

Interner Verteilerschlüssel:

- (A) Veröffentlichung im ABl.
(B) An Vorsitzende und Mitglieder
(C) An Vorsitzende
(D) Keine Verteilung

**Datenblatt zur Entscheidung
vom 13. Oktober 2011**

Beschwerde-Aktenzeichen: T 1914/08 - 3.2.07

Anmeldenummer: 00116783.2

Veröffentlichungsnummer: 1177841

IPC: B08B 9/032

Verfahrenssprache: DE

Bezeichnung der Erfindung:

Verfahren zum Reinigen von UHT-Anlagen

Anmelder:

Chemische Fabrik Dr. Weigert GmbH & Co KG

Einsprechender:

Tuchenhagen Dairy Systems GmbH

Stichwort:

-

Relevante Rechtsnormen:

EPÜ Art. 54

Relevante Rechtsnormen (EPÜ 1973):

-

Schlagwort:

"Nachweis offenkundiger Vorbenutzung - ja, durch Zeugenaussage
ausreichend geliefert"

Zitierte Entscheidungen:

-

Orientierungssatz:

-



Aktenzeichen: T 1914/08 - 3.2.07

ENTSCHEIDUNG
der Technischen Beschwerdekammer 3.2.07
vom 13. Oktober 2011

Beschwerdeführer: Chemische Fabrik Dr. Weigert GmbH & Co KG
(Anmelder) Mühlenhagen 85
D-20539 Hamburg (DE)

Vertreter: Glawe, Delfs, Moll
Patent- und Rechtsanwälte
Rothenbaumchaussee 58
D-20148 Hamburg (DE)

Beschwerdegegner: Tuchenhagen Dairy Systems GmbH
(Einsprechender) Kruppstrasse 3
D-48683 Ahaus (DE)

Vertreter: Hauck Patent- und Rechtsanwälte
Neuer Wall 50
D-20354 Hamburg (DE)

Angefochtene Entscheidung: Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung
des Europäischen Patentamts über die
Aufrechterhaltung des europäischen Patents
Nr. 1177841 in geändertem Umfang, zur Post
gegeben am 19. August 2008.

Zusammensetzung der Kammer:

Vorsitzender: H. Meinders
Mitglieder: H.-P. Felgenhauer
I. Beckedorf
H. Hahn
E. Dufrasne

Sachverhalt und Anträge

I. Die Patentinhaberin (Beschwerdeführerin) hat gegen die Entscheidung der Einspruchsabteilung, das europäische Patent Nr. 1 177 841 in geändertem Umfang aufrechtzuerhalten, Beschwerde eingelegt.

Die Einsprechende (Beschwerdegegnerin) hat nach Ablauf der Beschwerdefrist eine auf den Widerruf des Patents in der aufrechterhaltenen Fassung gerichtete "Anschlußbeschwerde" erhoben.

II. Die Beschwerdeführerin erklärte, dass das mit ihrer (weiteren) "Beschwerde" vom 10. Juli 2009 verfolgte Begehren darauf gerichtet ist, dass die mit ihrem Protokollberichtigungsantrag vom 3. September 2008 bemängelte Passage in der Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor der Einspruchsabteilung, die besagt "Auf Anfrage erklärt die Patentinhaberin, dass sie nicht bestreite, dass eine Reinigungsanlage wie in den Dokumenten D5 und D6 beschrieben von der Firma Gea-Finnah GmbH, 48683 Ahaus (DE) an die Firma Leche Pascual, 2805 Madrid (ES), geliefert und damit offenkundig geworden sei", im Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt wird.

III. Die Beschwerdeführerin beantragte die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Aufrechterhaltung des Patents in der erteilten Fassung.

Ferner beantragte die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Entscheidung der Einspruchsabteilung vom 2. Juni 2009 und die Stattgabe ihres Antrags vom 3. September 2008 auf Protokollberichtigung.

Die Beschwerdegegnerin beantragte die Zurückweisung der Beschwerde.

Sie erklärte weiterhin die Rücknahme ihrer "Anschlußbeschwerde".

IV. Der Anspruch 1 in der erteilten Fassung lautet wie folgt:

"Verfahren zur Reinigung einer UHT-Anlage (1) für fließfähige Lebensmittel, mit den Schritten:

- a) Vorlegen einer Reinigungslösung in einem Vorratsbehälter (6, 7)
- b) Reinigen der UHT-Anlage (1) mit einem ersten Teil der Reinigungslösung,
- c) Verwerfen dieses ersten Teils der Reinigungslösung,
- d) Reinigen der UHT-Anlage (1) mit einem zweiten Teil der Reinigungslösung,
- e) Zurückstapeln dieses zweiten Teils in den Vorratsbehälter (6, 7),
- f) Spülen der UHT-Anlage (1) mit Frischwasser,
- g) Auffangen wenigstens eines Teils der Spüllösung aus Schritt f) in dem Vorratsbehälter (6, 7),

- h) Aufschärfen der Lösung im Vorratsbehälter (6,
7) mit Reinigungsmittel.

V. Betreffend die behauptete offenkundige Vorbenutzung sind in der angefochtenen Entscheidung die folgenden schriftlichen Beweismittel berücksichtigt worden

a) eingereicht mit dem Einspruch:

- D1 Werksauftrag Nr. 94 70 48 der Fa. GEA FINNAH vom
11. April 1994
- D2 Auftragsbestätigung der Fa. LECHE PASCUAL vom
23. März 1994
- D3 Übersetzung D2 ins Deutsche
- D4 Angebot Nr. E / 30445/4/93 - 94 der Fa. GEA
FINNAH betr. "Projekt Dessertlinie" vom 16. März
1994
- D5 Übersicht "CIP - Station 9.1" der Fa. GEA FINNAH
vom 3. November 1994 gemäß Werksauftrag 94704819/
1994
- D6 Zeichnung der Fa. GEA Finnah, Fließschema CIP-
Anlage Estacion de CIP 01.9.1, Zeichnungs.Nr.
00704819.09.0001 vom 16. Juni 1994

b) eingereicht mit Schreiben vom 16. März 2005 nach
Ablauf
der Einspruchsfrist:

