



European Union

Community Plant Variety Office

Aktenzeichen A 003/2004

Beschluss

In der Beschwerdesache

Ralf Schröder, D 59348 Lüdinghausen, Ahornweg 6A,

vertreten durch

Rechtsanwalt Thomas Leidereiter, D 20148 Hamburg, Rothenbaumchaussee 78,

Anmelder,

und

Gemeinschaftliches Sortenamts,

vertreten durch seinen

Präsidenten Bart Kiewiet,

weiterer Verfahrensbeteiligter,

betreffend die gemeinschaftliche Sortenanmeldung Nr. 2001/0905

Sortenbezeichnung:

SUMCOL 01

Art: Plectranthus ornatus

hat die Beschwerdekammer aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30. September 2005 durch die Vorsitzende Winkler und die weiteren Mitglieder Prof. Dr. Ullrich und Barendrecht am 2. Mai 2006 beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Tatbestand

Der Anmelder beantragte am 7. Juni 2001 gemeinschaftlichen Sortenschutz für die Sorte SUMCOL 01 der Art *Coleus canin*, *Katzenschreck*. Als Ursprungszüchter benannte er sich selbst, (so auch gegenüber dem US-Patentamt, das ihm als „Inventor“ für SUMCOL 01 am 20. Mai 2003 ein Patent erteilte, Nr.:US PP 13,843 P 2). Im Antrag gab er an, dass die Sorte bereits innerhalb, nicht aber außerhalb der Europäischen Union in Verkehr gebracht worden sei, nämlich erstmals im Januar 2001 unter der Bezeichnung „Verpiss Dich“. Im Technischen Fragebogen nannte er als Eltern der Züchtung *Coleus canin* und *Coleus ssp.* und als ähnliche Sorte *Coleus canin*, Australischer Wildtyp, sowie als Unterscheidungsmerkmal den Wuchs.

Das Amt ordnete die Sortenbezeichnung SUMCOL 01 vorläufig der Art *Plectranthus L'Hérit* zu. Am 18. Juni 2001 bat der Anmelder um Korrektur dieser Bezeichnung in *Coleus canina Hyb.*. Nach weiteren Nachforschungen über die Zuordnung der Sorte zu einer bestimmten Art wurde schließlich einverständlich festgestellt, dass SUMCOL 1 der Art *Plectranthus ornatus* angehört.

Mit der technischen Prüfung wurde das Bundessortenamt, Hannover, Deutschland, beauftragt. Als Referenzsorte der ersten Prüfungsperiode 2002 dienten zunächst Pflanzen, die H. Unger, Unger Jungpflanzen Vertriebs- und Züchtungs- GmbH, Schopfheim, als angeblich seit 1998 auf dem Markt befindlich eingesandt hatte. Diese Pflanzen hatte Unger der Art *Plectranthus comosus*, „ähnlich ornatus“ zugerechnet.

Das dem Anmelder vom Gemeinschaftlichen Sortenamte übermittelte Ergebnis wurde in dem UPOV-Zwischenbericht des Bundessortenamtes vom 28. November 2002 festgehalten. Darin heißt es: „SUMCOL 01 war in diesem Jahr nicht unterscheidbar von den als *Plectranthus ornatus* bezeichneten Pflanzen der Firma Unger. Herr Unger konnte jedoch keinen Nachweis über den seit 1998 vorgenommenen Vertrieb der Pflanzen beibringen. Die Prüfung ist 2003 erneut durchzuführen.“

Auf der Suche nach einer weiteren Referenzsorte wandte sich Dr. Menne, die zu diesem Zeitpunkt noch für *Plectranthus* zuständige Prüferin des Bundessortenamtes, am 20. März 2002 an Ernst van Jaarsveld vom Botanischen Garten Kirstenbosch, Südafrika, mit der Bitte um Überlassung von Stecklingen oder Samen von *Plectranthus comosus* oder *Plectranthus ornatus*, weil diese einer der neuen Sorten des Amtes ähnlich sein könnte. Zugleich wurde gefragt, ob Sorten dieser Art in seinem Land auf dem Markt seien.

Van Jaarsveld antwortete am 25. März 2002 durch E-Mail, dass *Plectranthus comosus* zwischenzeitlich zum Unkraut erklärt worden sei und wohl nicht mehr in Gärtnereien verfügbar sein dürfte. *Plectranthus ornatus* dagegen "is still used a lot and sold by nurseries". Da jetzt Herbst (in Südafrika) sei, werde er nach Saatgut Ausschau halten. Da keine der Sorten einheimischen Ursprungs sei, würden sie nicht im Botanischen Garten Kirstenbosch angebaut, so dass er nach Saatgut in Hausgärten Umschau halten werde („As not one are indigenous locally we do not grow them here at Kirstenbosch and I will have to check the plants in peoples gardens for seed.“)

Die weitere Korrespondenz mit van Jaarsveld führte die Nachfolgerin von Dr. Menne, H. Heine, der nunmehr für *Plectranthus* zuständigen Prüferin. Bezug nehmend auf den vorangegangenen Schriftwechsel bat sie nochmals um die Übersendung von Saatgut von *P. comosus* und *P. ornatus*, weil eine beim Amt neu angemeldete „variety of *Plectranthus comosus* (or *ornatus*, we are not sure)“ erstmals geprüft werde und Besucher darauf hingewiesen hätten, diese weiche nicht von *P. comosus* ab. Das solle überprüft werden. Sollte eine Übersendung von Saatgut von *P. comosus* und *P. ornatus* nicht möglich sein, so werde er gebeten, „these species on the basis of a photo“, das angefügt war, zu bestimmen. Schließlich wurde er gefragt, ob es möglich sei, Stecklinge zu schicken.

