

Interner Verteilerschlüssel:

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

**Datenblatt zur Entscheidung
vom 26. Oktober 2011**

Beschwerde-Aktenzeichen: T 1644/10 - 3.3.05

Anmeldenummer: 03773412.6

Veröffentlichungsnummer: 1583597

IPC: B01D 33/21

Verfahrenssprache: DE

Bezeichnung der Erfindung:

Filtereinrichtung

Patentinhaber:

UTISOL Technologies AG

Einsprechender:

Huber SE

Stichwort:

Versäumnis der Einspruchsfrist/UTISOL

Relevante Rechtsnormen (EPÜ 1973):

EPÜ Art. 64(1), 97(4), 98, 99(1)(2)(4), 112(1), 113(2),
Art. 122, 125

Schlagwort:

"Versäumnis der Einspruchsfrist (ja)"

"Fiktion der Nichteinlegung des Einspruchs (ja)"

"Rechtswirkung der Veröffentlichung der Patentschrift auf den
Lauf der Einspruchsfrist (nein)"

"Tatbestand der Wiedereinsetzung nach Art. 122 EPÜ (nein)"

"Anwendung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes im *inter
partes* Verfahren nach Interessenabwägung (nein)"

"Vorlage einer Rechtsfrage an die Große Beschwerdekammer
(nein)"

Zitierte Entscheidungen:

G 0001/86, G 0005/88, G 0002/97, J 0014/87, J 0014/94,
J 0010/07, T 0152/85, T 0314/87, T 0323/87, T 0438/87,
T 0702/89, T 0781/04, T 1172/04, T 1145/09, T 1973/09

Orientierungssatz:

1. Der Beginn des Laufs der Einspruchsfrist ist nach dem Wortlaut des Artikels 99 (1) EPÜ 1973 ausschließlich davon abhängig, dass ein Europäisches Patent erteilt und der Hinweis auf die Erteilung im Europäischen Patentblatt veröffentlicht wurde, nicht aber davon, dass die Patentschrift veröffentlicht wurde. (Siehe Punkt 6 der Entscheidungsgründe).
2. Der im Europäischen Patentblatt veröffentlichte Hinweis über die Herausgabe eines Korrigendums zur Patentschrift lässt weder eine erste noch eine "weitere" Einspruchsfrist beginnen, selbst wenn die korrigierte Patentschrift gegenüber der ursprünglich veröffentlichten Patentschrift einen breiteren Schutzbereich ausweist. (Siehe Punkt 11 der Entscheidungsgründe).
3. Die Anwendung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes im *inter partes* Verfahren bei Versäumung der Einspruchsfrist unterliegt einer Interessenabwägung. Das Vertrauen des Patentinhabers auf die Bestands- bzw. Rechtskraft des Erteilungsbeschlusses ist nicht grundsätzlich dem Vertrauen des Einsprechenden auf die Richtigkeit des Inhalts der veröffentlichten Patentschrift untergeordnet. Dies würde dem Gebot der prozessualen Gleichbehandlung der Parteien widersprechen. (Siehe Punkt 27 der Entscheidungsgründe)



Aktenzeichen: T 1644/10 - 3.3.05

ENTSCHEIDUNG
der Technischen Beschwerdekammer 3.3.05
vom 26. Oktober 2011

Beschwerdeführerin: Huber SE
(Einsprechende) Industriepark Erasbach A1
D-92334 Berching (DE)

Vertreter: Bergmeier, Werner
Canzler & Bergmeier
Friedrich-Ebert-Straße 84
D-85055 Ingolstadt (DE)

Beschwerdegegnerin: UTISOL Technologies AG
(Patentinhaberin) c/o TEBOR Treuhand AG
Bahnhofstraße 21
Postfach 4824
CH-6304 Zug (CH)

Vertreter: Müller, Markus Andreas
Frei Patentanwaltsbüro
Postfach 1771
CH-8032 Zürich (CH)

Angefochtene Entscheidung: Entscheidung der Einspruchsabteilung des Europäischen Patentamts, die am 15. Juni 2010 zur Post gegeben wurde, wonach der Einspruch gegen das europäische Patent Nr. 1583597 aufgrund des Artikels 99 (1), Satz 3 EPÜ als nicht eingelegt gilt.

Zusammensetzung der Kammer:

Vorsitzender: G. Raths
Mitglieder: E. Wäckerlin
S. Hoffmann

Sachverhalt und Anträge

- I. Die Beschwerde der Einsprechenden (Beschwerdeführerin) richtet sich gegen die Entscheidung der Einspruchsabteilung vom 15. Juni 2010, mit der festgestellt wurde, dass der am 18. Dezember 2008 eingegangene Einspruch als nicht eingelegt gilt und dass die Einspruchsgebühr zurückzuerstatten ist.

- II. Dem Verfahren liegt die internationale Anmeldung PCT/CH2003/000793 mit dem internationalen Anmeldedatum 2. Dezember 2003 und dem europäischen Patentamt als Bestimmungsamt zu Grunde. Sie erhielt für das Verfahren vor dem Europäischen Patentamt die Anmeldenummer 03773412.6 zugeteilt.

- III. Nach Eintritt in die europäische Phase teilte die Prüfungsabteilung des Europäischen Patentamts der Anmelderin (Beschwerdegegnerin) durch Bescheid vom 8. Dezember 2005 gemäß Regel 51(4) EPÜ 1973 mit, dass ein Europäisches Patent auf der Grundlage der eingereichten Unterlagen erteilt werden könne, wenn die Beschwerdegegnerin den von der Prüfungsabteilung vorgeschlagenen Änderungen zur Formulierung des Anspruchs 1 zustimme und die erforderlichen Übersetzungen der Ansprüche einreiche sowie die Erteilungsgebühr einzahle.

- IV. Mit Schreiben vom 10. April 2006 stimmte die Beschwerdegegnerin den von der Prüfungsabteilung vorgenommenen Änderungen zu und reichte unter Berufung auf Regel 86(3) EPÜ 1973 eine neue Anspruchsseite ein, die gegenüber der von der Prüfungsabteilung vorgeschlagenen Fassung des Anspruchs 1 eine weitere Änderung enthielt.

Die Beschwerdegegnerin begründete diesen Antrag. Gleichzeitig legte sie gemäß dieser neuen Fassung die englische und französische Übersetzungen aller Ansprüche vor und zahlte die Erteilungsgebühr.

- V. Mit Datum vom 21. Juli 2006 stimmte die Prüfungsabteilung der von der Beschwerdegegnerin beantragten weiteren Änderung des Anspruchs 1 gemäß Regel 86(3) EPÜ 1973 zu und bestätigte den Austausch der geänderten Seiten, was der Beschwerdegegnerin mit Bescheid vom 26. September 2006 mitgeteilt wurde.
- VI. Die Entscheidung der Prüfungsabteilung über die Erteilung eines Europäischen Patents Nr. 1583597 gemäß Artikel 97(2) EPÜ 1973, datiert auf 26. Oktober 2006, nahm auf die in der Mitteilung nach Regel 51(4) EPÜ 1973 aufgeführten Unterlagen und den am 10. April 2006 eingereichten Antrag auf Änderung des Wortlauts des Anspruchs 1 Bezug. Anspruch 1 definierte demnach eine Filtereinrichtung mit drei durch das Wort "oder" getrennten Ausführungsarten einer Begasungseinrichtung. In der Entscheidung wies die Prüfungsabteilung darauf hin, dass der Hinweis auf die Erteilung des Patents im Europäischen Patentblatt 06/47 am 22. November 2006 bekannt gemacht werde.
- VII. Der Hinweis über die Erteilung des Patents erfolgte im Europäischen Patentblatt, wie angekündigt, am 22. November 2006.

Die gleichzeitig vom Europäischen Patentamt veröffentlichte Patentschrift Nr. EP 1 583 597 B1 (im Folgenden B1-Schrift) enthielt in der deutschen Fassung den Wortlaut des Anspruchs 1 wie von der

Prüfungsabteilung in der Mitteilung nach Regel 51(4) EPÜ 1973 vorgeschlagen, nicht aber die am 10. April 2006 von der Beschwerdegegnerin zusätzlich beantragte und im Patenterteilungsbeschluss angeführte Änderung des Anspruchs 1, die den Gegenstand der dritten Ausführungsart der Begasungseinrichtung definierte. Die englische und französische Fassungen des Anspruchs 1 in der veröffentlichten Patentschrift enthielten jedoch diese im Patenterteilungsbeschluss angeführte zusätzliche Änderung.

