit. b GSortV/ § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 2 und 3 SortG)

- 30 **1. Allgemeines.** Die Formulierungen der GSortV und des SortG zur Ungeeignetheit einer Bezeichnung als Sortenbezeichnung weichen voneinander ab. Während im deutschen Gesetz von einer Ungeeignetheit zur Kennzeichnung, insbesondere aus sprachlichen Gründen die Rede ist, knüpft die GSortV an allgemeine Schwierigkeiten der Erkennbarkeit oder Wiedergabe an.
- 31 Nach der Gesetzesbegründung zum SortG 1985, das in dieser Frage von nachfolgenden Gesetzesänderungen nicht berührt wurde, sollen von § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SortG solche Bezeichnungen erfasst werden, „in denen das vom Antragsteller als ‚Sortenbezeichnung‘ vorgeschlagene mangels Aussprechbarkeit oder Merkbarkeit die Funktion einer Sortenbezeichnung nicht wirksam erfüllen kann“⁴⁹. Mutmaßlich beabsichtigen der deutsche § 7 Abs. 2 Nr. 1 SortG und die europäische Vorschrift des Art. 63 Abs. 3 lit. b GSortV im Wesentlichen Gleiches zu regeln.
- 32 In Anbetracht dessen, dass **der Hauptzweck der Sortenbezeichnung die Identifizierung der Sorte** ist, sollte ausreichende Flexibilität vorgesehen werden, um bei der Sortenkennzeichnung entwicklungsfähige Verfahren zu berücksichtigen.⁵⁰ Daher wurden in den jeweiligen Gesetzen auch keine allgemeinen Anforderungen an die Zulässigkeit von Sortenbezeichnungen formuliert, sondern umgekehrt nur Ausschlussgründe. Zuzulassen ist also, was hiernach nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. Und wegen des erklärten Ziels der Flexibilität sollten die Ausschlussgründe der Art. 63 Abs. 3 lit. b GSortV und § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 SortG nur **restriktiv angewendet** werden.⁵¹
- 33 **2. Maßgebliche Verkehrskreise.** § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SortG enthält keine Regelung dazu, an welchem Maßstab, namentlich aus wessen Blickwinkel, zu beurteilen ist, ob eine Bezeichnung als Sortenbezeichnung geeignet ist.
- 34 Die GSortV stellt auf den „**Verwender**“ ab, ohne diesen jedoch zu definieren. Allerdings nimmt va Art. 17 Abs. 1 GSortV Bezug auf die „Verwendung“ und schreibt vor, dass, wer „im Gebiet der Gemeinschaft Sortenbestandteile ... zu gewerblichen Zwecken anbietet oder an andere abgibt“, die „Sortenbezeichnung verwenden“ muss. Jedenfalls am Verständnis dieses Personenkreises ist damit zu messen, ob es Schwierigkeiten bei der Wiedergabe oder Erkennbarkeit einer Bezeichnung als Sortenbezeichnung gibt. Bei diesem **professionell** mit Sorten umgehenden Personenkreis ist – auch wenn der Abnehmerkreis je nach Pflanzenart recht unterschiedlich sein kann – davon auszugehen, dass er durchschnittlich **besser informiert, aufmerksamer und verständiger** sein wird⁵² als der Durchschnittsver-

⁴⁹ BT-Drs. 10/816, S. 19 zu § 7; *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und Europäisches Sortenschutzrecht, § 2 Rn. 190; krit. hierzu *Wuesthoff/Leßmann/Wendt* Sortenschutzgesetz § 7 Rn. 9, die meinen, dass dies mit den UPOV-Vorgaben nicht übereinstimmt; kritisch hierzu *Leßmann GRUR* 1986, 279 (281).

⁵⁰ So die Erläuterungen zu Sortenbezeichnungen nach dem UPOV-Übereinkommen (Dokument C/40/12 „UPOV-Erläuterungen UPOV/INF/12/1“; so auch *Keukenschrijver* Sortenschutzgesetz § 7 Rn. 11.

⁵¹ So im Ergebnis auch *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und Europäisches Sortenschutzrecht, § 2 Rn. 191.