Am 16. Oktober 2002 teilte van Jaarsveld daraufhin mit, dass „Your plant in question is definitely *P. ornatus* Codd. I know that species very well. *P. comosus* is a large shrub with very different hairy leaves.“ Er stellte in Aussicht, mit seiner Digitalkamera *P. comosus* und *P. ornatus* „growing here in gardens“ zu fotografieren und zu senden. Bis zum 29. Oktober 2002 wurde daraus nichts, weil die Kamera zur Reparatur musste. Daraufhin bat Heine van Jaarsveld um Pflanzgut von *P. ornatus* und, wenn möglich auch *P. caninus* (Saat oder Stecklinge, mit oder ohne Wurzeln), weil der DUS-Test 2003 erfolgen solle. Hierauf erklärte sich van Jaarsveld am

2. Dezember 2002 bereit, „live cuttings or rooted plants“ per Luftpost zu schicken. Gleichzeitig entschuldigte er sich dafür, dass er noch keine Fotos habe machen können, da seine Kamera immer noch in Reparatur sei. Am 12. Dezember 2002 trafen die Stecklinge ein. Einige hatten, wohl bedingt durch die Kälte, nicht überlebt. Die Stecklinge stammten aus dem Hausgarten von van Jaarsveld.

Mit Schreiben vom 7. August 2003 teilte das Gemeinschaftliche Sortenamnt dem Anmelder mit, das Bundessortenamt habe festgestellt: „Es zeigen sich Mängel in der Unterscheidbarkeit zu der in Prüfung stehenden Pflanzen aus dem Botanischen Garten Kirstenbosch“. (Tatsächlich stammten die Pflanzen - unstreitig - aus dem Hausgarten von van Jaarsveld). Das Schreiben enthielt ferner die Nachricht, dass Heine berichtet habe, dass der Anmelder bei der Besichtigung des Prüffeldes seine Sorte SUMCOL 1 nicht habe erkennen können.

Im September 2003 äußerte sich der Anmelder dazu. Seine Stellungnahme gründete sich zum einen auf die Ergebnisse seiner Erkundungsreise nach Kapstadt (Südafrika), die er vom 29. August bis 1. September 2003 zusammen mit dem nunmehr als Ursprungszüchter benannten Steffen Karl Stegmaier unternommen habe, um den Ursprung der Vergleichspflanzen selbst zu ermitteln. Zum anderen bezog sie sich auf seinen Besuch vom 15. September 2003 im Botanischen Garten Brüssel.

Der abschließende UPOV-Bericht über die Technische Prüfung des Bundessortenamtes vom 9. Dezember 2003 wurde dem Anmelder mit Schreiben des Gemeinschaftlichen Sortenamtes vom 15. Dezember 2003 übermittelt. Aus ihm ergibt sich die Feststellung der mangelnden Unterscheidbarkeit der Kandidatensorte SUMCOL 1 von der Referenzsorte *P. ornatus* Südafrika (van Jaarsveld).

In seiner Stellungnahme dazu stützte sich der Anmelder im wesentlichen auf die bereits vorgebrachten Argumente.

Mit Beschluss (Nr. R 446) vom 19. April 2004 wies das Gemeinschaftliche Sortenamnt den Antrag des Anmelders auf Erteilung des Sortenschutzes für SUMCOL 01 wegen mangelnder Unterscheidbarkeit gemäß Art. 7 der Verordnung 2100/94 zurück.

Mit Schriftsatz vom 11. Juni 2004, am selben Tag per Fax und am 18. Juni per Post beim Gemeinschaftlichen Sortenamt eingegangen, legte der Anmelder Beschwerde gegen diese Entscheidung ein. Die Begründung wurde rechtzeitig eingereicht und die Gebühren fristgerecht gezahlt.

Zur Prüfung der Frage, ob eine Abhilfe in Betracht komme, trat das Amt nochmals an van Jaarsveld heran. Dieser gab am 8. Oktober 2004 folgende Auskunft:

“...Plectranthus ornatus was described in Dr L.E. Codd’s “Plectranthus and allied genera in southern Africa” (Bothalia 11, 4: page 393-394 (1975). Dr Codd in his diagnoses states “Grows over rocks in semi-shade at altitudes of 1000 and 1500 m from Ethiopia to Tanzania. Cultivated and semi naturalized in South Africa”. I can thus state and confirm with Dr Codd that this plant have been in our local nursery trade for more that 30 years. By 1975 the plant have already extensively used and traded, but under the name P. neochilus. Plectranthus ornatus is today found in gardens all over South Africa and well spread in the horticultural trade...”.

Auf weitere Fragen des Amtes vom 13. Oktober nach Erwerbssort und –datum der übersandten Stecklinge, Belegen dafür, alternativen Erwerbsquellen und einer möglichen Herkunft des Pflanzenmaterials aus Europa sowie der Literaturstelle Dr. Codd antwortete van Jaarsveld am 15. Oktober 2004 wie folgt: “...The plants in question were not bought – it is a common clone people all over Cape Town and RSA grow. The plants I sent them were from my private garden (I live and work at Kirstenbosch Botanical Gardens), I got a cutting some years back from a friends garden in Plumstead which were spread by the hort. trade. We even used to grow it in our Botanical Gardens under the name P. neochilus, however since we found out that it is an alien we have eradicated it from Kirstenbosch Botanical Gardens as we only grow RSA plants. This clone is available from nurseries all over RSA and have been in our hort. trade since the early seventies. I have been working with Plectr. for many years and well acquainted with this clone; it is not grown from seed and thus all from the same genetic source, thus a single clone.

I will send you a copy of the relevant pages from Dr Codd...”.

Die fragliche Literaturstelle befindet sich in den Akten (Bothalia 11, 4: 371-442 (1975) Außerdem hatte sich das Amt an Experten des südafrikanischen Landwirtschaftsministeriums unter Bezugnahme auf die Stellungnahmen von van Jaarsveld mit der Frage gewandt, ob sie genauere Informationen über die

Allgemeinerhältlichkeit von *Plectranthus ornatus* geben könnten. Hierauf hat das Amt von J. Sadie am 2. November 2004 folgende Antwort erhalten: „...I have been in contact with another *Plectranthus* expert, Dr Gert Brits who is also a breeder.

Firstly, *Plectranthus* is one of the genera in the work field of Mr Ernst van Jaarsveld for many years; therefore he is really the expert with regard to this genus and you can believe his information.