- D7 Vereinbarung zwischen LECHE PASQUAL S.A. und GEA FINNAH GMBH vom 26. Mai 1994 mit Übersetzung ins Deutsche
- D8 Vertragsänderung zum Vertrag LECHE PASQUAL S.A. und GEA FINNAH GMBH vom Juli 1994
- D9 Übergabeprotokoll /Funktionsbeginn Baustufe I Linie I vom 30. November 1994
- D10 Übergabeprotokoll /Funktionsbeginn Baustufe II Linie I vom 31. Dezember 1994
- D11 Abnahme- / Inbetriebnahmeprotokoll Baustufe I Linie 1 vom 10. Januar 1995
- D12 Spezifikation betr. Angebot E/30445/4/94-95 vom 16. März 1994
- D13 Abnahme- / Inbetriebnahmeprotokoll Baustufe II Linie 1 vom 24. Mai 1995
- D14 Abnahme- / Inbetriebnahmeprotokoll Baustufe III Linie 2 vom 9. November 1995
- D15 Annex zum Abnahme- / Inbetriebnahmeprotokoll Baustufe III Linie 2 vom 9. November 1995
- D16 Erklärung des Herrn de la Fuente vom 6. Februar 2006 betreffend die seitens der Fa. GEA FINNA GMBH 1994 installierte Produktlinie für Pudding und Dessert mit einer entsprechenden CIP - Anlage
- D17 Übersetzung D16 ins Deutsche

Weiter wurden im Einspruchsverfahren Beweisaufnahmen durch Vernehmung der Zeugen Ludger Tacke und Hubert Assing durchgeführt (vgl. die Niederschriften über die Beweisaufnahme durch Einvernahme von Zeugen in der mündlichen Verhandlung vor der Einspruchsabteilung).

Im Beschwerdeverfahren wurden bezüglich der behaupteten offenkundigen Vorbenutzung weiter die folgenden Dokumente eingereicht:

- D18 Vertrag zwischen LECHE PASCUAL und Finnah GmbH vom Juli 1994
- D19 Fließschema der CIP-Anlage 0.1.9.1
Zeichnungsnummer 94704819.09.0001 vom 16. Juni 1994
- D20 Zeichnung der UHT-Anlage 6500/080.01.1.1
Zeichnungsnummer 94704810.03.0003
- D21 Fließschema Steriltank 01.2.3. Zeichnungsnummer 94704808.14.0001
- D22 Fließschema Mischtanklager 01.2.2.
Zeichnungsnummer 94704804.15.0001
- D23 Seite 1 von D1
- D24 ergänzende Erklärung von Herrn de la Fuente zu D16
- D25 Quellcode einer CIP- und einer UHT-Anlage auf einer CD als Datenträger.

- VI. Nach der angefochtenen Entscheidung sei die behauptete offenkundige Vorbenutzung als Stand der Technik gemäß Artikel 54(2) EPÜ anzusehen. Da die offenkundige Vorbenutzung alle Merkmale des Anspruchs 1 in der erteilten Fassung aufweise sei dessen Gegenstand nicht neu.
- VII. Das wesentliche Vorbringen der Beschwerdeführerin lässt sich wie folgt zusammenfassen:
- a) Die Richtigkeit der Erklärung in der Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor der Einspruchsabteilung, die besagt, "Auf Anfrage erklärt die Patentinhaberin, dass sie nicht bestreite, dass eine Reinigungsanlage wie in den Dokumenten D5 und D6 beschrieben von der Firma Gea-Finnah GmbH, 48683 Ahaus (DE) an die Firma Leche Pascual, 2805 Madrid (ES), geliefert und damit offenkundig geworden sei" werde bestritten.
 - b) Die Unterlagen D18 bis D25 seien als verspätet eingereicht nicht zu berücksichtigen.
 - c) Der Einspruch sei schon deshalb unzulässig, weil in der Einspruchsschrift auf das den Kern der Erfindung definierende Merkmal c), nach dem der erste Teil der Reinigungslösung verworfen wird, überhaupt nicht eingegangen worden sei.
 - d) Die angefochtene Entscheidung gehe in unzutreffender Weise davon aus, dass die behauptete offenkundige Vorbenutzung mit dem diesbezüglich der angefochtenen

Entscheidung zu Grunde gelegten Gegenstand nachgewiesen worden sei.

- e) Es sei insbesondere nicht in Betracht gezogen worden, dass die seitens der Einspruchsabteilung berücksichtigten Beweismittel Lücken aufwiesen und zueinander widersprüchlich wären. Zudem lägen Anhaltspunkte vor, die Zweifel betreffend das Erinnerungsvermögen der beiden Zeugen aufkommen ließen. Schließlich wäre von der Beschwerdegegnerin aufgrund des Umstandes, dass die behauptete offenkundige Vorbenutzung auf sie zurückgehe und folglich sämtliche Beweismittel in ihrer Hand lägen, die Vorlage weiterer Beweismittel zu verlangen gewesen.

VIII. Das wesentliche Vorbringen der Beschwerdegegnerin lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- a) Die Unterlagen D18 bis D25 seien zwar verspätet eingereicht worden und auch nicht relevanter als die Beweismittel, die in der angefochtenen Entscheidung bereits berücksichtigt worden seien, sie könnten aber dazu beitragen, Einwände gegen diese Beweismittel und deren Berücksichtigung auszuräumen und seien aus diesem Grund in das Verfahren zuzulassen.
- b) Der Einspruch sei zulässig, weil in der Einspruchsschrift sämtliche Tatsachen genannt worden seien, auf die sich der Einspruch stütze und weiter dargelegt worden sei, warum, nach Auffassung der Beschwerdegegnerin, das Verfahren nach dem Anspruch 1 gegenüber demjenigen nach der offenkundigen Vorbenutzung nicht neu sei. Dabei seien sämtlichen

Merkmale des Anspruchs 1, einschließlich des Merkmals c), nach dem der erste Teil der Reinigungslösung verworfen wird, entsprechende Merkmale des offenkundig vorbenutzten Reinigungsverfahrens gegenübergestellt worden.