- VIII. Das Europäische Patentamt teilte mit Datum vom 26. September 2007 der Beschwerdegegnerin mit, dass bis zum Ablauf der Frist von neun Monaten nach Bekanntmachung des Hinweises auf die Erteilung des europäischen Patents kein Einspruch zu den Akten gelangt sei.
- IX. Mit am 12. Dezember 2007 bei dem Europäischen Patentamt eingegangenen Schreiben vom 10. Dezember 2007 stellte die Beschwerdegegnerin fest, dass die deutsche Fassung des Anspruchs 1 in der veröffentlichten Patentschrift nicht dem Erteilungsbeschluss entspreche und nicht die am 10. April 2006 eingereichte zusätzliche Änderung enthalte. Dementsprechend beantragte die Beschwerdegegnerin unter Berufung auf Punkt 5 der Rechtsauskunft Nr. 17/90 des Europäischen Patentamts die Korrektur der Veröffentlichung.
- X. Die Prüfungsabteilung teilte der Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 1. Februar 2008 mit, dass dem Antrag auf Berichtigung des Fehlers in der europäischen Patentschrift stattgegeben werde. Sie ordnete die Veröffentlichung eines Hinweises auf den Neudruck einer

korrigierten Patentschrift (B9-Schrift) in Abschnitt II.12 des Europäischen Patentblattes vom 19. März 2008 an.

XI. Am 18. Dezember 2008 legte die Beschwerdeführerin unter ihrer Firma Hans Huber AG Maschinen- und Anlagenbau, Berching, Einspruch gegen das streitgegenständliche Patent mit dem Antrag ein, das Patent im Umfang der erstmals in der korrigierten Fassung der Patentschrift veröffentlichten Ausführungsart c des Anspruchs 1 zu widerrufen. Sie zahlte zugleich die Einspruchsgebühr ein und begründete den Einspruch.

XII. Für die Prüfungsabteilung stellte das Europäische Patentamt mit Schreiben vom 30. Januar 2009 den Eintritt eines Rechtsverlusts gemäß Regel 112 (1) EPÜ fest. Unter Verweis auf die Rechtsauskunft des Europäischen Patentamts Nr. 17/90 wurde festgestellt, dass der Einspruch als nicht eingelegt gelte, weil er nach Ablauf der durch Artikel 99 (1) EPÜ bestimmten Frist eingelegt worden sei, die am 22. August 2007 geendet habe.

Hierauf beantragte die Beschwerdeführerin mit am 10. Februar 2009 eingegangenem Schreiben eine Entscheidung des Europäischen Patentamts zur Zulässigkeit des Einspruchs.

XIII. Am 15. Juni 2009 versandte nunmehr die Einspruchsabteilung an die Beschwerdeführerin eine Mitteilung gemäß Artikel 113 EPÜ, in der sie ebenfalls darauf hinwies, dass der Einspruch nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist eingelegt worden sei, da für die Berechnung der Frist ausschließlich der Tag der Bekanntmachung des Hinweises auf die Erteilung des

Europäischen Patents im Europäischen Patentblatt maßgebend sei. Artikel 98 EPÜ schreibe nur vor, dass das Europäische Patentamt die europäische Patentschrift zu veröffentlichen habe, knüpfe daran aber keine Rechtswirkungen, so dass die spätere Korrektur des Wortlauts des Anspruchs 1 in der Verfahrenssprache der Patentschrift keinen Einfluss auf den Lauf der Einspruchsfrist habe.

In Erwiderung vom 21. Juli 2009 auf diese Mitteilung, beantragte die Beschwerdeführerin, eine sofortige Entscheidung zur Zulässigkeit des Einspruchs zu treffen, ohne zuvor eine mündliche Verhandlung durchzuführen.

- XIV. Mit Schreiben vom 14. September 2009 zeigte die Einsprechende ihre Umfirmierung in Huber SE an und legte einen Handelsregisterauszug vom 20. Juli 2009 vor, der ausweist, dass die Huber SE durch formwechselnde Umwandlung der Hans Huber AG Maschinen- und Anlagenbau, Berching entstanden ist.
- XV. Die Einspruchsabteilung erließ unter Datum 15. Juni 2010 die Entscheidung, dass der am 18. Dezember 2008 eingegangene Einspruch gemäß Artikel 99 (1) und Regel 77(1) EPÜ als nicht eingelegt gelte und die Einspruchsgebühr zurückzuerstatten sei.

In den schriftlichen Gründen dieser Entscheidung wiederholte die Einspruchsabteilung ihre bereits früher mitgeteilte rechtliche Auffassung und führte aus, dass durch die Korrektur der Patentschrift vom 19. März 2008 der Erteilungsbeschluss und damit die maßgebliche Fassung des Patents weder neu datiert noch aufgehoben oder gar neu erlassen worden sei und zitierte hierzu die

Rechtsauskunft des Europäischen Patentamts Nr. 17/90 (Amtsblatt EPA 1990, 260, Punkte 1 und 5, sowie die zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Richtlinien für die Prüfung, C-VI, 14.8). Die Korrektur der Patentschrift habe demnach auf den Lauf der Einspruchsfrist nach Artikel 99 EPÜ keinen Einfluss. Der nach Ablauf der Einspruchsfrist eingereichte Einspruch der Beschwerdeführerin gelte daher gemäß Artikel 99 (1) EPÜ als nicht eingelegt.

XVI. Gegen die Entscheidung der Einspruchsabteilung legte die Beschwerdeführerin am 24. Juli 2010 mit auf 22. Juli 2010 datiertem Schreiben Beschwerde ein und entrichtete die Beschwerdegebühr.

XVII. In der am 25. Oktober 2010 eingereichten Begründung zur Beschwerde beantragte die Beschwerdeführerin, die Entscheidung der Einspruchsabteilung vom 15. Juni 2010 aufzuheben und den Einspruch der Beschwerdeführerin vom 18. Dezember 2008 gegen das streitgegenständliche Patent als rechtzeitig eingelegt zu behandeln und das Patent zu widerrufen, oder die Sache an die Einspruchsabteilung zurückzuverweisen. Hilfsweise beantragte sie die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, und äußerst hilfsweise, die Vorlage einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung an die Grosse Beschwerdekammer.

Die Beschwerdeführerin begründete die Beschwerde u.a. wie folgt:

Das Europäische Patent EP 1583 597 B1 sei am 22. November 2006 veröffentlicht worden. Der mit der Patentschrift B1 veröffentlichte Wortlaut des

Patentanspruchs 1 habe dabei neben anderen Merkmalen lediglich zwei Varianten einer Begasungseinrichtung enthalten, nämlich

"a) mindestens einen parallel zu einer Hohlwelle angeordneten länglichen Hohlkörper, der beiderseits an den Enden verschlossen ist oder alternativ

b) mindestens einen horizontal sowie orthogonal zu einer Hohlwelle angeordneten länglichen Hohlkörper."

Durch die "oder" - Verknüpfung dieser beiden Varianten der Begasungseinrichtung sei der Patentanspruch 1 wie zwei nebengeordnete Patentansprüche zu beurteilen.

Am 19. März 2008 sei mit der Schrift EP 1 583 597 B9 ein Korrigendum der Patentschrift veröffentlicht worden. Die neue Fassung des Patentanspruchs 1 enthalte nunmehr neben den bereits mit der B1-Schrift veröffentlichten Varianten der Begasungseinrichtung eine dritte Variante, welche besage, dass

"c) die Begasungseinrichtung eine Hohlwelle mit Öffnungen zum Gasaustritt aufweist."

Der Einspruch richte sich allein gegen diese erstmals mit der B9-Schrift veröffentlichte Variante c. Der Öffentlichkeit müsse die Möglichkeit eingeräumt werden, diese Variante mit einem Einspruch anzugreifen. Die Einspruchsabteilung berufe sich zu Unrecht auf die Rechtsauskunft des Europäischen Patentamts Nr. 17/90, da sich diese nur auf Druckfehler im eigentlichen Sinn beziehe. Im vorliegenden Fall sei der Druck der Patentschrift ohne Fehler erfolgt, hingegen enthalte diese einen Fehler, der im Erteilungsverfahren erfolgt

sei. Die veröffentlichte B1-Schrift enthalte nämlich die der Mitteilung gemäß Regel 51 (4) EPÜ vom 8. Dezember 2005 zu Grunde liegende Fassung des Anspruchs 1 und nicht die nachträglich eingereichte geänderte Fassung des Patentanspruchs 1. Die Öffentlichkeit sei daher falsch informiert worden.

Es bestehe ferner ein Rechtsschutzbedürfnis der Öffentlichkeit, sich gegen unberechtigte Schutzansprüche zur Wehr setzen zu können. Grundvoraussetzung, um dieses Recht wahrnehmen zu können, sei, dass der Öffentlichkeit eine Information über das Schutzrecht und dessen Schutzzumfang zugänglich gemacht werde. Diese Möglichkeit werde der Öffentlichkeit genommen, wenn ein "nebengeordneter" Patentanspruch, welcher eine erhebliche Auswirkung auf den Schutzzumfang des Patents habe, nicht so veröffentlicht werde, dass dagegen Einspruch eingelegt werden könne. Eine Verweigerung des gesetzlichen Rechts auf Einspruch hinsichtlich dieses nebengeordneten Patentanspruchs würde den Verlust zweier Instanzen, nämlich Einspruch und Beschwerde, bedeuten.