Secondly, *Plectranthus ornatus* is a species of tropical African origin (Tanzania and Kenya). This species is very similar to the South African species, *P. neochilus*, the differences are the longer inflorescence of the latter and the rounded leaf tip of *P. ornatus*. It seems that nurseries get mixed up with the 2 species. As the nurserymen are mostly not qualified botanists, they take the word of others for identification of plants and also very few will know the fine distinction made between species like these two.

There are herbarium specimens of *P. ornatus* in the Pretoria Herbarium which were collected from a garden in 1960. Confirmation of herbarium specimens collected from naturalised and garden plants in South Africa is in the recent publication of Dr HF Glen, "Cultivated Plants of southern Africa – names, common names, literature", 2002, p. 326.

The publication by LE Codd in 1975, "*Plectranthus* (Labiatae) and allied genera in southern Africa", *Bothalia* 11(4):371-442 refers to *P. ornatus* as cultivated and semi-naturalised in South Africa. This is confirmed by Andrew Hankey in his article in *Plantlife* No 21, September 1999, "The genus *Plectranthus* in South Africa: diagnostic characters and simple field keys", p. 8-15.

Fact is, this species originates from Africa, and if plants, even from a private garden are indistinguishable from a variety submitted for plant breeders' rights, it means that the "variety" is not unique....."

Das Amt half der Beschwerde nicht ab und leitete das Verfahren der Beschwerdekammer zur Entscheidung zu.

Dem Antrag des Beschwerdeführers auf Einsicht in die Akten des Bundessortenamtes wurde stattgegeben.

Auf entsprechenden Hinweis der Beschwerdekammer erklärte der Beschwerdeführer, er habe sich als Züchter ausgegeben, weil der Züchter Stegmeier damit einverstanden gewesen sei, dass er (der Beschwerdeführer) die Anmeldung im eigenen Namen tätige. Daraufhin übertrug der Züchter Stegmeier sein Recht auf Erteilung des gemeinschaftlichen Sortenschutzes an der Plectranthussorte SUMCOL 01 und sein Recht, die streitgegenständliche Anmeldung auf sich übertragen zu lassen, auf den Beschwerdeführer. Dieser hat die Übertragungen angenommen.

Die Vertragsurkunden vom 7.10./10.10.2005 wurden innerhalb der gesetzten Frist zur Akte gereicht.

Der Beschwerdeführer trug in der mündlichen Verhandlung unter Bezugnahme auf sein Vorbringen vor dem Amt und in den Schriftsätzen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vor:

- Sein Besuch im Botanischen Garten Brüssel habe zum Beleg der Existenz von *Plectranthus ornatus* und deren Unterscheidbarkeit von SUMCOL 01 geführt. Er verweise auf dem Gemeinschaftlichen Sortenamt bereits zugesandtes Bildmaterial. Aus diesem ergebe sich zweifelsfrei, dass sich die Ornatus - Pflanzen aus Brüssel deutlich von SUMCOL 01 unterscheiden.

Beweis: Augenschein und Zeugen

Er rüge, dass das Amt dieses Material nicht berücksichtigt habe.

- Sein Besuch zusammen mit dem Ursprungzüchter Stegmeier in Südafrika habe ergeben, dass die als *Plectranthus ornatus* bezeichneten Pflanzen nicht dem Botanischen Garten Kirstenbosch oder sonst einem Botanischen Garten entstammen konnten, weil sie als nicht heimisch (alien) dort nicht gepflanzt würden. Im Botanischen Garten habe er nur Flächen ausgemacht, auf denen andere *Plectranthus*-Arten gewachsen seien, auch *P. neochilus*, der SUMCOL 01 sehr ähnlich sei. Besuche in mehreren Gartencentern, die *Plectranthus*-Arten, aber nie *P. ornatus*, sondern nur *P. neochilus* führten, hätten gezeigt, dass *P. ornatus* jedenfalls nicht allgemein erhältlich sei. Auch van Jaarsveld habe auf einer Landkarte

keine Fundstellen zeigen können, während er dies für andere *Plectranthus*arten habe tun können.

Seine Bezugsquelle (Hausgarten eines Freundes) sei fragwürdig. Auch widerspreche van Jaarsvelds Behauptung, die Pflanzen seit vielen Jahren im Garten zu haben, seinen, des Beschwerdeführers, Beobachtungen, nach denen die Pflanzen dort höchstens ein Jahr alt gewesen seien.

- Bei den Vergleichspflanzen aus dem Garten von van Jaarsveld könne es sich also nicht um eine *Plectranthus ornatus*-Sorte gehandelt haben. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass die Pflanzen SUMCOL 01 gewesen seien, denn er habe nach der Schutzrechtsanmeldung mit der Vermarktung dieser seiner Sorte in mehreren Ländern begonnen, und seine Sorte sei auch in Südafrika erhältlich gewesen.

Beweis: Theo Grünewald, Jungpflanzen Grünewald

Außerdem beziehe er sich zum Beweis der Bekanntheit von SUMCOL 01 in Südafrika auf einen Schriftwechsel vom Frühjahr 2002, den seine Firma mit einer südafrikanischen Firma, Alba-Atlantis Dassenberg, über ein Ersuchen um einen Versuchsanbau von SUMCOL 01 geführt habe. Ein Vertragsschluss sei dann aber daran gescheitert, dass Alba-Atlantis nur an 125 Stecklingen interessiert gewesen sei, seine Firma aber eine Mindestabnahme von 5000 Stecklingen verlangt habe.

- Auch bestünden Zweifel an der Unparteilichkeit von van Jaarsveld. Dieser habe berichtet, er habe ein Buch über *Plectranthus* geschrieben, das er gerne in Europa verkaufen wolle, und da sein (des Beschwerdeführers) Jungpflanzenunternehmen auch *Plectranthus* verkaufe, wäre es doch interessant, wenn es als Sponsor das Buch mit auf den Markt bringen würde. Van Jaarsveld habe an einen Beitrag von rund 3.000,- bis 4.000,- € gedacht. Dafür sollte das Logo seines Unternehmens auf den Einband kommen. Er habe das Ansinnen abgelehnt.