- c) Die angefochtene Entscheidung gehe zutreffend davon aus, dass die behauptete offenkundige Vorbenutzung mit dem diesbezüglich der angefochtenen Entscheidung zu Grunde gelegten Gegenstand nachgewiesen worden sei. Zwischen den einzelnen Beweismitteln und insbesondere den beiden Zeugenaussagen gebe es im Hinblick auf das bezüglich des Anspruchs 1 relevante offenkundig vorbenutzte Reinigungsverfahren keine Widersprüche. Schließlich seien, einschließlich der im Beschwerdeverfahren eingereichten, Beweismittel vorgelegt worden, die für den Nachweis der offenkundigen Vorbenutzung ausreichen.
- d) Da das Reinigungsverfahren gemäß der offenkundigen Vorbenutzung sämtliche Merkmale des Anspruchs 1 aufweise, sei dieser nicht neu.

IX. In dem Anhang zur Ladung vom 5. Juli 2011 für die mündliche Verhandlung vor der Kammer (im folgenden: Ladungsbescheid), die am 13. Oktober 2011 stattfand, wurde von der Kammer auf wesentliche Aspekte des Verfahrens, sowohl zur Zulässigkeit bzw. zur verfahrensmäßigen Einordnung der "Protokollbeschwerde" der Beschwerdeführerin und der "Anschlussbeschwerde" der Beschwerdegegnerin als auch betreffend die Zulässigkeit des Einspruchs wie auch den Nachweis der behaupteten offenkundigen Vorbenutzung hingewiesen.

Entscheidungsgründe

1. *Verfahrensrechtliche Aspekte*

- 1.1 Mit dem als Beschwerde gekennzeichneten Schriftsatz vom 10. Juli 2009 beantragte die Beschwerdeführerin, die Entscheidung der Einspruchsabteilung vom 2. Juni 2009 aufzuheben und ihrem mit Schriftsatz vom 3. September 2008 gestellten Protokollberichtigungsantrag stattzugeben.

Die Kammer hat die Parteien in ihrem Ladungsbescheid darauf hingewiesen, dass die "Protokollbeschwerde" der Beschwerdeführerin unzulässig sein dürfte, das damit von der Beschwerdeführerin verfolgte Protokollbegehren aber als zulässiger Annex zu ihrer (Sach-) Beschwerde qualifiziert werden könne (vgl. Abschnitt 5.2 nebst Unterpunkten).

Demzufolge befindet die Kammer, dass der Antrag der Beschwerdeführerin vom 10. Juli 2009 nicht als Beschwerde behandelt wird.

In der mündlichen Verhandlung vor der Kammer erklärte die Beschwerdeführerin zu diesem Protokollberichtigungsantrag, dass sie diesbezüglich nicht das Einlegen einer eigenständigen Beschwerde beabsichtigt habe, sondern, dass sie vielmehr die Richtigkeit der Erklärung in der Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor der Einspruchsabteilung bestreite, die besagt "Auf Anfrage erklärt die Patentinhaberin, dass sie nicht bestreite, dass eine Reinigungsanlage wie in den Dokumenten D5 und D6 beschrieben von der Firma Gea-Finnah GmbH, 48683 Ahaus

(DE) an die Firma Leche Pascual, 2805 Madrid (ES), geliefert und damit offenkundig geworden sei" (Niederschrift, Seite 2).

Die Kammer hat in der mündlichen Verhandlung die Parteien darauf hingewiesen, dass die angesprochene offenkundige Vorbenutzung, entgegen der o.g. Passage der Niederschrift von ihr nicht als seitens der Beschwerdeführerin nicht bestritten angesehen wird, wie sich dies auch aus der nachstehenden Erörterung bezüglich der behaupteten offenkundigen Vorbenutzung ergibt.

- 1.2 Die Beschwerdegegnerin erklärte die Rücknahme ihrer außerhalb der Beschwerdefrist mit Schriftsatz vom 13. Mai 2009 gegen den Anspruch 1 in der durch die angefochtene Entscheidung aufrechterhaltenen Fassung gerichteten "Anschlußbeschwerde". Über die Zulässigkeit einer derartigen Beschwerde war folglich nicht mehr zu entscheiden.
- 1.3 Nach Rücknahme der "Anschlußbeschwerde" ist Gegenstand des Beschwerdeverfahrens allein das auf die Aufrechterhaltung des Patents in seiner erteilten Fassung gerichtete Beschwerdebegehren der Beschwerdeführerin.
- 1.4 In dem vorliegenden Beschwerdeverfahren, in dem das Streitpatent in geändertem Umfang aufrechterhalten worden ist und die Patentinhaberin einzige Beschwerdeführerin ist, ist im Hinblick auf die nach der angefochtenen Entscheidung aufrechterhaltene Fassung des Patents der Grundsatz des *Verbots der reformatio in peius* zu beachten.

Dies hat zur Folge, dass das Patent im Umfang der nach der angefochtenen Entscheidung aufrechterhaltenen Fassung der Kompetenz der Kammer zur Prüfung entzogen ist.

Die Beschwerdegegnerin hat diesbezüglich in der mündlichen Verhandlung nichts vorgetragen. Ihr auf den Widerruf des Streitpatents in der aufrechterhaltenen Fassung zielendes schriftliches Vorbringen (vgl. Schreiben vom 13. Mai 2009, Abschnitt "IV. Hilfsantrag 2") ist aus den o.g. Gründen außer Betracht zu lassen.

2. *Berücksichtigung der Unterlagen D18 bis D25*

Die Unterlagen D18 bis D25 wurden mit Schriftsätzen vom 4. und 13. Mai 2009 seitens der Beschwerdegegnerin angekündigt und mit Schriftsatz vom 26. August 2011, etwa eineinhalb Monate vor der mündlichen Verhandlung vor der Kammer, eingereicht.