Zugleich würde der nach Artikel 125 EPÜ anzuwendende Grundsatz des Vertrauensschutzes verletzt, da die Öffentlichkeit darauf vertrauen dürfe, dass Auskünfte des Europäischen Patentamts nicht zu einem Rechtsnachteil der Öffentlichkeit führten. Es sei der Öffentlichkeit nicht zuzumuten, bei jeder Patentschrift Akteneinsicht zu nehmen, um wirklich sicherzustellen, dass die Veröffentlichung nicht fehlerhaft sei.

XVIII. Die Beschwerdegegnerin wies in ihrer Beschwerdeerwiderung vom 25. Februar 2011 darauf hin, dass die maßgebende Fassung des Patents die im Verfahren

bereinigte, nicht die veröffentlichte Fassung sei. Die Herausgabe der Patentschrift diene, wie in der Rechtsauskunft Nr. 17/90 des Europäischen Patentamts dargelegt, lediglich dazu, der Öffentlichkeit den Zugang zum Inhalt des Patents zu erleichtern. Die Rechtsauskunft beziehe sich grundsätzlich auf Diskrepanzen zwischen der veröffentlichten europäischen Patentschrift und der dem Erteilungsbeschluss zugrunde liegenden Fassung, unabhängig davon, wie sie zustande kamen und ob sie "Druckfehler" genannt werden. In den Jahren seit der Erstellung dieser Rechtsauskunft habe sich die faktische Bedeutung der Veröffentlichung der Patentschrift zudem noch verringert, da mittlerweile die B1-Schrift nicht einmal mehr in gedruckter Form veröffentlicht werde. Sie habe somit ihre Rolle als Informationsquelle über den Schutzbereich des Patents verloren. Der Einsprechenden wäre es zumutbar gewesen, elektronische Akteneinsicht zu nehmen. Die Beschwerdeführerin könne sich daher nicht auf den Vertrauensschutz berufen.

- XIX. Mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung versandte die Beschwerdekammer einen Bescheid über ihre vorläufige Rechtsansicht, zu der die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 26. September 2011 Stellung nahm. Die Beschwerdeführerin vertrat weiterhin die Ansicht, dass die Bekanntmachung des Hinweises auf die Erteilung eines europäischen Patents nach Art. 97 (3) EPÜ 2000 und die Veröffentlichung der Patentschrift nach Artikel 98 EPÜ erst gemeinsam die Entscheidungsgrundlage für einen etwaigen Einspruch bilden. Wenn einer dieser beiden Veröffentlichungen einen schwerwiegenden Fehler und nicht nur einen "Druckfehler" enthalte, müsse die fehlende Information unverzüglich nachgeholt werden. In

einem solchen Fall könne der Öffentlichkeit das Recht auf Einspruch nicht vorenthalten werden. Die Frist zur Einlegung des Einspruchs habe daher zumindest für den korrigierten Teil des Anspruchs 1 mit der Veröffentlichung der B9-Schrift begonnen. Sinngemäß sei diese Auffassung bereits von der Entscheidung J 14/87 bestätigt worden, da darin festgestellt worden sei, dass schwerwiegende Fehler in der Bekanntmachung des Hinweises auf die Erteilung eines europäischen Patents zur Folge hätten, dass die Rechtswirkungen des Artikels 97 (3) EPÜ 2000 nicht eintreten würden. Die Feststellung in der Entscheidung T 438/87, dass der veröffentlichten Patentschrift keinerlei Rechtswirkung zukomme, betreffe den Fall, in dem die veröffentlichte Patentschrift fehlerhaft einen gegenüber dem Patenterteilungsbeschluss breiteren Schutzzumfang des Patents definiere. Hierdurch sei die interessierte Öffentlichkeit bereits durch die fehlerhafte Patentschrift ausreichend über den möglichen Schutzzumfang informiert und "alarmiert", um mittels Akteneinsicht den Inhalt des Erteilungsbeschlusses einzusehen. Im vorliegenden Fall habe der mit der B1-Schrift veröffentlichte Schutzzumfang des Anspruchs 1 für die interessierte Öffentlichkeit keinen Anlass begründet, Akteneinsicht zu nehmen, um den Inhalt des Erteilungsbeschlusses zu überprüfen. Es stelle sich daher die Frage, ob nur der Hinweis auf die Erteilung eines europäischen Patents nach Artikel 97 (3) EPÜ 2000 für den Beginn des Laufs der Einspruchsfrist maßgebend sein könne, unabhängig davon, ob die Unterrichtung der Öffentlichkeit durch die Veröffentlichung der zugehörigen Patentschrift gemäß Artikel 98 EPÜ 2000 mit dem Hinweis übereinstimme. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung sei die Vorlage dieser Frage an die Grosse Beschwerdekammer gerechtfertigt.

XX. Am 26. Oktober 2011 fand eine mündliche Verhandlung vor der Beschwerdekammer statt, an der die Beschwerdegegnerin, wie schriftlich angekündigt, nicht teilnahm.

XXI. In der mündlichen Verhandlung betonte die Beschwerdeführerin, dass eine Patentschrift, die einen engeren Schutzbereich als das tatsächlich erteilte Patent ausweist, nicht als korrekter und wirksamer Hinweis auf die Erteilung des europäischen Patents gemäß Artikel 97(3) EPÜ 2000 angesehen werden könne.

Der Vertrauensschutz gebiete es, dass sich die Öffentlichkeit auf den Inhalt der veröffentlichten Patentschrift verlassen können müsse, da diese Bestandteil der Bekanntmachung des Patents sei. Der patentrechtliche Praktiker fordere bei Kenntnisnahme der Veröffentlichung des Hinweises auf die Erteilung des Patents die Patentschrift vom Europäischen Patentamt an und prüfe anhand dieser Patentschrift, ob der Schutzbereich des erteilten Patents störend und somit das Einlegen eines Einspruchs geboten sei.

Das in Artikel 64 EPÜ angeführte Recht auf das Patent könne nur im Umfang des in der Patentschrift ausgewiesenen Schutzbereichs gegenüber der Öffentlichkeit geltend gemacht werden. Die Wirkungen des Patents nach Artikel 64 EPÜ könnten daher auch nur in diesem Umfang eintreten. Die Rechtsauskunft Nr. 17/90 betone denn auch, dass die Patentschrift der Öffentlichkeit den Zugang zum Inhalt des erteilten Patents, insbesondere Art und Umfang des Schutzrechts,

erleichtern solle. Im vorliegenden Fall habe die Patentschrift diesen Zweck nicht erfüllen können.

Ein Sachverhalt, der die Frage einer Wiedereinsetzung in die Einspruchsfrist gemäß Artikel 122 EPÜ berühren könnte, liege nicht vor, da die Öffentlichkeit keinen Fehler gemacht habe und Artikel 122 EPÜ nur dem Anmelder oder dem Patentinhaber das Recht auf Wiedereinsetzung einräume.

Am Ende der mündlichen Verhandlung stellte die Beschwerdeführerin den Antrag, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und das Patent zu widerrufen; hilfsweise beantragte sie, bei Zurückweisung dieses Antrags, die Rückzahlung der Einspruchsgebühr, wie bereits von der 1. Instanz angeordnet, zu bestätigen.

Der Vorsitzende stellte daraufhin fest, dass die Beschwerdegegnerin im schriftlichen Verfahren keinen expliziten Antrag gestellt hatte, dass sich aber aus ihrem Sachvortrag ergebe, dass sie implizit die Zurückweisung der Beschwerde beantrage.

Entscheidungsgründe

Zulässigkeit der Beschwerde

1. Die Beschwerde erfüllt die Voraussetzungen unter Artikel 106 bis 108 und Regel 99 EPÜ und ist daher zulässig.

Die Firma der Einsprechenden und Beschwerdeführerin war von Amts wegen auf Huber SE zu berichtigen. Auf Grund

des mit Schreiben vom 14. September 2009 vorgelegten Handelsregisterauszugs ergibt sich, dass die Firma Huber SE durch formwechselnde Umwandlung aus der Firma Hans Huber AG Maschinen- und Anlagebau entstanden ist. Bei der formwechselnden Umwandlung nach deutschem Recht erfolgt lediglich ein Wechsel der Rechtsform, nicht aber der Rechtspersönlichkeit. Kraft der gesetzlichen Fiktion in § 202 (1) deutsches Umwandlungsgesetz bleibt die rechtliche Identität der formwechselnden Gesellschaft erhalten. Die Firmenänderung ist daher jederzeit von Amts wegen zu berücksichtigen.

2. Die Beschwerde ist nicht begründet. Die in der angefochtenen Entscheidung dargelegten Gründe, dass der Einspruch verspätet eingelegt wurde, sind, wie nachfolgend näher ausgeführt wird, nicht zu beanstanden.