Beweis: Zeuge van Jaarsveld und Parteivernehmung

- Sodann bezweifele er die Sachkunde von van Jaarsveld. Wie sich aus dem Schreiben von Sadie vom südafrikanischen Landwirtschaftsministerium ergebe, werde *Plectranthus ornatus* trotz gewisser Unterschiede leicht mit *P. neochilis* verwechselt. Entgegen der Darstellung von van Jaarsveld handle es sich um zwei unterschiedliche Arten und nicht um abweichende Bezeichnungen derselben Art, und *P. ornatus* sei auch nach diesem Schreiben gerade nicht allgemein erhältlich. Wenn van Jaarsveld, der selbst den Artikel von Codd eingereicht habe, in dem die Unterschiede beschrieben seien, beide Arten nicht unterscheiden könne, lasse dies Zweifel an seiner Sachkunde aufkommen. Solche Zweifel würden dadurch verstärkt, dass van Jaarsveld auch betreffend *P. comosus* die Kenntnis fehle, denn er habe behauptet, *P. comosus* dürfe in Südafrika nicht länger verkauft werden, während es sich dabei doch, zufolge des genannten Artikels von Codd, nur um eine andere Bezeichnung für *P. ornatus* handele. Schließlich seien die Äußerungen von van Jaarsveld widersprüchlich, denn in der besagten E-Mail vom März 2002 wolle er nach Saatgut für *Plectranthus ornatus* suchen, während er in der E-Mail vom 15. Oktober angebe, dass es sich bei der Pflanze um einen Klon handle, der nicht durch Samen vermehrt werde.

- Ferner mache er geltend, dass SUMCOL 01 ohne Verwendung von *Plectranthus ornatus* aus Südafrika gezüchtet worden sei.

Beweis: Dieter Stegmeier

Auf die entsprechende eidesstattliche Versicherung dieses Zeugen nehme er Bezug.

- Sodann weise er den Entscheidungsgrund mangelnder Unterscheidbarkeit als widersprüchlich zurück, weil die Referenzsorte tatsächlich SUMCOL 01 gewesen sei.

Beweis: Karl Stegmeier und Parteivernehmung

- Soweit geringfügige, auf den ersten Blick nicht bemerkbare Unterschiede zwischen seiner Kandidatensorte SUMCOL 01 und der „Referenzsorte“ SUMCOL 01 aus Südafrika festgestellt worden seien, könne es sich dabei nur um umweltbedingte (z.B. Klima), nicht jedoch um genetisch bedingte Einflüsse gehandelt haben. Auch

daraus sei zu folgern, dass die Referenzsorte aus dem Hausgarten von van Jaarsveld seine Sorte SUMCOL 01 gewesen sein müsse.

- Da bei der technischen Prüfung einerseits nur ein „Vergleich“ identischer Sorten, nämlich von SUMCOL 01 erfolgt sei, andererseits SUMCOL 01 von allen anderen Sorten deutlich unterscheidbar sei (Brüssel), und schließlich weitere vor dem Antragstag bekannte Sorten nicht vorhanden seien, bleibe für eine weitere Prüfung kein Raum, sondern es sei Sortenschutz für SUMCOL 01 zu erteilen.

- Seine anfängliche Mutmaßung, bei den von van Jaarsveld zur Prüfung übersandten Stecklinge aus seinem Hausgarten habe es sich um solche der Art von *P. neochilus*, die SUMCOL 01 sehr ähnlich sei, gehandelt, halte er nicht mehr aufrecht.

- Er rüge, dass er vor der Entscheidung des Amtes, der Beschwerde nicht abzuhelpfen, nicht gehört worden sei.

Er sei nunmehr auch berechtigt, Sortenschutz zu beantragen und das Recht zu erwerben, nachdem der Züchter sein Recht auf ihn übertragen habe wie auch seine (des Züchters) Ansprüche auf Abtretung der unberechtigten Anmeldung.

Der Beschwerdeführer beantragte,

den Beschluss über die Zurückweisung des Antrags Nr. 2001/0905 vom 7. Juni 2001 auf Erteilung gemeinschaftlichen Sortenschutzes für die Sorte SUMCOL 01 aufzuheben und für die Sorte SUMCOL 01 gemeinschaftlichen Sortenschutz zu erteilen;

hilfsweise,

den Beschluss aufzuheben und das Amt zu verpflichten, über den Antrag erneut zu entscheiden.

Das Amt beantragte,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Das Amt trug vor,

- es könne ausgeschlossen werden, dass SUMCOL 01 aufgrund eines Exports nach Südafrika in den Hausgarten von van Jaarsveld gelangt sei. Bei den von van Jaarsveld übersandten Stecklingen habe es sich daher um eine ordnungsgemäße Vergleichssorte gehandelt. Das ergebe sich auch daraus, dass die festgestellten - allerdings im Sinne von Art. 7 der Verordnung 2100/94 nicht deutlichen - Unterschiede eindeutig genetisch bedingt seien. Wie sich aus der Korrespondenz zwischen Heine und van Jaarsveld ergebe, hätten von den übermittelten Stecklingen 4 nicht überlebt. Wenn Pflanzen aus anderen Klimazonen stammten, sei es üblich, erneut Stecklinge zu ziehen, um umweltbedingte Unterschiede auszuschließen. Das sei auch hier geschehen. Überdies sei es auch wegen des Absterbens einiger Stecklinge notwendig gewesen, neue Stecklinge zu ziehen, um eine ausreichende Anzahl an Vergleichspflanzen zu haben.

- Es stehe außer jedem Zweifel, dass van Jaarsveld ein Experte mit langjähriger Erfahrung auf dem Gebiet *Plectranthus* sei. Es sei abwegig, ihm mangelnde Kompetenz vorzuwerfen oder seine Glaubwürdigkeit anzuzweifeln.