Nach der Beschwerdeführerin sind die angesprochenen Unterlagen derart verspätet eingereicht worden, dass für sie keine Möglichkeit mehr gegeben war, sich diesbezüglich sachgerecht vorzubereiten. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass die verspätet eingereichten Unterlagen die behauptete offenkundige Vorbenutzung bzw. deren Nachweis betreffen, und sich sämtliche Beweismittel in der Sphäre der Beschwerdegegnerin befänden, so dass der Beschwerdeführerin betreffend die Beweismittel nur die Möglichkeit verbleibe, Lücken und Widersprüche aufzuzeigen. Diese Möglichkeit werde, falls das späte Einreichen der Unterlagen nach D18 bis D25 als zulässig erachtet werde, erheblich beschnitten.

Nach der Beschwerdegegnerin sind die fraglichen Unterlagen zum Nachweis der behaupteten offenkundigen Vorbenutzung Leche Pascual zwar entbehrlich, könnten aber gleichwohl, insbesondere im Hinblick auf die seitens der Beschwerdeführerin erhobenen Einwände betreffend das Ergebnis der Beweiswürdigung durch die Einspruchsabteilung, zum (weiteren) Nachweis dieser Vorbenutzung und zum Entkräften dieser Einwände beitragen.

Die Beschwerdegegnerin hat frühzeitig, in Reaktion auf mit der Beschwerdebegründung vorgebrachte Einwände der Beschwerdeführerin, mit Schriftsätzen vom 4. und 13. Mai 2009, das Einreichen weiterer Unterlagen betreffend die offenkundige Vorbenutzung ankündigt. Als Rechtfertigungsgrund dafür, dass die angekündigten Unterlagen erst mit Schriftsatz vom 26. August 2011 und somit mehr als 2 Jahre später und kurz vor dem für die mündliche Verhandlung anberaumten Termin vom 13. Oktober 2011 eingereicht worden sind, wurde auf eine zwischenzeitlich angespannte wirtschaftliche Lage der Beschwerdegegnerin verwiesen.

Die Kammer erachtet bei der Ausübung ihres diesbezüglichen Ermessens vorliegend das späte Einreichen bereits früher angekündigter, und damit verfügbarer, Unterlagen ohne einen, mit dem vorliegenden Verfahren in ursächlichem Zusammenhang stehenden, Rechtfertigungsgrund als nicht im Einklang mit einer ordnungsgemäßen Verfahrensführung stehend.

Die verspätet eingereichten Unterlagen D18 bis D25 sind folglich nicht in das Verfahren zugelassen worden.

Weitere Ausführungen betreffend die Berücksichtigung dieser Unterlagen erübrigen sich aufgrund der vorliegenden Entscheidung. Danach ist die Beweiswürdigung der angefochtenen Entscheidung, gemäß der die behauptete offenkundige Vorbenutzung Leche Pascual auf der Grundlage der im Einspruchsverfahren vorgelegten Dokumente und der Zeugeneinvernahmen als bewiesen anzusehen ist, sowie die Beurteilung des Gegenstandes dieser offenkundigen Vorbenutzung als neuheitsschädlich, als zutreffend anzusehen.

3. *Zulässigkeit des Einspruchs*

- 3.1 Die Beschwerdeführerin hat sich in der mündlichen Verhandlung bezüglich der Zulässigkeit des Einspruchs ergänzend zu ihrem schriftlichen Vorbringen (vgl. Beschwerdebeurteilung vom 22. Dezember 2008, Abschnitt 2.c)) im wesentlichen darauf gestützt, dass zu berücksichtigen sei, dass in der auf den 24. Februar 2005 datierten Einspruchsschrift auf das den Kern der Erfindung definierende Merkmal c), nach dem der erste Teil der Reinigungslösung verworfen wird, nicht eingegangen worden sei.

Statt dessen sei lediglich auf einen Verfahrensschritt eingegangen worden, nach dem in einem der Reinigung mit Reinigungslösung vorhergehenden Schritt eine Reinigung mit Frischwasser erfolge, das, da durch Produktrückstände belastet, wie allgemein bekannt verworfen werde.

Die mangelnde Bezugnahme auf ein wesentliches Verfahrensmerkmal habe hinsichtlich des allein in der

Einspruchsschrift mit einer Begründung versehenen Einspruchsgrundes mangelnder Neuheit zur Folge, dass innerhalb der Einspruchsfrist nicht zu erkennen gewesen sei, welche Gründe der Neuheit des Verfahrens nach dem Anspruch 1 entgegenstehen.

3.2 Nach der Beschwerdegegnerin gehe aus der Einspruchsschrift eindeutig hervor, dass, nach Auffassung der Einsprechenden, sämtliche Merkmale des Anspruchs 1 durch die offenkundige Vorbenutzung Leche Pascual vorbekannt gewesen seien, so dass das Verfahren nach dem Anspruch 1 nicht neu sei.

3.3 Betreffend das Vorbringen der Beschwerdeführerin zur fehlenden Zulässigkeit des Einspruchs im schriftlichen Teil des Verfahrens wie auch in der mündlichen Verhandlung im Beschwerdeverfahren sieht die Kammer keine Veranlassung dafür, von ihrer in dem Ladungsbescheid (Abschnitt 6) dargelegten vorläufigen Auffassung abzuweichen.

Danach ist der Einspruch auf die Einspruchsgründe mangelnder Neuheit und mangelnder erfinderischer Tätigkeit gestützt worden.

Zur Begründung des Einspruchsgrundes mangelnder Neuheit wurde auf die behauptete offenkundige Vorbenutzung Leche Pascual Bezug genommen.

Als Beweismittel hierfür wurde auf die mit dem Einspruch eingereichten Unterlagen D1 - D6 Bezug genommen und es wurde weiter Beweis durch Vernehmung der Zeugen Tacke und Assing angeboten.