Anzuwendende Vorschriften (EPÜ 1973 versus EPÜ 2000)

3. Da der vorliegenden Anmeldung der 2. Dezember 2003 als Anmeldetag zugrunde liegt, stellt sich die Frage, welche Vorschriften nach Inkrafttreten des EPÜ 2000 Anwendung finden. Hierbei gilt Folgendes: Prozessuale Ereignisse, die vor dem Inkrafttreten des EPÜ 2000 am 13. Dezember 2007 verfahrensgestaltend schon rechtswirksam und abgeschlossen waren (z.B. Ablauf der Einspruchsfrist), unterliegen der Beurteilung nach altem Recht (vgl. J 10/07, ABl. 2008, 567, Entscheidungsgründe Punkt 1; T 1172/04, Entscheidungsgründe Punkt 1, tempus regit actum). Auf prozessual zu diesem Zeitpunkt nicht abgeschlossene Sachverhalte sind die neuen Vorschriften anzuwenden, soweit sie in Artikel 1 Nr. 1 Satz 1 und Nr. 2 des Beschlusses des Verwaltungsrats vom 28. Juni 2001 über die Übergangsbestimmungen nach Artikel 7 der

Akte zur Revision des Europäischen Patentübereinkommens vom 29. November 2000 (EPA ABl. Sonderausgabe Nr. 1/2007, 197) aufgeführt sind. Nach Überzeugung der Beschwerdekammer weichen die nachfolgend zitierten Vorschriften nach altem bzw. neuem Recht in ihrem sachlichen Regelungsgehalt nicht von einander ab, selbst wenn numerische oder sprachliche Anpassungen im Einzelfall vorzufinden sind. Es scheint der Beschwerdekammer daher nicht erforderlich zu sein, bei jeder einzelnen Vorschrift die Rechtslage näher zu erläutern. Im Ergebnis kommen nur die Vorschriften des EPÜ 1973 zur Anwendung.

Berechnung des Beginns und Ablaufs der Einspruchsfrist

4. Die Beschwerdekammer geht in Übereinstimmung mit den Parteien von folgendem Sachverhalt aus: Der Wortlaut des Anspruchs 1 gemäß Patenterteilungsbeschlusses vom 26. Oktober 2006 umfasste drei nebengeordnete Alternativen a, b und c, während der Wortlaut des Anspruchs 1 in der Patentschrift in der maßgeblichen Verfahrenssprache Deutsch lediglich die beiden Alternativen a und b, nicht aber die Alternative c enthielt.

Die Beschwerdeführerin beruft sich darauf, dass ihr Einspruch "nur" gegen die Ausführungsart c in Anspruch 1 gerichtet sei und die neunmonatige Einspruchsfrist daher hinsichtlich dieses Gegenstands erst mit Veröffentlichung der B9-Schrift zu laufen begonnen habe. Nach Artikel 99 (1) EPÜ sei der Einspruch gegen das Patent innerhalb von 9 Monaten nach Bekanntmachung des Hinweises auf die Erteilung des europäischen Patents einzureichen. Im vorliegenden Fall sei aber kein Hinweis auf die Erteilung des europäischen Patents, das dem

Erteilungsbeschluss zugrunde lag, veröffentlicht worden, da die Patentschrift B1 unrichtig war.

Der Beschwerdekammer stellte sich rechtlich daher die Frage, ob und in welcher Weise die Veröffentlichung der Patentschrift den Beginn des Laufs der Einspruchsfrist bestimme und ob die Veröffentlichung der B9-Schrift mit einem gegenüber der B1-Schrift breiteren Schutzbereich den Lauf einer neuen, gegebenenfalls auf den Gegenstand der Alternative c beschränkten Einspruchsfrist in Gang setze.

5. Die Rechtzeitigkeit des Einspruchs ist abhängig vom Beginn des Laufs der Einspruchsfrist, der damit auch das Ende der neunmonatigen Einspruchsfrist festlegt, und ferner vom Zeitpunkt der Zahlung der Einspruchsgebühr.

Gemäß dem zum Zeitpunkt der Einreichung des Einspruchs geltenden Artikel 99 (1) EPÜ 1973 ist ein Einspruch gegen ein Europäisches Patent innerhalb von neun Monaten nach Bekanntmachung des Hinweises auf die Erteilung im Europäischen Patentblatt einzulegen (Artikel 99 (1), Satz 1 EPÜ 1973); er gilt erst als eingelegt, wenn die Einspruchsgebühr entrichtet worden ist (Artikel 99 (1), Satz 2 EPÜ 1973).

6. Im vorliegenden Fall erfolgte die Bekanntmachung des Hinweises über die Erteilung des Europäischen Patents im Europäischen Patentblatt 06/47 am 22. November 2006. Die neunmonatige Einspruchsfrist endete somit am 22. August 2007. Der am 18. Dezember 2008 eingereichte Einspruch erfolgte daher nicht fristgerecht und gilt im Hinblick auf die ebenfalls erst an diesem Tag durch Abbuchungsauftrag eingezahlte Einspruchsgebühr als nicht

eingelegt. (Zum Erfordernis der Einzahlung der Einspruchsgebühr innerhalb der Einspruchsfrist: vgl. T 152/85, Entscheidungsgründe Punkt 1).

Der Beginn des Laufs der Einspruchsfrist ist somit nach dem Wortlaut des Artikels 99 (1) EPÜ 1973 ausschließlich davon abhängig, dass ein Europäisches Patent erteilt wurde und der Hinweis auf die Erteilung im Europäischen Patentblatt veröffentlicht wurde, nicht aber davon, dass die Patentschrift veröffentlicht wurde.

Keine Rechtswirkung der Bekanntmachung der Patentschrift

7. Auch die Beschwerdeführerin stellte nicht in Zweifel, dass im vorliegenden Fall der Patenterteilungsbeschluss die Ausführungsart c in Anspruch 1 zum Gegenstand hatte, und dass der Hinweis auf die Patenterteilung am 22. November 2006 im Europäischen Patentblatt erfolgte.

Dieser Hinweis entsprach inhaltlich den Anforderungen nach Artikel 97 (4) EPÜ 1973. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, der Hinweis sei fehlerhaft gewesen, soweit die Patentschrift B1 fehlerhaft war, widerspricht dem Wortlaut der Vorschrift, der nur auf die prozessuale Tatsache der Patenterteilung, nicht aber auf die Patentschrift verweist. Die im vorliegenden Fall erfolgte Bekanntmachung des Hinweises auf die Erteilung des Patents im Europäischen Patentblatt am 22. November 2006 war, wie auch die Beschwerdeführerin einräumte, inhaltlich vollständig und korrekt und enthielt daher auch keinen der in der Entscheidung J 14/87 (Entscheidungsgründe Punkt 11) in Betracht gezogenen Mangel der Veröffentlichung.

8. Da es nach Artikel 99 (1) EPÜ 1973 für die Fristberechnung auf die Veröffentlichung der Europäischen Patentschrift nicht ankommt, gilt dies auch für die Veröffentlichung einer späteren Berichtigung der Patentschrift (vgl. T 438/87, Entscheidungsgründe Punkt 4.1).

Auch aus der Gesetzssystematik von Artikel 98 EPÜ 1973 mit Artikel 99 EPÜ 1973 ergibt sich, dass dem Wortlaut der veröffentlichten Patentschrift selbst bei inhaltlicher Abweichung vom Patenterteilungsbeschluss keinerlei Rechtswirkung zukommt.

Artikel 98 EPÜ 1973 bestimmt lediglich:

"Das Europäische Patentamt gibt gleichzeitig mit der Bekanntmachung des Hinweises auf die Erteilung des europäischen Patents eine europäische Patentschrift heraus, in der die Beschreibung, die Patentansprüche und gegebenenfalls die Zeichnungen enthalten sind."

Wenn der Gesetzgeber trotzdem im darauf folgenden Artikel 99 (1) 1973 den Beginn der Frist ausschließlich vom Tag der Veröffentlichung des Hinweises auf die Patenterteilung im Patentblatt abhängig macht und die erfolgte Bekanntmachung der Patentschrift nicht anführt, ist offensichtlich, dass der Lauf der Einspruchsfrist nicht von der öffentlichen Verfügbarkeit der Patentschrift abhängig sein soll. Rechtlich ist es daher auch für den Beginn des Laufs der Einspruchsfrist unerheblich, ob der in der Patentschrift angegebene Schutzbereich gegenüber dem im Erteilungsbeschluss festgelegten Schutzbereich kleiner ist oder darüber hinaus geht.

Systematik der Artikel 64 (1), 97 (4) und 99 (1) EPÜ 1973

9. Die mit Artikel 99 (1) EPÜ 1973 getroffene Regelung dient auch der Rechtssicherheit. Das Datum der Bekanntmachung des Hinweises auf die Patenterteilung steht durch die routinemäßige Herausgabe des Europäischen Patentblatts zu einem im Voraus festgelegten Datum eindeutig und auch zu jedem späteren Zeitpunkt nachvollziehbar fest, wohingegen die tatsächliche Herausgabe der Patentschrift unsicher sein kann, da das Gesetz hierzu keine Dokumentationspflicht vorschreibt. Der Zeitpunkt der Wirksamkeit des europäischen Patents muss aber im Hinblick auf die entstehenden nationalen Patentrechte einfach und sicher nachvollziehbar sein. So bestimmt Artikel 64 (1) EPÜ 1973, dass das europäische Patent seinem Inhaber von dem Tag der Bekanntmachung des Hinweises auf seine Erteilung an in jedem Vertragsstaat, für den es erteilt ist (vorbehaltlich des Absatzes 2) dieselben Rechte gewährt, die ihm ein in diesem Staat erteiltes nationales Patent gewähren würde. Eine zusätzliche Bedingung, dass die Herausgabe der Patentschrift erfolgt und inhaltlich korrekt sein muss, ist zur Wirksamkeit des Patents vom Gesetz ausdrücklich nicht aufgenommen worden.