- Es sei unstrittig, dass die Stecklinge aus dem Garten von van Jaarsveld stammen und nicht, wie irrtümlich angegeben, aus dem Botanischen Garten Kirstenbosch.

- Es sei zweifelhaft, ob der Beschwerdeführer, der ursprünglich nicht zur Anmeldung berechtigt war, durch die Übertragung des Züchterrechts in die Rechte der Anmeldung einschließlich der Priorität eingetreten sei. Die Verordnung lasse erkennen, dass ein Anmelder, der sich wahrheitswidrig als Züchter und damit als anmeldeberechtigt ausbebe, nicht mit dem Sortenschutzrecht belohnt werden dürfe.

In der mündlichen Verhandlung hat Frau Heine den Vortrag des Amtes bestätigt, dass Stecklinge aus anderen Klimazonen nicht direkt zum Vergleich herangezogen werden. Vielmehr werde in solchen Fällen eine neue Generation erzeugt, um umweltbedingte Abweichungen auszuschließen. Außerdem habe die Anzahl der

übersandten Stecklinge nicht mehr zum Vergleich ausgereicht, nachdem einige abgestorben waren.

Die Beschwerdekammer hatte einen Beweisbeschluss erlassen zur Frage der Identität der Referenzsorte. Von der Ausführung wurde abgesehen.

Gründe

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet, denn der Beschwerdeführer hat weder einen Anspruch auf Erteilung des gemeinschaftlichen Sortenschutzes (Hauptantrag) noch auf Zurückverweisung des Verfahrens zu erneuter Entscheidung durch das Amt (Hilfsantrag).

1. Anmeldeberechtigung

Der Beschwerdeführer ist nunmehr, zum Zeitpunkt der Entscheidung, berechtigt, die Anmeldung ohne Einbuße des ursprünglich festgestellten Antragstages zu tätigen. Bei der Anmeldung lag diese Voraussetzung noch nicht vor.

Gemäß Art. 11 Abs. 1 VO 2100/94 steht das Recht auf den Sortenschutz nur dem Züchter oder seinem Rechtsnachfolger zu. Der Anmelder ist unstreitig nicht der Züchter. Im Anmeldezeitpunkt war er auch nicht Rechtsnachfolger des Züchters. Die Zustimmung des Züchters zur Anmeldung durch den Beschwerdeführer im eigenen Namen führte daher noch nicht zur Anmeldeberechtigung. Die Rechtsnachfolge in die Stellung des (berechtigten) Anmelders oder Schutzrechtsinhabers hat durch rechtsgeschäftliche Übertragung schriftlich zu erfolgen, andernfalls ist sie nichtig (Art. 23,26 VO 2100/94).

Die Übertragung des Rechts auf Erlangung des Sortenschutzes erfolgte am 10. Oktober 2005. Die Übertragung führte zu einem Rechtsübergang ex nunc, also mit Wirkung ab 10. Oktober 2005. Gleichzeitig hatte der Züchter seinen gegen den Beschwerdeführer bestehenden Anspruch auf Übertragung des Antragsrechts an

diesen abgetreten (Art. 98 Abs. 1,4 VO 2100/94). Damit steht dem Beschwerdeführer auch die Priorität des Antragstages zu.

Dem stehen im vorliegenden Fall keine Hindernisse entgegen. Zwar kommt in der Verordnung zum Ausdruck, dass ein nichtberechtigter Anmelder keinen Sortenschutz erwerben und kein nichtberechtigter „Schutzrechtsinhaber“ den Schutz behalten darf. Nach Art. 20 VO 2100/94 wird das Schutzrecht des Nichtberechtigten ex tunc (von Anfang an) vom Amt für nichtig erklärt, es sei denn, der Nichtberechtigte überträgt sein (Schein-) Recht auf den Berechtigten. Dieser erhält es im geschützten Umfang. Der Berechtigte kann vom Nichtberechtigten gemäß Art. 98 VO 2100/94 die Abtretung der Anmeldung bzw. des Schutzrechts verlangen. Dies hat binnen der in Absatz 3 genannten Frist, die hier noch nicht abgelaufen war, zu geschehen. In diesem Fall tritt der Berechtigte in die Rechtsposition ein, die der Nichtberechtigte geschaffen hat, insbesondere bleibt dem Berechtigten auch die Priorität erhalten. Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Berechtigte, der die Anmeldung oder das Schutzrecht im Wege der Übertragung vom Nichtberechtigten erworben hat, die Anmeldung oder das Schutzrecht anschließend an einen beliebigen Dritten, der daher auch der ursprünglich Nichtberechtigte sein kann, überträgt. Für eine rechtsmissbräuchliche Manipulation zulasten des Berechtigten oder der Allgemeinheit, die ausnahmsweise die Nichtigkeit der Übertragung zur Folge hätte haben können, liegen keine Anhaltspunkte vor.

2. Hauptantrag

Gemäß Art. 6 VO 2100/94 wird gemeinschaftlicher Sortenschutz erteilt für Sorten, die nicht nur homogen, beständig und neu sind, sondern auch unterscheidbar.

Nach Art. 7 der VO wird eine Sorte als unterscheidbar angesehen, wenn sie sich in der Ausprägung der aus einem Genotyp oder einer Kombination von Genotypen resultierenden Merkmale von jeder anderen Sorte, deren Bestehen an dem gemäß Art. 51 der VO festgelegten Antragstag allgemein bekannt ist, deutlich unterscheiden lässt.

Die Feststellungen des mit der technischen Prüfung beauftragten Bundessortenamtes haben im Rahmen einer ersten Vergleichsprüfung mit einer Sorte der Firma Unger

keine deutliche Unterscheidbarkeit gezeigt. Dieses Ergebnis konnte die Zurückweisung der Anmeldung allerdings nicht tragen, da nicht nachweisbar war, dass die Vergleichssorte „Unger“ bereits am Antragstag allgemein bekannt war.