Betreffend den Gegenstand der behaupteten offenkundigen Vorbenutzung ist in der Einspruchsschrift ausgeführt, dass der Ablauf des Reinigungsverfahrens mittels der im Rahmen der offenkundigen Vorbenutzung gelieferten CIP-Anlage (cleaning in process) aus dem programmtechnischen Ablauf gemäß D5 in Verbindung mit D6 hervorgehe. Im Abschnitt 5 ist das als offenkundig vorbenutzt behauptete Verfahren, unter Bezugnahme auf mit den Verfahrensschritten nach dem Anspruch 1 korrespondierenden Schritten, erläutert und daran anschliessend ist im Abschnitt 6 zusammenfassend ausgeführt "Es wurde aufgezeigt, dass mit der offenkundig vorbenutzten Anlage gemäß D1 bis D6 ein Verfahren durchgeführt wurde und wird, das alle Merkmale a) bis e) des Anspruchs 1 des Streitpatents erfüllt. Damit ist die Merkmalskombination des Anspruchs 1 nicht mehr neu".

Bezüglich des Einwands, dass auf das für das Verfahren wesentliche Merkmal c) in der Einspruchsschrift nicht eingegangen worden sei, ist im Hinblick auf das Verfahren nach dem Anspruch 1 festzustellen, dass in der Einspruchsschrift (Abschnitt 3) deutlich auf diesen, als "verlorene Reinigung" bezeichneten Verfahrensschritt eingegangen worden ist. Im Hinblick auf das als offenkundig vorbenutzt behauptete Verfahren ist gleichfalls auf diesen Verfahrensschritt eingegangen worden (Abschnitt 5). Dazu wurde ausgeführt "Der Ablauf des mit der offenkundig vorbenutzten Anlage verwendeten Verfahrens geht aus dem programmtechnischen Ablauf gemäß D5 in Verbindung mit D6 hervor. In den Schritten 1910 bis 1918 erfolgt eine Vorspülung mit Vorspülwasser. In den Schritten 1920 bis 1925 erfolgt der Durchlauf von Lauge durch das UHT-Gefäß" (Ultrahochtemperatur-

Gefäß)"In den Schritten 1926 bis 1928 erfolgt ein Umlauf der Lauge zwischen UHT-Gefäß und Vorratsbehälter für Lauge. In den schritten 1930 bis 1937 erfolgt eine sogenannte Zwischenspülung ... Sowohl während des Spülens mit der Zwischenspüllösung ... wird die im UHT-Gefäß befindliche Reinigungslösung in den Vorratstank zurückgedrückt. Außerdem wird die **fehlende Flüssigkeits**menge ... aufgefüllt."

Damit wurden in der Einspruchsschrift im Hinblick auf den Einspruchsgrund mangelnder Neuheit sämtliche Merkmale des Verfahrens nach dem Anspruch 1 sowie die damit korrespondierenden Merkmale der behaupteten offenkundigen Vorbenutzung angesprochen (und keines ausgeklammert) und es wurde der Schluss gezogen gemäß dem, nach Auffassung der Einsprechenden, die Merkmalkombination nach dem Anspruch 1 nicht neu sei (Abschnitt 6).

Der auf den oben genannten Sachverhalt und die oben genannten Gründe gestützte Einspruch ist folglich in der angefochtenen Entscheidung zutreffend als zulässig, weil hinreichend substantiiert (Gründe, Nr. I), erachtet worden.

4. *Offenkundige Vorbenutzung*

- 4.1 Nach der angefochtenen Entscheidung (Gründe, Nr. II 1, 3) ist die als offenkundig vorbenutzt behauptete Prozeßanlage im Zeitraum 1994/1995 seitens der Fa. Gea Finnah an die Fa. Grupo Leche Pascual als Abnehmer und Betreiber der Anlage geliefert worden. Durch diese Lieferung, für die keine Geheimhaltungsverpflichtung bestanden habe, sei die Anlage der Öffentlichkeit

zugänglich gemacht worden. Weiter sei durch den Betrieb dieser Anlage ein Verfahren zur Reinigung einer UHT-Anlage der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden, das gegenüber dem Verfahren nach dem Anspruch 1 gemäß der, im folgenden ausschließlich angesprochenen erteilten Fassung neuheitsschädlich sei (Gründe, Nr. II 3).

4.2 Die Einspruchsabteilung ist bei ihrer Beweiswürdigung von den Zeugenaussagen der Zeugen Tacke und Assing (vgl. die Niederschrift über die Beweisaufnahme vom 26. Juni 2008) als den wesentlichen Beweismitteln ausgegangen. Sie hat ferner in Verbindung mit diesen Zeugenaussagen auf die Unterlagen D5 und D6 als "schriftliche Beweismittel" Bezug genommen.

4.3 Die Kammer erachtet die beiden Zeugenaussagen, die im Hinblick auf die als offenkundig vorbenutzt behauptete Anlage und das an dieser Anlage durchgeführte Reinigungsverfahren über den Offenbarungsgehalt der D5 und D6 hinausgehen, als die entscheidenden Beweismittel, durch die die behauptete offenkundige Vorbenutzung in dem vorliegend erforderlichen Umfang lückenlos nachgewiesen worden ist. Diese Beweismittel umfassen, da sich beide Zeugen zur Erläuterung ihrer Aussagen auf D5 gestützt haben und der Zeuge Tacke sich zusätzlich u.a. noch auf D6 gestützt hat, der D5 und D6 entnehmbare Angaben, soweit sie von den Zeugenaussagen umfasst sind.

Von den beiden Zeugenaussagen ergibt jede für sich betrachtet im Hinblick auf das nachzuweisende Reinigungsverfahren ein konsistentes und vollständiges Bild. Weiterhin stimmen die beiden Zeugenaussagen hinsichtlich der wesentlichen Verfahrensschritte dieses Reinigungsverfahrens miteinander überein.

- 4.4 Auf der Grundlage des in der angefochtenen Entscheidung (Gründe, Nr. II 1 bis 5) berücksichtigten Inhalts der Zeugenaussagen und der Niederschriften über die Beweisaufnahmen durch Einvernahme der Zeugen Tacke und Assing ist die Beweiswürdigung durch die Einspruchsabteilung, der dabei zugrunde gelegte Beweismaßstab, sowie das Ergebnis der Beweiswürdigung als zutreffend anzusehen.