⁵² Vgl. zum Markenrecht *Ingerl/Rohnke* Markengesetz § 8 Rn. 75; *Eisenführ/Schennen* GMV Art. 7 Rn. 27; BGH GRUR 2002, 540 (541) – OMEPRAZOK.

braucher, wie er dem europäischen aufgeklärten Verbraucherleitbild⁵³ entspricht. Damit ist der **Maßstab** an die Geeignetheit einer Bezeichnung, als Sortenbezeichnung dienen zu können, **ehrer großzügig** anzulegen. Fachkreise werden zB auch geringfügigere Abweichungen von einem freihaltebedürftigen Sachbegriff erkennen, die dem allgemeinen Verkehr möglicherweise nicht auffallen würden.⁵⁴

Auch nach § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 SortG sollten allgemein **Verwender bzw. 35 Fachkreise** als maßgeblicher Verkehrskreis angesehen werden und zwar nicht nur für Sorten, deren Vermehrungsmaterial ausschließlich an besonders vorgebildete Kreise vertrieben wird (wie insbesondere Elternsorten für die Erzeugung von Hybridsorten).⁵⁵

3. Schwierigkeiten der Wiedergabe oder Erkennbarkeit bzw. sprachliche 36 Schwierigkeiten fehlende Unterscheidungskraft. a) Unterscheidungskraft. § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SortG nennt als Ausschlussgrund für die Eintragbarkeit einer Sortenbezeichnung deren mangelnde Unterscheidungskraft. Diese Formulierung hat keine Entsprechung in der GSortV und ist auch missverständlich. Hiermit ist jedenfalls nicht Unterscheidungskraft gemeint, wie sie im Markenrecht Voraussetzung einer Markeneintragung ist (Art. 7 Abs. 1 lit. b GMV, § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). **Funktion** der Sortenbezeichnung ist allein die **Unterscheidbarkeit einer Sorte** von anderen Sorten über ihre Bezeichnung, nicht ein Herkunfts Hinweis oder andere markenrechtliche Funktionen.⁵⁶ Die Bezeichnung muss als Gattungsbezeichnung geeignet sein und die Identifizierung der Sorte ermöglichen (Art. 20 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 Satz 1 UPOV 1991).⁵⁷

Bei diesem Verständnis stellt sich allerdings die Frage nach der eigenständigen Bedeutung von § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SortG im Verhältnis zu den Regelungen va in Nr. 1 aber auch Nr. 3 derselben Norm. In der Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 2 Satz 1 SortG 1985⁵⁸ und auch der Fassung vom 1997⁵⁹ finden sich keine Erläuterungen, warum die Formulierung so gewählt wurde. Im SortG 1968 hieß es noch in § 8 Abs. 1 Nr. 1, dass solche Bezeichnungen ausgeschlossen seien, „die die Unterscheidung der Sorte nicht ermöglichen, insbesondere Bezeichnungen, die ausschließlich aus Zahlen bestehen“. Dies wurde in § 7 Abs. 2 SortG 1985 in drei verschiedene Ziffern unterteilt, wonach ein Ausschließungsgrund vorliegt bei einer Bezeichnung, die „zur Kennzeichnung ... nicht geeignet ist“ (Nr. 1), keine Unterscheidungskraft hat (Nr. 2) oder ausschließlich aus Zahlen besteht (Nr. 3). In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu, dass Nr. 3 ein besonderer Fall der mangelnden Unterscheidungskraft sei⁶⁰; in der Gesetzes-

⁵³ Siehe hierzu im Markenrecht zB EuGH GRUR 2005, 763 – *Nestlé*, Tz. 25; EuGH GRUR Int. 2005, 823 – *Eurocermex*; Tz. 31; EuGH GRUR Int. 2005, 135 – *Mag Instrument*, Tz. 19; EuGH GRUR 2004, 943 – *SAT 1*, Tz. 24; EuGH GRUR 2004, 674 – *Koninklijke KPN Nederland*, Tz. 34; EuGH GRUR 2003, 514 – *Linde*, Tz. 41; BGH GRUR 2009, 952 – *DeutschlandCard*, Tz. 9; BGH GRUR 2009, 411 – *STREETBALL*, Tz. 8.

⁵⁴ Vgl. zum Markenrecht *Ingerl/Rohnke* Markengesetz § 8 Rn. 75; BGH GRUR 2002, 540 (541) – *OMEPRAZOK*.

⁵⁵ Enger *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und Europäisches Sortenschutzrecht, § 2 Rn. 190.

⁵⁶ So auch *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und Europäisches Sortenschutzrecht, § 2 Rn. 192; siehe zu den Unterschieden der Funktionen bereits BPatG GRUR 1975, 449 (451) – *SLW 500*; *Royon* GRUR Int. 1977, 155; *Wuesthoff* GRUR 1972, 19; *Kunhardt* GRUR 1975, 463.

⁵⁷ So auch *Keukenschrijver* Sortenschutzgesetz § 7 Rn. 13 und 28.

⁵⁸ BT-Drs. 10/816, S. 19 zu § 7 SortG.

⁵⁹ BT-Drs. 13/7038, S. 12 zu § 7 SortG.