Auch die nächste Prüfung mit der Sorte aus dem Hausgarten von van Jaarsveld ergab, dass sich die Kandidatensorte SUMCOL 01 nicht deutlich von der Referenzsorte unterschied. Das wird vom Anmelder nicht bestritten, da er die Auffassung vertritt, dass beide Sorten identisch sind. Tatsächlich hat er auf dem Prüffeld auch keine Unterschiede wahrgenommen. Soweit ganz geringfügige Unterschiede vorhanden waren, führte er diese auf umweltbedingte Einflüsse zurück, nicht aber auf genetisch bedingte.

Wird zugunsten des Beschwerdeführers die Richtigkeit dieser Behauptung unterstellt, kommt eine Sortenschutzerteilung schon deshalb nicht in Betracht, weil es an einem Vergleich der Kandidatensorte mit einer Referenzsorte fehlt. Ein solcher ist aber grundsätzlich, - wenn es, wie hier, eine Referenzsorte gibt - Voraussetzung für die Schutzrechtserteilung. Daher ist eine Vergleichsprüfung selbst dann nicht entbehrlich, wenn zugunsten des Beschwerdeführers unterstellt wird, dass sich die zu *P. ornatus* gehörende Pflanze im Botanischen Garten in Brüssel deutlich von der Kandidatensorte unterscheidet, denn *P. ornatus* ist eine Art, zu der viele Sorten oder potenzielle Sorten gehören können oder könnten, von denen einige sich von SUMCOL 01 deutlich unterscheiden mögen, andere aber nicht.

Die Behauptung des Beschwerdeführers, Sortenschutz müsse erteilt werden, weil es keine Referenzsorte gebe, ist nicht überzeugend. Sowohl aus dem Akteninhalt als auch aus der Bekundung des Beschwerdeführers selbst, *P. neochilus* sei SUMCOL 01 sehr ähnlich, ergibt sich, dass die Vielzahl der *Plectranthus*-Arten (u.a. *P. neochilus*, *P. ornatus*) Sorten hervorbringen können, die untereinander so ähnlich sind, dass sie nicht im Sinne von Art. 7 VO 2100/94 deutlich unterscheidbar sind. Diese Behauptung ist wohl nur daraus erklärbar, dass der Beschwerdeführer anfänglich irrtümlich annahm, dass eine Vergleichssorte derselben Art anzugehören habe wie die Kandidatensorte. Das erklärt dann auch, dass er seine anfängliche Behauptung, die Vergleichssorte hätte auch eine von der Art *P. neochilus* sein können, nicht mehr aufrecht gehalten hat, da die Konsequenz ohne weiteres die

Zurückweisung der Anmeldung wegen mangelnder Unterscheidbarkeit gewesen wäre.

3. Hilfsantrag

a) Referenzsorte

Die Prüfung erfolgte mit der aus dem Hausgarten von van Jaarsveld stammenden Referenzsorte *Plectranthus ornatus* Südafrika. Diese ist nicht mit SUMCOL 01 identisch.

Es erscheint nach der Lebenserfahrung ausgeschlossen, dass SUMCOL 01 in den Hausgarten von van Jaarsveld gelangt ist.

Soweit der Beschwerdeführer Theo Grünewald als Zeugen dafür benennt, dass SUMCOL 01 in Südafrika erhältlich gewesen sei, entbehrt dieses Beweisangebot jeglicher Spezifizierung. Es fehlt an Angaben dazu, aus welchen konkreten Umständen der Zeuge entsprechende Kenntnisse hatte. Dieser Zeuge sollte wohl auch nur den bei den Akten befindlichen Vertrag zwischen Grünewald und Alba-Atlantis bestätigen. Sein Inhalt ist indes nicht geeignet, die Behauptung, SUMCOL 01 sei in Südafrika erhältlich, zu stützen. Ganz im Gegenteil:

Dieser Vertrag ist als „Testing Agreement“ bezeichnet. „Testing“ umfasst im allgemeinen Geschäftsleben gerade noch keine Vermarktung. Dementsprechend heißt es auch in der Vereinbarung, dass das übermittelte bzw. noch zu übermittelnde Zuchtmaterial im Eigentum von Grünewald verbleibt und ausschließlich zu Testzwecken bestimmt ist („...shall be used only for test purposes“). So wurde auch verboten, das Material an Dritte weiterzugeben („Reproduction and/or cultivation-gearred processing of supplied material or passing it to third parties are not permissible“). Alba sollte alle Ergebnisse der Tests an Grünewald mitteilen. Es war Alba untersagt, die Ergebnisse zu veröffentlichen oder an Dritte weiterzugeben (“The test results may neither be published or passed on to third parties without explicit authorisation of GRÜNEWALD”). Erst nach erfolgreichen Tests wurde ein Lizenzvertrag zum Zwecke der Vermarktung ins Auge gefasst („A licensing agreement shall be concluded with GRÜNEWALD where commercial utilisation of the material is envisaged after testing“). Soweit ist es jedoch nicht gekommen, da sich die Parteien nicht über die Menge des Materials einigen konnten. Der Vertrag, der

typischerweise ein Geheimhaltungsabkommen beinhaltet, lässt nicht den Schluss zu, dass durch diese Geschäftsbeziehung SUMCOL 01 auf den Markt gelangt ist. Jedenfalls hat der Beschwerdeführer keine Umstände für eine Verletzung der Geheimhaltungsverpflichtung durch Alba vorgetragen. Überdies ist auch nicht dargelegt, - falls Alba sein Schweigegebot gebrochen haben sollte - wie das Pflanzgut gerade in den Garten von van Jaarsveld gelangt sein sollte. Es fehlt an Angaben darüber, aus welchen Gründen van Jaarsveld als Empfänger in Betracht gekommen wäre.

Soweit der Vortrag des Beschwerdeführers dahin gehen soll, dass SUMCOL 01 auch in Südafrika vertrieben wurde, fehlt es an spezifizierten Angaben darüber, ob, wann und an wen die Sorte nach Südafrika und schließlich in den Garten von van Jaarsveld gelangt sein könnte.