Dabei ist übereinstimmend mit der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall der Beweismaßstab zugrunde gelegt, nach dem die behauptete offenkundige Vorbenutzung "mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" nachzuweisen ist.

Dies ergibt sich daraus, dass die offenkundige Vorbenutzung auf das Unternehmen der Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin als Lieferantin für die in Rede stehende CIP-Anlage zurückgeht, so dass die offenkundige Vorbenutzung ihrem Einflussbereich zuzurechnen ist.

- 4.5 Die Beschwerdeführerin, die die offenkundige Vorbenutzung als nicht nachgewiesen eracht und diese bestreitet (vgl. obigen Punkt 1.1), hat sowohl im Einspruchsverfahren als auch im Beschwerdeverfahren den Versuch unternommen, Lücken und Widersprüche bezüglich der Beweisführung der Einsprechenden und Mängel in der Beweiswürdigung seitens der Einspruchsabteilung aufzudecken.

Die Einspruchsabteilung ist den diesbezüglichen Einwänden, im wesentlichen unter Bezugnahme auf die aufgrund der beiden Zeugenaussagen als erwiesen

erachteten Tatsachen, nicht gefolgt (Gründe, Abschnitt II, Punkte 2 und 4).

4.6 Die Kammer erachtet diese Beurteilung der Einspruchsabteilung als zutreffend.

4.6.1 Sie sieht im einzelnen hinsichtlich der **öffentlichen Zugänglichkeit** die Beurteilung der angefochtenen Entscheidung als zutreffend an, nach der die seitens der Fa. Gea Finnah an die Fa. Leche Pascual als Abnehmer und Betreiber gelieferte CIP-Anlage für eine UHT-Anlage bereits durch die Lieferung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist.

Entsprechendes gilt nach Meinung der Kammer hinsichtlich der Beurteilung, nach der durch den anschließenden Betrieb der CIP-Anlage zum Reinigen der UHT-Anlage, das dabei durchgeführte Verfahren zur Reinigung der UHT-Anlage der Öffentlichkeit vor dem Anmeldetag des Streitpatents der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist. Denn bei der mit dem Verkauf dieser Anlage mit vereinbarten Inbetriebnahme und Abnahme (siehe Zeugenaussage Tacke, Seite 1, letzter Absatz, Zeugenaussage Assing, Seite 1, 5. Absatz) wurden sämtliche vorgesehene Verfahrensschritte durchgeführt.

In diesem Zusammenhang trifft auch die Beurteilung der Einspruchsabteilung zu, nach der die Lieferung und der anschließende Betrieb der Anlage ohne Geheimhaltungsverpflichtung erfolgte und die Fa. Leche Pascual als Abnehmer und Betreiber der Anlage als Dritter im patentrechtlichen Sinne anzusehen ist, durch den die in Rede stehende CIP-Anlage zur Reinigung einer UHT-Anlage, wie auch das damit durchgeführte Verfahren

zur Reinigung der UHT-Anlage der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist.

- 4.6.2 Die Beurteilung der angefochtenen Entscheidung hinsichtlich des **Gegenstandes der offenkundigen Vorbenutzung** trifft gleichfalls zu.

Danach ist die gelieferte CIP-Anlage nach den beiden Zeugenaussagen als von den vorrichtungs- und steuerungsseitig vorgesehenen Mitteln und dem Zusammenwirken mit der UHT-Anlage her für die Durchführung des Reinigungsverfahrens nach dem Anspruch 1 geeignet.

Die angefochtene Entscheidung verweist hinsichtlich des Ablaufs des an der offenkundig vorbenutzten Anlage durchgeführten Reinigungsverfahrens auf in D5 aufgeführte Verfahrensschritte mit den dortigen Bezeichnungen der einzelnen Schritte. Dies steht im Einklang mit den Aussagen beider Zeugen, die ihre Aussagen zum Ablauf des Reinigungsverfahrens in enger Anlehnung an den Verfahrensablauf nach der D5 gemacht haben.

Im Ergebnis hat es die Einspruchsabteilung als bewiesen angesehen, dass an der offenkundig vorbenutzten Anlage ein Verfahren zur Reinigung der UHT-Anlage durchgeführt worden ist, das sämtliche Schritte des Verfahrens nach dem Anspruch 1 aufwies.

- 4.6.3 Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit D5 neben den Zeugenaussagen als eigenständiges schriftliches Beweismittel anzusehen ist, wovon die Einspruchsabteilung anscheinend ausgegangen ist, weil

dessen Offenbarung, soweit sie den Gegenstand der offenkundigen Vorbenutzung im Hinblick auf das Verfahren nach dem Anspruch 1 betrifft, vollständig von den beiden Zeugenaussagen, unter teilweiser Bezugnahme auf D5, umfasst ist. Entsprechendes gilt im Hinblick auf D6 betreffend den Aufbau der CIP-Anlage, aufgrund der Bezugnahme des Zeugen Tacke auf dieses Dokument in seiner Zeugenaussage.

- 4.6.4 Die die Berücksichtigung der D5 und D6 als eingeständige Beweismittel betreffenden Einwände der Beschwerdeführerin gehen somit ins Leere, weil die Zeugenaussagen sowohl hinsichtlich des Aufbaus der CIP- und soweit erforderlich auch der UHT-Anlage, als auch hinsichtlich des Ablaufs des mittels der CIP-Anlage an der UHT-Anlage durchgeführten Reinigungsverfahrens in dem im Zusammenhang mit dem Verfahren nach dem Anspruch 1 erforderlichen Umfang vollständig sind und für sich betrachtet die behauptete offenkundige Vorbenutzung beweisen.

Es kann somit dahingestellt bleiben, inwieweit D5 und D6 als, neben den beiden Zeugenaussagen, eigenständige Beweismittel anzusehen sind.

Aus entsprechendem Grund ist auch eine Berücksichtigung der seitens der Beschwerdegegnerin zur Stützung ihrer Beweisführung neben den beiden Zeugenaussagen herangezogenen Erklärung D16 nicht erforderlich.