Der in Artikel 64 EPÜ 1973 statuierte Zeitpunkt der Wirksamkeit des europäischen Patents in den Vertragsstaaten ist nicht zufällig deckungsgleich mit dem in Artikel 97 (4) EPÜ 1973 angeordneten Zeitpunkt der Veröffentlichung des Hinweises im Europäischen Patentblatt und dem im Artikel 99 (1) EPÜ 1973 angeordneten Beginn des Laufs der Einspruchsfrist, sondern dient der vom Gesetzgeber beabsichtigten

Rechtssicherheit. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass das Patenterteilungsverfahren ein ex-parte Verfahren ist und sachlich mit der Zustellung (Bekanntgabe) des Patenterteilungsbeschlusses an den Anmelder abgeschlossen wäre. In Abweichung von diesen Verfahrensgrundsätzen wird die Rechtswirksamkeit des Patenterteilungsbeschlusses nach Artikel 97 (4) EPÜ 1973 auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung des Hinweises auf die Patenterteilung im Europäischen Patentblatt verschoben, um aus Gründen der Rechtssicherheit das europäische Patentrecht mit den nach Artikel 64 EPÜ 1973 gewährten nationalen Rechten zeitgleich entstehen zu lassen. Die Notwendigkeit einer Zustellung der Patentschrift an den Anmelder oder die Öffentlichkeit zur Rechtswirksamkeit des Patenterteilungsbeschlusses kann aus diesen Vorschriften nicht entnommen werden und wäre völlig verfahrensfremd.

Auch aus diesen Gründen ist festzustellen, dass der Zeitpunkt der Bekanntmachung der Patentschrift keinen Einfluss auf den Beginn des Laufs der Einspruchsfrist hat. Dies entspricht dem Wortlaut des Artikels 99 (1) EPÜ 1973, dass der Einspruch "*innerhalb von neun Monaten nach Bekanntmachung des Hinweises auf die Erteilung des europäischen Patents im Europäischen Patentblatt*" eingelegt werden muss. Der Gesetzgeber hat somit den Beginn der Einspruchsfrist ausdrücklich mit dem Zeitpunkt der Wirksamkeit des europäischen Patents und dem Entstehen der nationalen Rechte gekoppelt.

Bestätigung der Rechtsauskunft Nr. 17/90

10. Die Beschwerdekammer hält daher die vom Europäischen Patentamt veröffentlichte, die Kammer aber nicht

bindende Rechtsauskunft Nr. 17/90 (EPA AB1. 1990, 260)
im Hinblick auf die dargelegte Rechtslage für zutreffend.

Die Beschwerdekammer teilt nicht die Auffassung der Beschwerdeführerin, dass die Bedeutung des von der Rechtsauskunft in Punkt 1 in Klammern verwendeten Begriffs "Druckfehler" sich auf bei dem Druckvorgang entstehende Unrichtigkeiten beschränkt. Die Rechtsauskunft definiert diesen Begriff als eine auf Grund eines Fehlers bei der Herstellung der europäischen Patentschrift vorhandenen Abweichung der Patentschrift gegenüber der dem Erteilungsbeschluss zu Grunde liegenden Fassung. Damit sind nicht nur bloße technische "Druck-setz-Fehler", sondern alle bei der Herstellung der Patentschrift möglichen Fehler definiert, was auch die Heranziehung einer nicht erteilten Fassung der Ansprüche mit einschließt.

Die Beschwerdekammer folgt daher auf Grund der dargelegten Gesetzeslage nicht der Ansicht der Beschwerdeführerin, dass die rechtliche Wirkung der Veröffentlichung eines Hinweises auf die Erteilung des europäischen Patents nur in dem Umfang eintritt, in dem der Wortlaut der Patentschrift mit dem Inhalt des Patenterteilungsbeschlusses übereinstimmt.

Keine Rechtswirkung der Bekanntgabe eines Korrigendums zur Patentschrift

11. Wenn schon der Bekanntgabe der B1-Schrift keine Rechtswirkung zukommt, konnte auch der Hinweis über die Herausgabe eines Korrigendums zur Patentschrift im Europäischen Patentblatt 2008/12 am 19. März 2008 keine Rechtswirkung im Hinblick auf den Beginn der

Einspruchsfrist haben. Die Bekanntmachung der B9-Schrift hat somit wegen der eindeutigen gesetzlichen Regelung weder eine "erste" Einspruchsfrist, noch eine "weitere" auf die Ausführungsart c im Anspruch 1 beschränkte Einspruchsfrist in Gang gesetzt.

Prinzip der Einheitlichkeit des Einspruchsverfahrens

12. Es ist ferner darauf hinzuweisen, dass eine solche von der Beschwerdeführerin angestrebte "Rechtskonstruktion" dem im EPÜ festgelegten Prinzip der Erteilung eines einheitlichen Patents widersprechen würde.

Es wäre gesetzwidrig davon auszugehen, dass mit der ersten Veröffentlichung am 22. November 2006 ein auf den Gegenstand der Alternativen a und b in Anspruch 1 beschränktes Patent und erst mit der Veröffentlichung der korrigierten Fassung am 19. März 2008 ein auch die Alternative c umfassendes Patent entstand, da im Erteilungs- oder Einspruchsverfahren immer nur ein einheitliches Patent auf der Grundlage des vom Anmelder entsprechend Artikel 113 (2) EPÜ ausdrücklich gebilligten Anspruchssatzes erteilt werden kann.

Das Europäische Patentamt ist im übrigen nicht befugt, aus einem vorgelegten Anspruchssatz auf einzelne gewährbare Ansprüche ein Patent zu erteilen und die übrigen Ansprüche dieses Anspruchssatzes als nicht gewährbar zurückzuweisen. Der Anspruchssatz ist nur in seiner Gesamtheit mit allen Ansprüchen gewährbar oder aber zurückzuweisen, wenn auch nur ein Anspruch nicht den Erfordernissen des Europäischen Patentübereinkommens entspricht.

Auch ein gegenständlich begrenzter Einspruch erfasst das gesamte europäische Patent und lässt kein Teilpatent im nicht angegriffenen Umfang entstehen, wie aus Artikel 99 (2) EPÜ 1973 abgelesen werden kann. Um immer die Aufrechterhaltung eines einheitlichen Patents zu gewährleisten, bestimmt daher Artikel 99 (4) EPÜ 1973, dass am Einspruchsverfahren neben dem Patentinhaber die Einsprechenden zu beteiligen sind. Diese Vorschrift stellt die Einheitlichkeit des Einspruchsverfahrens sicher, was z.B. ausschließt, dass bei mehreren Einsprechenden parallel oder hintereinander geschaltete Einspruchsverfahren geführt werden.

Die vom Europäischen Patentübereinkommen statuierte Systematik der Einheitlichkeit des Einspruchsverfahrens verbietet es demnach, dass Fehler bei der Anfertigung und Veröffentlichung der Patentschrift irgendeinen Einfluss auf den Beginn und den Lauf der Einspruchsfrist nehmen können, sofern die Veröffentlichung des Hinweises auf die Erteilung des europäischen Patents als solches ordnungsgemäß erfolgte. Da im vorliegenden Verfahren die Veröffentlichung des Hinweises auf die Erteilung des europäischen Patents am 22. November 2006 in rechtlich korrekter Weise erfolgte, begann zu diesem Datum die neunmonatige Einspruchsfrist zu laufen. Der zu einem späteren Zeitpunkt veröffentlichte Hinweis über die Korrektur der Patentschrift, begründete damit kraft gesetzlicher Regelung weder den Beginn einer gänzlich neuen Einspruchsfrist noch den Beginn des Laufs einer auf den Gegenstand der Ausführungsart c im Anspruch 1 der Patentschrift beschränkten Einspruchsfrist wie die Beschwerdeführerin ausgeführt hat.

*Rechtliche Abgrenzung zur Berichtigung eines
Patenterteilungsbeschlusses*

13. Der vorliegende Fall der nachträglichen Korrektur der Patentschrift ist rechtlich von der Berichtigung des Erteilungsbeschlusses zu unterscheiden. Im ersten Fall wird die Patentschrift mit dem Inhalt des Erteilungsbeschlusses, also der erteilten Fassung des Patents in Übereinstimmung gebracht. Der Schutzbereich des erteilten Patents ändert sich hierdurch nicht. Würde im zweiten Fall der Erteilungsbeschluss in Anspruch 1 um die Ausführungsart c erweitert, hätte dies eine materiellrechtliche Änderung und damit die schutzrechtliche Erweiterung der Fassung des Patents zur Folge. Die sich daraus ergebende Frage, ob durch diese Korrektur der Schutzbereich des Patents nachträglich rechtswirksam geändert oder erweitert werden könnte, stellt sich im vorliegenden Fall nicht. Insoweit sind die in der Entscheidung T 1145/09 der Grossen Beschwerdekammer vorgelegten Fragen nicht für den vorliegenden Fall entscheidungserheblich.