⁶⁰ BT-Drs. 10/816 S. 19 zu § 7 SortG.

begründung zum SortG 1997 finden sich dann nur noch Erläuterungen dazu, warum § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SortG umformuliert wurde.⁶¹

38 Diese Vorschrift zur Unterscheidungskraft ist auch nicht entsprechend Art. 63 Abs. 3 lit. d GSortV (Freihaltebedürfnis) zu verstehen.⁶² Dem steht bereits die Entstehungsgeschichte der jeweiligen Normen entgegen. Eher vergleichbar ist die Regelung mit Art. 63 Abs. 2 lit. b GSortV und daher im Zusammenhang mit der Identifizierungsfunktion der Sortenbezeichnung zu sehen.

39 **Unterscheidungskraft fehlt** einer vorgeschlagenen Sortenbezeichnung danach nur, wenn **sie nicht geeignet ist, eine Sorte in einer (wieder-) erkennbaren Art und auch gegenüber anderen Sorten zu identifizieren**. Diese Vorschrift ist äußerst zurückhaltend anzuwenden und wird nur in Ausnahmefällen zu einer Beanstandung einer Sortenbezeichnung führen.

40 **b) Phantasiebezeichnungen und Codes.** Keine Schwierigkeiten bei der Erkennbarkeit als Sortenbezeichnung i. S. d. Art. 63 Abs. 3 lit. b GSortV bereiten dem Grunde nach Phantasiebezeichnungen und die weit verbreitet verwendeten Codes. Die CPVO Leitlinien differenzieren indessen bei der Bewertung, ob ein Hinderungsgrund besteht, danach, ob als Sortenbezeichnung eine Phantasiebezeichnung oder ein Code gewählt wurde (was im Antrag auch gesondert anzugeben ist). Diese Differenzierung findet hingegen keine Grundlage in der GSortV und auch nicht in den UPOV-Vorgaben. In Deutschland steht Codes als Sortenbezeichnung auch § 7 Abs. 2 Nr. 1 SortG nicht entgegen. Insbesondere sind – nach einem früheren Streit hierzu – Buchstaben-Zahlen-Kombinationen grundsätzlich als Sortenbezeichnungen zugelassen.⁶³ Anderes gilt nur dann, wenn aus der Art der Gestaltung der Phantasiebezeichnung bzw. des Codes Schwierigkeiten für ihre Erkennbarkeit als Sortenbezeichnung erwachsen.

41 **aa) Buchstabenfolgen.** Ein Hinderungsgrund i. S. d. § 7 Abs. 2 Nr. 1 SortG bzw. Art. 63 Abs. 3 lit. b GSortV kann nach Art. 3 Nr. 2. a und b CPVO Leitlinien des Gemeinschaftlichen Sortenamts⁶⁴ zB bestehen bei zu kurzen Buchstabenfolgen, namentlich bei einer Sortenbezeichnung, die aus nur einem Buchstaben besteht. Dasselbe soll für Phantasiebezeichnungen gelten, bei einer Buchstabenfolge, die kein aussprechbares Wort in einer Amtssprache der Europäischen Union ergibt. Dies entspricht im Wesentlichen der Begründung des deutschen Gesetzgebers, der sprachliche Hinderungsgründe sieht, wenn eine Sortenbezeichnung nicht aussprechbar oder merkbar ist.⁶⁵ Zugelassen werden soll eine Buchstabenfolge nach Art. 3 Nr. 2 a (ii) CPVO-Leitlinien (der sich auf Phantasiebezeichnungen bezieht), wenn es sich um eine festgelegte Abkürzung handelt; eine solche festgelegte Abkürzung muss auf maximal zwei Reihen von bis zu jeweils drei Buchstaben, die sich am Anfang/Ende der Sortenbezeichnung befinden, beschränkt sein.

42 Ihren Hintergrund dürfte diese Regelung darin haben, dass die Sortenbezeichnung die Gattungsbezeichnung der Sorte darstellt (die Sorte also über sie benannt werden soll) und weiter in dem Ursprung des Schutzes der Sortenbezeichnung als

⁶¹ BT-Drs. 72/97, S. 20 zu § 7 SortG.

⁶² So aber *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und Europäisches Sortenschutzrecht, § 2, Rn. 192.

⁶³ Siehe hierzu → Rn. 54ff.

⁶⁴ Die auch für die Anwendung des nationalen SortG anzuwenden sind, Ziff. 1 der Bekanntmachung Nr. 07/05 des Bundessortenamtes über Sortenbezeichnungen und vorläufige Bezeichnungen vom 15. 4. 2005, BlfS 2005, 203.

⁶⁵ BT-Drs. 10/816, S. 19 zu § 7, kritisch hierzu bereits zum SortG 1985 *Leßmann GRUR* 1986, 279 (281).