- 4.6.5 Betreffend D5 und D6 ist weiterhin auch der Einwand der Beschwerdeführerin unbeachtlich, dass nicht nachgewiesen sei, welche Fassung mit welchem Offenbarungsgehalt von D5 und D6 jeweils in dem maßgeblichen Zeitraum, in dem

die offenkundige Vorbenutzung erfolgte, zur Verfügung stand. Entsprechendes gilt bezüglich des Einwands, dass D5 nicht den vollständigen Ablauf des Reinigungsverfahrens zeige und aus D6 das genaue Zusammenwirken von CIP-Anlage und UHT-Anlage bezüglich der Reinigung der UHT-Anlage mittels der CIP-Anlage nicht ersichtlich sei.

Dass das Reinigungsverfahren tatsächlich übereinstimmend mit demjenigen nach dem Anspruch 1 durchgeführt worden ist, ergibt sich, wie ausgeführt, aus den diesbezüglich ausführlichen und lückenlosen Angaben beider Zeugenaussagen.

In diesem Zusammenhang ist auch zu Berücksichtigen, dass nach der Niederschrift betreffend die Einvernahme des Zeugen Tacke dieser als Projektleiter die Inbetriebnahme der Anlage bis zu deren Abnahme persönlich begleitet hat. Entsprechendes trifft nach der Niederschrift bezüglich der Einvernahme des Zeugen Assing auch auf diesen Zeugen zu, der für die komplette Software Erstellung und Inbetriebnahme zuständig war und aus diesem Grund von Oktober 1994 bis Juni 1995 vor Ort war. Beide Zeugen konnten in ihren Zeugenaussagen somit auf ihre Erinnerung bezüglich den Ablauf des Reinigungsverfahrens über den Zeitraum der Inbetriebnahme der gelieferten CIP-Anlage in Verbindung mit der UHT-Anlage zurückgreifen.

- 4.6.6 Die Beschwerdeführerin hat im Hinblick auf die Beweisführung durch die beiden Zeugenaussagen vorgetragen, dass die Glaubwürdigkeit der Zeugen als solches ausdrücklich nicht in Zweifel gezogen werde. Es seien aber, aufgrund von Unstimmigkeiten in den Aussagen

beider Zeugen hinsichtlich der Erstell- / Veröffentlichungsdaten der Unterlagen D5 und D6 bzw. deren Fassung zu dem für die offenkundige Vorbenutzung relevanten Zeitraum, Anhaltspunkte gegeben, aufgrund derer Zweifel betreffend das Erinnerungsvermögen der Zeugen angebracht seien. Dies gelte auch hinsichtlich der Zeugenaussagen betreffend den Zeitraum und den Gegenstand der behaupteten offenkundigen Vorbenutzung.

Diesbezüglich ist, wie ausgeführt, zu berücksichtigen, dass vorliegend der Nachweis bezüglich der offenkundigen Vorbenutzung als durch die beiden Zeugenaussagen erbracht angesehen wird. Auf den Unterlagen D5 und D6 entnehmbare Zusammenhänge und Einzelheiten kommt es folglich nur insoweit an, als die Zeugen darauf bei der Zeugeneinvernahme Bezug genommen haben.

Betreffend das Erinnerungsvermögen der Zeugen ist aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung davon auszugehen, dass bei zeitlich zurückliegenden Vorgängen, wie den Umständen der vorliegenden offenkundigen Vorbenutzung, unmittelbar wahrgenommene Vorgänge, wie das Errichten der CIP-Anlage in Verbindung mit der UHT-Anlage, sowie die Inbetriebnahme der CIP-Anlage zur Reinigung der UHT-Anlage, an denen beide Zeugen nach ihren Aussagen aktiv mitgewirkt haben, weitaus besser der Erinnerung zugänglich sind als der unmittelbaren Wahrnehmung nicht derart eindeutig zuzuordnende Vorgänge. Dies gilt im vorliegenden Fall bezüglich des Zeitpunkts, zu dem D5 bzw. D6 erstellt worden sind, und bezüglich der Fassung, in der jede dieser Unterlagen in dem für die offenkundige Vorbenutzung relevanten Zeitraum vorgelegen hat.

4.7 Ausgehend davon, dass, wie ausgeführt, die beiden Zeugenaussagen hinsichtlich des zu beweisenden Sachverhalts für sich gesehen vollständig und weder zueinander noch zu den übrigen diesbezüglich eingereichten Unterlagen, insbesondere D5 und D6, im Widerspruch stehen, sind auch die weiteren Einwände der Beschwerdeführerin bezüglich des Nachweises der offenkundigen Vorbenutzung unbeachtlich.

4.7.1 Der Einwand, dass ausgehend von D5 und D6 aufgrund diesbezüglicher Offenbarungslücken, unklar sei auf welche Weise die CIP-Anlage und UHT-Anlage aufgebaut waren, wie sie zur Reinigung der UHT-Anlage zusammengewirkt haben und welche Verfahrensschritte ein etwaiges Verfahren zur Reinigung der UHT-Anlage ausgehend von der als offenkundig vorbenutzt behaupteten CIP-Anlage aufgewiesen habe, kann nicht greifen.

Da der Nachweis der offenkundigen Vorbenutzung allein anhand der beiden Zeugenaussagen erbracht worden ist, kommt es auf etwaige weitere zu berücksichtigende Unterlagen oder Beweismittel, wie die in der angefochtenen Entscheidung als "schriftliche Beweismittel" angesprochenen Unterlagen D5 und D6, nicht an.

Dies gilt zumindest für den, vorliegend gegebenen, Fall, in dem nicht durch grundlegende Widersprüche zwischen Beweismitteln, wie vorliegend den beiden Zeugenaussagen, und weiteren Unterlagen, wie D5 und D6, die Aussagekraft einzelner oder sämtlicher Beweismittel derart gemindert wird, dass sie im Rahmen der freien Beweiswürdigung nicht oder nur bedingt berücksichtigt werden können.