Die "bloße" Korrektur der Patentschrift, um diese mit dem Inhalt des Erteilungsbeschlusses in Einklang zu bringen, ändert das durch den Erteilungsbeschluss materiellrechtlich entstandene Patentrecht in keiner Weise, sondern korrigiert "nur" eine irreleitende Auskunft des Europäischen Patentamts über den Inhalt des unverändert gebliebenen europäischen Patents.

Ablauf der Einspruchsfrist als Zwischenergebnis

14. Die obigen Ausführungen widerlegen somit die Auffassung der Beschwerdeführerin, dass mit Bekanntgabe der B9-

Schrift am 19. März 2008 zumindest hinsichtlich des Gegenstands der Ausführungsart c in Anspruch 1 des Patents eine (neue) neunmonatige Einspruchsfrist zu laufen begann. Da somit, wie bereits unter Punkt 6 oben dargelegt, die Einspruchsfrist mit der Bekanntmachung des Hinweises auf die Patenterteilung im Europäischen Patentblatt am 22. November 2006 zu laufen begann und damit am 22. August 2007 endete, war der von der Beschwerdeführerin am 18. Dezember 2008 eingelegte Einspruch nicht fristgerecht.

Die Beschwerdekammer hatte daher zu prüfen, ob die Versäumung der Einspruchsfrist geheilt werden konnte. Hierbei war im Folgenden zu prüfen, ob die in Artikel 122 EPÜ 1973 geregelten Voraussetzungen zur Wiedereinsetzung eine abschließende Regelung darstellen, oder ob daneben noch die Grundsätze des Vertrauensschutzes Anwendung finden können.

Anwendungsbereich der Regelung zur Wiedereinsetzung nach Artikel 122 EPÜ 1973

15. Die durch das Europäische Patentamt mit der Patentschrift B1 verbreitete irreleitende Auskunft war ursächlich für die Versäumung der Einspruchsfrist durch die Beschwerdeführerin, da diese erst durch die Veröffentlichung der B9-Schrift nach Ablauf der Einspruchsfrist von dem die Ausführungsart c umfassenden Schutzbereich des Patents Kenntnis erlangte. Es stellt sich rechtlich somit die Frage der Wiedereinsetzung in die versäumte Einspruchsfrist.

Der Sachvortrag der Beschwerdeführerin kann rechtlich dahin verstanden werden, dass die Beschwerdeführerin

diese Frist unverschuldet versäumte, da sie darauf vertraute, dass der Wortlaut der ursprünglich veröffentlichten Patentschrift in Anspruch 1 der deutschen Fassung dem erteilten Patent entsprechen würde. Der durch den Fristablauf eingetretene Rechtsverlust sei daher ungerechtfertigt und müsse geheilt werden. Die weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Rechtsschutzbedürfnis der Öffentlichkeit betreffen damit gerade die in Artikel 122 EPÜ 1973 geregelte prozessuale Situation, dass jemand, der trotz Beachtung aller nach den Umständen erforderlichen Sorgfalt eine Frist versäumt, Wiedereinsetzung in diese Frist beanspruchen kann.

16. Zu Recht beruft sich die Beschwerdeführerin aber gerade nicht auf diese Vorschrift. Sie hat keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und auch keine Wiedereinsetzungsgebühr bezahlt, da die Anwendung des Artikels 122 EPÜ 1973 zugunsten einer Einsprechenden bei Versäumung der Einspruchsfrist gesetzlich ausgeschlossen ist.

Obwohl im vorliegenden Fall schon allein die formellen Voraussetzungen nach Artikel 122 EPÜ 1973 (Antrag, Frist, Gebühr, Jahresabschlussfrist) nicht erfüllt sind und sich die Beschwerdeführerin nicht darauf beruft, ist es dennoch erforderlich darzulegen, warum eine Wiedereinsetzung einer Einsprechenden in die versäumte Einspruchsfrist nach Artikel 122 EPÜ 1973 materiell-rechtlich untersagt ist.

Um nämlich entscheiden zu können, ob die Fristversäumung unter Heranziehung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes rechtlich "geheilt" werden kann, muss

ein nicht von Artikel 122 EPÜ 1973 geregelter Sachverhalt festgestellt werden. Anderenfalls würde die Anwendung des Vertrauensschutzes eine unzulässige Umgehung der in Artikel 122 EPÜ 1973 normierten und im vorliegenden Fall nicht erfüllten Voraussetzungen darstellen. Insoweit hat insbesondere die Jahresausschlussfrist des Artikels 122 (2), Satz 2 EPÜ 1973 rechtlich eine erhebliche Bedeutung, da hierdurch der Gesetzgeber ausdrücklich zu Lasten des Rechtsschutzsuchenden eine positive Ausschlusswirkung normierte.

Darüber hinaus ist auch eine vom Gesetzgeber beabsichtigte negative Ausschlusswirkung zu prüfen. Sofern nach dem Wortlaut des Artikels 122 EPÜ 1973 ein Einsprechender als Berechtigter ausgeschlossen wäre, würde dies für den Einsprechenden ausdrücklich einen negativen Ausschlussstatbestand begründen. Die Versäumung der Einspruchsfrist könnte bei identischem Sachverhalt nicht nach anderen Rechtsregeln geheilt werden, ohne gegen Artikel 122 EPÜ 1973 zu verstoßen.

17. Die Grosse Beschwerdekammer hat bereits in der Entscheidung G 1/86 (ABl. EPA 1987, Seite 447-472) entschieden, dass Artikel 122 EPÜ 1973 nicht nur nach seinem Wortlaut, der nur den Anmelder und Patentanmelder, nicht aber den Einsprechenden als Berechtigten definiert, sondern auch aus Gründen der Verfahrenssicherheit nicht zur Anwendung kommt, wenn der Einsprechende die Frist zur Einlegung der Beschwerde versäumt hat, da erst durch die Einlegung der Beschwerde überhaupt ein (neuer) Rechtszug für den Einsprechenden eröffnet wird (supra, Gründe Punkt 8).

18. Entsprechend der "ratio" dieser Entscheidung der Grossen Beschwerdekammer scheidet die Anwendung des Artikels 122 EPÜ 1973 zugunsten eines Einsprechenden bei Versäumung der Einspruchsfrist schon deshalb aus, weil zum Ablauf der Einspruchsfrist die Mitglieder der Öffentlichkeit als potentielle Einsprechende in keinem konkret begründeten Verfahrensverhältnis zum Europäischen Patentamt stehen.

Auch die von der Grossen Beschwerdekammer ferner angeführten Gründe zur Rechtssicherheit schließen zwingend die unmittelbare oder entsprechende Anwendung dieser Vorschrift zugunsten eines Einsprechenden bei Versäumung der Einspruchsfrist aus.

Selbst wenn der Einsprechende die Einspruchsfrist unverschuldet versäumt, ist die Interessenlage bei der Versäumung der Einspruchsfrist nicht anders zu beurteilen als die Versäumung der Beschwerdefrist durch den Einsprechenden. Anders als in einem *ex-parte* Verfahren müssen in einem *inter partes* Verfahren die Interessen beider Parteien gegeneinander abgewogen werden. Die durch eine Wiedereinsetzung erfolgte "Besserstellung" des Einsprechenden könnte nur auf Kosten des Vertrauens des Patentinhabers auf die Wirksamkeit und Rechtskraft des Erteilungsbeschlusses gewährt werden. Diesen Interessenkonflikt hat das EPÜ ausdrücklich zugunsten des Patentinhabers gelöst und dem Prinzip der Rechtskraftwirkung den Vorrang eingeräumt, wenn es einen potentiellen Einsprechenden von der Möglichkeit ausschließt, bei Versäumung der Einspruchsfrist Wiedereinsetzung zu beantragen. Ein Einsprechender, der trotz Beachtung aller nach den gegebenen Umständen gebotenen Sorgfalt die Einhaltung

der Einspruchsfrist versäumt, muss sich daher auf die Möglichkeit nationaler Nichtigkeitsverfahren verweisen lassen und kann nicht in direkter (oder analoger) Anwendung von Artikel 122 EPÜ Wiedereinsetzung und Wiederherstellung seiner Rechte beantragen.

Diese Rechtsauffassung wurde von der Rechtssprechung bereits ausdrücklich in der Entscheidung T 702/89 (ABl. EPA 1994, 472, Entscheidungsgründe Punkt 3) anerkannt. Die Beschwerdekammer hält diese Wertung auch weiterhin für zutreffend, da bei einer Abwägung zwischen den Interessen des Einsprechenden auf Wiedereinsetzung und dem Erfordernis auf Rechtssicherheit zur Bestands- bzw. Rechtskraft eines Europäischen Patents der Rechtssicherheit im Hinblick auf die Wirkung des bestandskräftigen Patents in den Vertragsstaaten (Artikel 64 EPÜ 1973) der Vorzug einzuräumen ist.