Dass es sich bei der Referenzsorte nicht um die Kandidatensorte handelte, wird erhärtet durch die Vergleichsprüfung beim Bundessortenamt. Es gehört zum Stand der Technik der Prüfung, dass Stecklinge von Referenzsorten aus anderen Klimazonen erst am Ort der Prüfung vermehrt werden, bevor sie zum Vergleich herangezogen werden, um umweltbedingte Einflüsse (Klima, Standort) auszuschließen. Das gilt umso mehr, wenn ein Teil der Stecklinge den Prüfungsort nicht gesund und lebendig erreicht, da eine Mindestzahl an Pflanzen zur Vergleichsprüfung erforderlich ist. Anhaltspunkte dafür, dass gegen diesen Grundsatz verstoßen wurde, liegen nicht vor. Sie wurden auch nicht geltend gemacht.

Dem steht nicht entgegen, dass SUMCOL 01 ohne Verwendung von *Plectranthus ornatus* Südafrika gezüchtet worden ist. Wie oben dargelegt, schließt die Vielfalt der *Plectranthus*-Arten es nicht aus, dass auch ohne Verwendung von *Plectranthus ornatus* Südafrika Sorten zustande kommen, die *Plectranthus ornatus* Südafrika sehr ähnlich sind.

b) Allgemeine Bekanntheit am Antragstag

Unstreitig ist *P. ornatus* in Südafrika nicht heimisch („alien“). Deshalb werden Sorten dieser Art in Botanischen Gärten nicht zur Schau gestellt. Daraus folgt aber nicht, dass Sorten dieser Art nicht in Südafrika erhältlich sind. Auch „aliens“, also nicht

heimische Pflanzen, die in der Fremde gut vermehrbar und anpassungsfähig sind, erfreuen sich wegen ihrer Exotik großer Beliebtheit.

Der Beschwerdeführer hat in Südafrika allorten *P. neochilus* angetroffen, der nach seinem Bekunden SUMCOL 01 „sehr ähnlich“ ist. Wie insbesondere Sadie vom südafrikanischen Landwirtschaftsministerium dargelegt hat, - ähnlich auch van Jaarsveld in seiner Nachricht vom 8. Oktober 2004 - werden die beiden Arten *P. ornatus* und *P. neochilus* wegen ihrer großen Ähnlichkeit oft verwechselt, was dazu geführt hat, dass auch *P. ornatus* von den nicht wissenschaftlich ausgebildeten Angestellten von Gartenbetrieben unter *P. neochilus* angeboten wird. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass der Beschwerdeführer auch *P. ornatus* angetroffen hat, wenn auch unter der Bezeichnung *P. neochilus*. Das stimmt dann mit den Bekundungen von van Jaarsveld und Sadie und deren Referenzen (u.a. Codd, Brits, Glen) überein, dass *P. ornatus* seit langem in Südafrika vorkommt.

Sadie nimmt u.a. Bezug auf das Pretoria Herbarium, das *P. ornatus* hält und die Pflanzen bereits 1960 aus einem Garten bezogen habe. Außerdem verweist sie auf die Experten Dr.L.E. Codd und Andrew Hankey, die beide in Veröffentlichungen von 1975 bez. 1999 beschrieben hätten, dass *P. ornatus* - ursprünglich in Äthiopien und Tansania beheimatet - in Südafrika „cultivated and semi-naturalised“ seien.

Van Jaarsveld bezieht sich auf seine eigenen langjährigen Forschungen und auf eine Beschreibung von Dr. L.E. Codd., wonach *P. ornatus* seit Jahrzehnten in Südafrika öffentlich zugänglich sei. Wenn van Jaarsveld dann in seiner Email vom 15. Oktober 2002 erklärt, die übersandten Stecklinge aus seinem Garten stammten aus einem Garten eines Freundes in Plumstead und dass solche Pflanzen einst unter der Bezeichnung *P. neochilus* in Botanischen Gärten gewachsen seien, kann damit nur ausgedrückt sein, dass es sich bei den übersandten Stecklingen um solche der Art *P. ornatus* wie sie in Südafrika kultiviert sind, gehandelt hat.

c) Sachkunde

Es bestehen keine Zweifel an der Sachkunde von van Jaarsveld. Er ist dem Amt und dem südafrikanischen Landwirtschaftsministerium als erfahrener Experte in Sachen *Plectranthus* bekannt. Seine fachlichen Äußerungen sind nicht anfechtbar. Der Umstand, dass Codd im Jahre 1975 *P. comosus* und *P. ornatus* für identische Arten hielt, während van Jaarsveld 2002 darin zwei verschiedene Arten sieht, spricht nicht

gegen seine Sachkunde. Codd erwähnt selbst, dass sich die Unterschiedlichkeit von *P. caninus*, *P. neochilus* und *P. ornatus* (= *comosus*) bei enger Verwandtschaft sich nur aus dem „floral character“ ableiten lasse. Wie die Vorschläge des Beschwerdeführers und des Amtes zeigen, war es im vorliegenden Fall nicht einfach, eine bestmögliche Zuordnung der Kandidatensorte zu einer bestimmten Art zu finden. Gewisse Abweichungen in der Zuordnung durch verschiedene Wissenschaftler sind im Rahmen fortschreitender Forschung und im Hinblick auf die Lebendigkeit von Pflanzen nicht ungewöhnlich. Auch das Amt war sich zunächst nicht klar, ob die Kandidatensorte *P. ornatus* oder *P. comosus* zuzuordnen sei (Heine an van Jaarsveld: „...This year we tested a variety of *Plectranthus comosus* (or *ornatus*, we are not sure) for the first time.“. Aus diesem Zweifel ergibt sich ebenfalls die Annahme des Bundessortenamtes, dass es sich um zwei verschiedene, wenn auch sehr verwandte Arten handelt.

Van Jaarsveld hat auch nicht behauptet, dass *P. ornatus* und *P. neochilus* identische Arten seien, sondern nur, wie Sadie, dass beide Sorten unter der Bezeichnung *P. neochilus* liefen bzw. noch laufen.

Dass van Jaarsveld anfänglich nach Samen Ausschau halten wollte, beruhte darauf, dass er vom Bundessortenamt ausdrücklich danach gefragt wurde. (Die Versendung von Samen ist weniger aufwendig als die von Stecklingen).