Derartige Offenbarungslücken oder Widersprüche konnten seitens der Beschwerdeführerin jedoch nicht überzeugend aufgezeigt werden.

Dies gilt auch für den Einwand seitens der Beschwerdeführerin, dass der Zeichnung D6 Möglichkeiten zur Durchführung von Reinigungsverfahren zu entnehmen seien, bei denen die CIP-Anlage mit der UHT-Anlage anders als bei dem Reinigungsverfahren nach dem Anspruch 1 zusammenwirkt. Dabei wurde darauf Bezug genommen, dass in der Zeichnung D6 (Mitte, links) ein mit "collección de Concentrado" bzw. "Konzentratlager" dargestellter Bereich mit Richtungspfeilen zu Baugruppen "CIP TETRA", "ROSSI Y CATELLI", "UHT LUGO" und "UHT TETRA" versehen ist.

Weiter gilt dies für den Einwand, dass die Reinigungskreise I bis V hinsichtlich ihres Vor- und Rücklaufs nicht vollständig bezüglich der Reinigung der in D6 im wesentlichen nicht dargestellten UHT-Anlage eingezeichnet und bezeichnet seien.

Unabhängig davon, dass diese beiden Einwände schon deshalb unbeachtlich sind, weil sie zu keinem Widerspruch zu einer der beiden Zeugenaussagen zu führen vermögen, konnte ihnen durch Ausführungen der Beschwerdegegnerin überzeugend begegnet werden.

Der erste Einwand ließ sich durch die Erklärung der Beschwerdegegnerin ausräumen, nach dem die in der Zeichnung D6 dargestellten strukturellen Elemente der CIP-Anlage nicht nur dazu dienten die Voraussetzung dafür zu schaffen, dass die UHT-Anlage mit einem mit dem Verfahren nach dem Anspruch 1 übereinstimmenden

Reinigungsverfahren gereinigt werden kann, sondern auch dazu, weitere ausserhalb der UHT-Anlage liegende Baugruppen reinigen zu können.

Der zweite Einwand ließ sich durch die Erklärung der Beschwerdegegnerin ausräumen, dass es sich bei der D6 um eine Zeichnung handele, die, entsprechend ihrer Benennung, das Fließschema der CIP-Anlage für die Fa. Leche Pascual zeige, so dass weitergehende Details betreffend das Zusammenwirken mit der UHT-Anlage von einer derartigen Zeichnung nicht erwartet werden könnten.

Diese Erklärungen der Beschwerdegegnerin sind geeignet, die seitens der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände auszuräumen. Dazu trägt auch bei, dass, wie ausgeführt und in diesem Zusammenhang seitens der Beschwerdegegnerin argumentiert, die beiden Zeugenaussagen zumindest in den den Aufbau der CIP-Anlage sowie den Ablauf des Reinigungsverfahrens betreffenden Teilen vollständig sind und miteinander übereinstimmen.

Schließlich ist ausgehend davon, dass der Nachweis der offenkundigen Vorbenutzung durch die beiden Zeugenaussagen erbracht worden ist, auch der weitere Einwand der Beschwerdeführerin unbeachtlich, dass den vorliegenden Unterlagen die genaue Grenze zwischen der an die Fa. Leche Pascual gelieferten CIP-Anlage und der von dieser bereitgestellten UHT-Anlage nicht zu entnehmen sei.

- 4.7.2 Die Beschwerdeführerin hat weiter die Ansicht vertreten, dass von der Beschwerdegegnerin, aufgrund ihres unbeschränkten Zugangs zu Beweismitteln betreffend die

behauptete offenkundige Vorbenutzung, die Vorlage zusätzlicher schriftlicher Beweismittel betreffend den Aufbau der gelieferten Anlage und des damit durchgeführten Reinigungsverfahrens zu erwarten gewesen sei. In diesem Zusammenhang wurde auch bemängelt, dass kein Dokument bzw. keine Dokumente vorgelegt worden sei(en), die den Aufbau der CIP- und der UHT-Anlage vollständig darstellten bzw. aus denen der vollständige Ablauf des Reinigungsverfahrens ersichtlich wäre.

Diese Forderung nach zusätzlichen Beweismitteln betrifft Aspekte der Beweisführung durch die Beschwerdegegnerin, die außerhalb dessen liegen, das vorliegend nach Meinung der Kammer seitens der Beschwerdegegnerin beizubringen war, um ihrer Beweislast nachzukommen.

Da die Einspruchsabteilung im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu dem, als zutreffend zu erachtenden, Ergebnis gekommen ist, dass die behauptete offenkundige Vorbenutzung im wesentlichen durch die beiden Zeugenaussagen bewiesen worden ist, und es die Beschwerdeführerin nicht vermochte, die Beweiskraft dieser Zeugenaussagen zu erschüttern, bestand für die Einsprechende / Beschwerdegegnerin weder im Einspruchsverfahren noch im Beschwerdeverfahren eine Veranlassung zum Einreichen weiterer Beweismittel.

5. *Mangelnde Neuheit*

Da, wie in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, das offenkundig vorbenutzte Verfahren sämtliche Merkmale des im Anspruch 1 in der erteilten Fassung definierten Verfahrens zur Reinigung einer UHT-Anlage umfasst, trifft auch die Entscheidung der Einspruchsabteilung zu,

nach der das Verfahren nach dem Anspruch 1 des Patents in der erteilten Fassung nicht neu ist (Artikel 54 EPÜ). Demzufolge ist die auf die Aufrechterhaltung des Patents in der erteilten Fassung gerichtete Beschwerde der Beschwerdeführerin unbegründet.

Entscheidungsformel

Aus diesen Gründen wird entschieden:

1. Der Antrag der Beschwerdeführerin vom 10. Juli 2009 wird nicht als Beschwerde behandelt.
2. Die Beschwerde vom 15. September 2008 wird zurückgewiesen.

Der Geschäftsstellenbeamte:

Der Vorsitzende:

G. Nachtigall

H. Meinders