Es ist ferner darauf hinzuweisen, dass die rechtliche Möglichkeit einer Wiedereinsetzung dem oben unter Punkt 12 dargelegten Prinzip der Einheitlichkeit des Einspruchsverfahrens bei mehreren Einsprechenden entgegenstehen würde, da eine Wiedereinsetzung in die versäumte Frist faktisch eine Verlängerung der Einspruchsfrist begründet. Ein durch "Wiedereinsetzung" nachträglich initiiertes zusätzliches Einspruchsverfahren könnte prozessrechtlich einen anderen Gang nehmen als ein zuvor schon teilweise oder gänzlich abgeschlossenes Einspruchsverfahren und somit zu unterschiedlichen Fassungen des Patents führen.

Anwendung des Vertrauensschutzes bei Fristversäumnis

19. Die Versäumung der Einspruchsfrist wird im vorliegenden Fall, wie weiter unten näher ausgeführt, nicht durch Berufung auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes "geheilt", auch wenn die Beschwerdeführerin im Vertrauen auf die Richtigkeit der vom Europäischen Patentamt herausgegebenen Patentschrift keinen Einspruch eingelegt hat.

Grundsatz des Vertrauensschutzes in Verbindung mit Artikel 125 EPÜ 1973

20. Die Beschwerdeführerin beruft sich wegen Nichtberücksichtigung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes auf eine Verletzung des Artikels 125 EPÜ 1973.

Nach dieser Vorschrift sind bei fehlenden Verfahrensvorschriften im Europäischen Patentübereinkommen, die in den Vertragsstaaten im Allgemeinen anerkannten Grundsätze des Verfahrensrechts anzuwenden.

Voraussetzung für die Anwendung dieser Vorschrift ist demnach zunächst, dass in den Verfahrensvorschriften des Europäischen Patentübereinkommens eine Gesetzeslücke besteht und des weiteren, dass in den Vertragsstaaten allgemein anerkannte Grundsätze des Verfahrensrechts bestehen.

Die Feststellung der Grossen Beschwerdekammer (vgl. G 1/86 supra, Entscheidungsgründe Punkt 4 und 7), dass

nach den Materialien zum EPÜ einem Einsprechenden, selbst bei Vorliegen "höherer Gewalt" nicht das Recht auf Wiedereinsetzung (und damit in die Versäumung der Einspruchsfrist) gewährt werden sollte, stellt klar, dass insoweit Artikel 122 EPÜ 1973 keine Gesetzeslücke, sondern eine negative Ausschlussregelung für den Einsprechenden begründet. Ein Zurückgreifen auf im Allgemeinen anerkannten Grundsätze des Verfahrensrechts in den Vertragsstaaten gemäß Artikel 125 EPÜ wäre wegen des Fehlens einer Gesetzeslücke ausgeschlossen, wenn dies auf Grundlage eines durch Artikel 122 EPÜ 1973 geregelten Sachverhalts erfolgen würde.

21. Im vorliegenden Fall könnte ein von Artikel 122 EPÜ 1973 sachlich nicht geregelter Sachverhalt und damit das Vorliegen einer Gesetzeslücke nur darin gesehen werden, dass die Beschwerdeführerin auf die Richtigkeit der vom Europäischen Patentamt bekanntgemachten Patentschrift B1 vertraute und im Vertrauen darauf, verabsäumte rechtzeitig Einspruch einzulegen.

Das Europäische Patentamt ist mit der Bekanntgabe der unrichtigen Patentschrift B1 nicht seiner in Artikel 98 EPÜ normierten Pflicht zur Veröffentlichung der (korrekten) Patentschrift nachgekommen. Diese irreleitende Auskunft des Europäischen Patentamts geht über den von Artikel 122 (1) EPÜ 1973 geregelten Sachverhalt hinaus. Das nach Artikel 122 EPÜ 1973 zu erfüllende Tatbestandsmerkmal "der trotz Beachtung aller nach den gegebenen Umständen gebotenen Sorgfalt" regelt nur den Pflichtenkreis des Anmelders/Patentinhabers und soll nur die daraus entspringenden Störungen erfassen. Die durch die inkorrekte Patentschrift B1 erfolgte Irreleitung der Öffentlichkeit hat hingegen seine

Ursache in einem Sachverhalt, der dem Pflichtenkreis des Europäischen Patentamts zuzuordnen ist und der nicht durch Artikel 122 (1) EPÜ 1973 geregelt oder negativ ausgeschlossen ist.

Sachlicher Anknüpfungspunkt für die Anwendung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes zur Heilung der Fristversäumung ist daher die durch die Bekanntmachung der Patentschrift B1 erfolgte Fehlinformation der Öffentlichkeit durch das Europäische Patentamt.

Regelungsgehalt des Grundsatzes des Vertrauensschutzes

22. Es ist in der Rechtsprechung der Beschwerdekammern anerkannt, dass ein Nutzer des Europäischen Patentrechtssystem sich im Allgemeinen auf die Rechtsgültigkeit von Akten und Verfahrensweisen des Europäischen Patentamts verlassen können muss und er keinen Rechtsnachteil erleiden sollte, wenn diese unrichtig sind. Die Grosse Beschwerdekammer hat wiederholt festgestellt, dass der Vertrauensschutz in den Vertragsstaaten des Europäischen Patentübereinkommens anerkannt und im Recht der Europäischen Gemeinschaften verankert sei (vgl. G 5/88, EPA ABl. 1991, 137, Entscheidungsgründe Punkt 3.2 und G 2/97, EPA ABl. 1999, 123, Entscheidungsgründe Punkt 1).
23. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes als "Verfahrensprinzip" ist aber weder in der Rechtsprechung der Beschwerdekammern noch in der Rechtsprechung der Vertragsstaaten eine einheitlich definierte Rechtsregel und kann nicht unter Hinweis auf Artikel 125 EPÜ 1973 als konkrete Verfahrensregel unmittelbar angewendet werden. Die Anwendung dieses Grundsatzes gilt daher

nicht uneingeschränkt und muss immer im Rahmen der konkret vorliegenden prozessualen Situation geprüft werden. Hierbei ist einerseits das prozessuale System des Europäischen Patentübereinkommens und andererseits die konkrete verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes in den Verfahrensordnungen der Vertragsstaaten zu berücksichtigen.

24. So gibt es auch in den Vertragsstaaten keinen im Allgemeinen anerkannten Grundsatz, dass die Versäumung einer Rechtsmittelfrist in einem *inter partes* Verfahren allein durch Berufung auf eine "amtliche" Fehlinformation eine neue Rechtsmittelfrist nach deren "amtlicher" Richtigstellung in Gang setzen kann oder die Fristversäumung als nicht eingetreten gilt.

Zur vorliegenden prozessualen Frage, wann der Lauf der Einspruchsfrist nach Erteilung eines Patents beginnt, hat im Gegenteil das deutsche Bundespatentgericht entsprechenden der nach § 59 (1), Satz 1 deutsches Bundespatentgesetz gegebenen Rechtslage sinngemäß entschieden, dass die aus Gründen der Rechtssicherheit nötige Klarheit über den Eintritt der gesetzlichen Wirkungen des Patents die Ausgabe der Patentschrift und deren inhaltlichen Richtigkeit keine zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzung für den Beginn des Laufs der Einspruchsfrist ist (BPatGE 28, Seite 18) und den Einsprechenden auf die Möglichkeit der Akteneinsicht verwiesen, um Gewissheit über die genaue Fassung des Patents zu erhalten.

25. Auch in den Entscheidungen der Beschwerdekammern wird der Vertrauensschutz immer nur als ein

Beurteilungskriterium und nicht als fest normierte Regel angesehen, wobei die daraus abzuleitende Rechtsfolge sogar unterschiedlich behandelt wird und entweder Wiedereinsetzung in die versäumte Frist gewährt wurde (vgl. T 781/04, Entscheidung vom 30. November 2005, Entscheidungsgründe Punkt 10) oder aber der Anmelder so behandelt wurde, als hätte er die versäumte Handlung (rechtzeitig) vorgenommen (vgl. J 14/94, AB1.1995, 825, Entscheidungsgründe Punkt 9; T 1973/09, Entscheidungsgründe 2.4).