Es ist auch nicht widersprüchlich, wenn van Jaarsveld angegeben hat, dass es sich bei der Pflanze um einen Klon handele, die nicht durch Samen vermehrt worden sei. Damit sagt er nicht, dass die Pflanzen nicht auch durch Samen vermehrt werden könnten. Um auszuschließen, dass Mutationen erfolgt sein könnten, die ein anderes Erscheinungsbild hätten liefern können, war es wichtig zu betonen, dass es sich bei den fraglichen Vergleichspflanzen um Klone handelte.

d) Glaubwürdigkeit

Es bestehen auch keine Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Bekundungen von van Jaarsveld. Sie stimmen mit den anderen Auskünften im wesentlichen überein.

Aus der Bitte von van Jaarsveld, der Beschwerdeführer möge mit einem finanziellen Beitrag eine Buchveröffentlichung von van Jaarsveld sponsern, abzuleiten, van Jaarsveld sei gegen den Beschwerdeführer eingenommen, ist abwegig. Diese

Bitte erfolgte zu einem Zeitpunkt, als van Jaarsveld die Stecklinge längst an das Bundessortenamt geliefert hatte. Selbst wenn van Jaarsveld über die Ablehnung seiner Bitte enttäuscht gewesen sein sollte, bestand keine Möglichkeit mehr, dem Bundessortenamt böswillig Stecklinge von SUMCOL 01 zu schicken, um eine negative Entscheidung zur Unterscheidbarkeit herbeizuführen. Eine Bitte um finanzielle Unterstützung ist keineswegs unschicklich, sondern üblich, da solche Werke in der Regel nur durch Finanzierung des Autors verlegt werden. Als Gegenleistung sollte das Logo des Unternehmens des Beschwerdeführers auf dem Einband erscheinen, was eine wirksame Werbung hätte sein können. Hier zeigte sich vielmehr, dass van Jaarsveld Respekt vor der Leistung des Unternehmens des Beschwerdeführers hatte.

Es liegen auch sonst keine Anhaltspunkte dafür vor, dass van Jaarsveld zum Nachteil des Beschwerdeführers auf das Verfahren Einfluss genommen hätte. Allerdings ist zuzugeben, dass van Jaarsveld in seiner letzten Email, die Herkunft der Stecklinge betreffend, sich hätte präziser ausdrücken können. Aus dem Gesamtzusammenhang ist seine Stellungnahme aber für die Beschwerdekammer dahin klar geworden, dass es sich bei den Pflanzen aus dem Garten des Freundes und denen aus dem Hausgarten von van Jaarsveld um eben jene handelte, die seit vielen Jahren im Lande wuchsen und unter der Bezeichnung P. ornatus oder - irrig - P. neochilus erhältlich waren.

Dem steht nicht entgegen, dass der Beschwerdeführer im Garten von van Jaarsveld junge Pflanzen angetroffen hat. Das Wachstum von wuchernden Plectranthusarten bringt es mit sich, das sie sich ständig verjüngen.

Soweit der Beschwerdeführer aus dem Umstand, dass die Kamera von van Jaarsveld in Reparatur war, dessen Voreingenommenheit oder eine böswillige Vereitelung von der Vorlage von Fotos ableitet, ist dies nicht nachvollziehbar. Die Fotos waren letztlich auch nicht mehr von Bedeutung, nachdem van Jaarsveld lebendes Material geschickt hatte.

e) Rechtliches Gehör

Der Beschwerdeführer hat keinen Anspruch, vor einer Abhilfeentscheidung des Amtes gehört zu werden.

Das Abhilfeverfahren verfolgt den Zweck, der Beschwerdekammer unnötige Verfahren zu ersparen. Aus diesem Grunde erhält das Amt die Möglichkeit, seine Entscheidung zu kassieren, wenn es die Beschwerde für begründet erachtet. Nur dann ist das Amt zur Entscheidung befugt. Daher beschränkt sich die Abhilfeentscheidung auf die Prüfung, ob die Beschwerde begründet ist. Erachtet das Amt sie für begründet, so hilft sie ihr ab. Eine solche Entscheidung bedarf keiner vorherigen Anhörung des Beschwerdeführers, weil er dadurch nicht beschwert wird.

Erachtet das Amt die Beschwerde nicht für begründet, leitet es das Verfahren an die Beschwerdekammer zur Entscheidung weiter. Das Abhilfeverfahren eröffnet kein erneutes, zeitaufwendiges Prüfungsverfahren durch das Amt. Die Vorlage des Verfahrens an die Beschwerdekammer erfordert daher keine (rechtsmittelfähige) Entscheidung, sie ist nur ein behördeninterner Vorgang, der keiner Begründung bedarf, nachdem das Amt seine Entscheidung bereits in der angefochtenen Entscheidung begründet hat. Soweit das Amt gleichwohl Gründe für die Nichtabhilfe in den Akten niederlegt, ist das (zunächst) unbeachtlich. Die Erwägungen können aber - wie geschehen - im Beschwerdeverfahren vorgetragen werden. Dann wird den anderen Verfahrensbeteiligten dazu rechtliches Gehör gewährt. Das hat der Beschwerdeführer erhalten und auch wahrgenommen.

f) Beweisaufnahme

Der Beweisbeschluss zur Frage der Identität und Bekanntheit der im Test verwendeten, aus dem Garten von van Jaarsveld stammenden Referenzsorte wurde nicht ausgeführt, weil die Kammer nach anfänglichen Zweifeln aus den oben dargelegten Gründen schließlich zu der Überzeugung gelangt ist, dass Vergleichssorte Referenzsorte und nicht SUMCOL 01 war und dass die Referenzsorte am Antragstag allgemein bekannt war.

Daher war die Tatsache, dass der Beschwerdeführer den Kostenvorschuss für die Durchführung der Beweisaufnahme nicht eingezahlt hat, nicht kausal für ihr Unterbleiben.

Winkler

Ullrich