Der Regelungsgehalt der Entscheidung G 5/88 der Grossen Beschwerdekammer

26. Die Entscheidung der Grossen Beschwerdekammer G 5/88 (supra) behandelt den Einsprechenden, dessen Einspruch beim deutschen Patentamt in Berlin innerhalb der neunmonatigen Einspruchsfrist eingereicht wurde, aber außerhalb dieser Frist zum Europäischen Patentamt in München gelangte, in Anwendung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes so, als hätte der Einsprechende den Einspruch fristgerecht beim Europäischen Patentamt eingereicht. Als Rechtsfolge des angewendeten Grundsatzes des Vertrauensschutzes wurde daher nicht eine Wiedereinsetzung in die versäumte Frist gewährt, sondern die Rechtzeitigkeit fingiert. Mit dieser Entscheidung wird damit rechtlich die Möglichkeit eröffnet, die unverschuldete Versäumung einer Frist zu heilen, ohne dass die in Artikel 122 EPÜ 1973 gesetzlich normierten Voraussetzungen zur Wiedereinsetzung erfüllt sein müssen. Die Grosse Beschwerdekammer hat damit das Vertrauen und das Recht des Patentinhabers auf die Rechtskraft des Erteilungsbeschlusses dem Interesse des

Einsprechenden an einer wirksamen Rechtsverfolgung im Einspruchsverfahrens zurücktreten lassen.

27. Das Vertrauen des Patentinhabers auf die Bestands- bzw. Rechtskraft des Erteilungsbeschlusses ist aber nicht grundsätzlich dem Vertrauen des Einsprechenden auf die Richtigkeit des Inhalts der Patentschrift untergeordnet. Dies würde dem Gebot der prozessualen Gleichbehandlung der Parteien widersprechen.

Ein solcher Vorrang kann sich nur auf Grund der im Einzelfall vorliegenden Umstände rechtfertigen. In der Entscheidung G 5/88 der Grossen Beschwerdekammer (supra) zugrundeliegenden Sachverhalt existierten diese besonderen Umstände, da der Patentinhaber die Einspruchsschrift in einem Zeitrahmen erhalten hat, in dem ihm auch eine rechtzeitig eingereichte Einspruchsschrift zugestellt worden wäre. Ersichtlich hat er auch keine (Routine-) Mitteilung vom Europäischen Patentamt erhalten, dass innerhalb der neunmonatigen Einspruchsfrist kein Einspruch zu den Akten gelangt sei. Ein Vertrauenstatbestand zur Rechtskraft des Erteilungsbeschlusses lag daher für den Patentinhaber bei diesem Sachverhalt im Grunde nicht vor. Da ihm eine Einspruchsschrift unmittelbar nach Ablauf der Einspruchsfrist mitgeteilt worden war, musste er die Möglichkeit einer Aufhebung oder Änderung des Patenterteilungsbeschlusses in Betracht ziehen. Die Frage, ob der Einspruch rechtzeitig und damit zulässig sein würde, hing somit von der noch zu treffenden Entscheidung des Europäischen Patentamts ab. Ein schutzwürdiges Vertrauen des Patentinhabers auf die Rechtskraft des Erteilungsbeschlusses rechtfertigt sich aus diesem Sachverhalt nicht.

28. Im vorliegenden Fall sind keine Umstände gegeben, die es rechtfertigen könnten, dem Vertrauen der Beschwerdeführerin (Einsprechende) in die Richtigkeit des Inhalts der Patentschrift gegenüber dem Vertrauen des Patentinhabers auf die Bestandskraft des Erteilungsbeschlusses den Vorrang einzuräumen, da überhaupt kein Einspruchsschriftsatz innerhalb der Einspruchsfrist einging.

Die Beschwerdegegnerin erhielt im Gegenteil nach Ablauf der neunmonatigen Einspruchsfrist die Mitteilung des Europäischen Patentamts, dass kein Einspruch zu den Akten gelangt sei. Es gehört auch nicht zur Obliegenheit der Beschwerdegegnerin für die Richtigkeit des Inhalts der Patentschrift zu sorgen, da dies nach Artikel 98 EPÜ 1973 ausschließlich Aufgabe des Europäischen Patentamts ist.

Auch der Irrtum der Beschwerdeführerin über die Folgen der Veröffentlichung einer inkorrekten Patentschrift kann keinen Vertrauenstatbestand zu ihren Gunsten begründen. Es gehört in den Pflichtenkreis der Beschwerdeführerin, sich über die Rechtsfolgen einer inhaltlich inkorrekten Patentschrift zu informieren zumal das Europäische Patentamt mit der Rechtsauskunft Nr. 17/90 (supra) ausdrücklich auf die fehlende Rechtswirkung der Patentschrift hingewiesen hat. Der Text der Patentschrift dient zwar dazu, der Öffentlichkeit den Zugang zum Inhalt des erteilten Patents, insbesondere Art und Umfang des Schutzrechts zu erleichtern, begründet aber keine Rechtswirkung hinsichtlich des Laufs der Einspruchsfrist, wie sich aus den oben näher dargelegten Ausführungen über den

gesetzssystematischen Zusammenhang der Artikel 64 (1), 97 (4), 98 und 99 (1)(4) EPÜ 1973 ergibt. Die Beschwerdekammer stimmt daher zwar mit der Beschwerdeführerin überein, dass die Bekanntmachung der inkorrekten Bl-Schrift einen schwerwiegenden Fehler des Europäischen Patentamts darstellt, aber nicht darin, dass die veröffentlichte inkorrekte Patentschrift einen Vertrauenstatbestand zugunsten einer Einsprechenden schafft, der die Rechtskraft des Erteilungsbeschlusses bis zur Veröffentlichung der korrigierten Patentschrift auch nur teilweise hemmen könnte oder den Lauf einer neuen Einspruchsfrist ab Veröffentlichung der Korrektur rechtfertigen könnte. Die Patentschrift kann somit nur einer ersten Prüfung des Patents dienen, nicht aber die durch Akteneinsicht vorzunehmende Überprüfung des Schutzbereichs des erteilten Patents ersetzen.

Die Beschwerdeführerin kann sich somit hinsichtlich der Versäumung der Einspruchsfrist nicht auf die Anwendung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes berufen. Der Einspruch erfolgte daher nicht fristgerecht. Da auch die Einspruchsgebühr erst nach Ablauf der neunmonatigen Einspruchsgebühr eingezahlt wurde, gilt der Einspruch gemäß Artikel 99 (1), Satz 3 EPÜ 1973 als nicht eingelegt.

Vorlage einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung an die Grosse Beschwerdekammer

29. Soweit die Beschwerdeführerin die Vorlage einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung an die Grosse Beschwerdekammer beantragt hat, liegen die Voraussetzung nach Artikel 112 (1) EPÜ 1973 nicht vor. Dieser Antrag ist zurückzuweisen, da die entscheidende

Beschwerdekammer alle zur Entscheidung wesentlichen Rechtsfragen zweifelsfrei selbst entscheiden kann. Die Beantwortung der Frage des Beginns und damit das Ende der Einspruchsfrist ergibt sich unmittelbar aus der Gesetzessystematik und dem Wortlaut der Artikel 64 (1), 97 (4), 98 und 99 (1)(4) EPÜ 1973. Dies gilt auch für die fehlende Rechtswirkung der Bekanntgabe einer europäischen Patentschrift in Bezug auf den Lauf der Einspruchsfrist, was die Beschwerdekammer im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung der Beschwerdekammer (vgl. T 438/87) entschieden hat. Die von der Beschwerdekammer entschiedene Rechtsfrage, dass die Versäumung der Einspruchsfrist nicht durch Berufung auf den Grundsatz des Vertrauensschutze geheilt werden kann, wenn dies nur unter Verletzung des Vertrauensschutzes des Patentinhabers auf die Bestands- oder Rechtskraft des Erteilungsbeschlusses erfolgen kann, entspricht dem Gebot der Gleichbehandlung der Parteien und erfolgte im Einklang mit den oben zitierten Entscheidungen der Grossen Beschwerdekammer G 1/86 und G 5/88.

Bestätigung der Rückerstattung der Einspruchsgebühr

30. Da die Einspruchsgebühr nicht innerhalb der Einspruchsfrist gezahlt wurde, gilt der Einspruch gemäß Artikel 99 (1), Satz 3 EPÜ als nicht eingelegt. Die verspätete Zahlung der Einspruchsgebühr erfolgte im Hinblick auf diese rechtliche Fiktion ohne Rechtsgrund (vgl. T 323/87, ABl. 1989, 343, Entscheidungsgründe Punkt 5). Eine rechtsgrundlos gezahlte Einspruchsgebühr verfehlt ihren Zweck (Günzel in Benkard, Europäisches Patentübereinkommen, München 2002, § 99, Randnummer 35). Die von der Einspruchabteilung angeordnete Rückzahlung

der Einspruchsgebühr erfolgte daher zu Recht.

Zurückweisung der Beschwerde

31. Die Beschwerde ist daher aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung zurückzuweisen. Lediglich aus Gründen der Klarstellung bei der Schlussbehandlung des Verfahrens hat die Kammer die Rückzahlung der Einspruchsgebühr auch noch ausdrücklich im Tenor bestätigt.

Entscheidungsformel

Aus diesen Gründen wird entschieden:

1. Die Beschwerde wird zurückgewiesen

2. Die von der ersten Instanz getroffene Anordnung der Rückerstattung der Einspruchsgebühr bleibt aufrechterhalten.

Der Geschäftsstellenbeamte:

Der Vorsitzende:

C. Vodz

G. Rath