

**Interner Verteilerschlüssel:**

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

**Datenblatt zur Entscheidung  
vom 23. April 2012**

**Beschwerde-Aktenzeichen:** T 2534/10 - 3.2.04

**Anmeldenummer:** 01927846.4

**Veröffentlichungsnummer:** 1282774

**IPC:** F03D 7/04, F03D 9/00

**Verfahrenssprache:** DE

**Bezeichnung der Erfindung:**

Verfahren zum Betreiben einer Windenergieanlage sowie  
Windenergieanlage

**Anmelder:**

Aloys Wobben

**Einsprechende:**

NORDEX ENERGY GmbH  
Bonus Energy A/S

**Stichwort:**

-

**Relevante Rechtsnormen (EPÜ 2000):**

EPÜ Art. 116  
EPÜ R. 115, § 295 ZPO

**Relevante Rechtsnormen (EPÜ 1973):**

EPÜ Art. 116  
EPÜ R. 71

**Schlagwort:**

"Mündliche Verhandlung - Fortsetzung am Folgetag"  
"Rügelose Einlassung"  
"Wesentliche Verfahrensmangel"  
"Zurückverweisung an die 1. Instanz"

**Zitierte Entscheidungen:**

J 0003/06, T 0111/95

**Orientierungssatz:**

1. Die in Regel 115 EPU genannte Zweimonatsfrist für die Ladung zur mündlichen Verhandlung trägt einem fundamentalen Bedürfnis nach Planbarkeit und Vorhersehbarkeit Rechnung. Dies gilt nicht nur für die erstmalige Ladung zur mündlichen Verhandlung, sondern auch für deren Fortsetzung an einem anderen als dem in der Ladung angesetzten Kalendertag.
2. Für die Fortsetzung einer mündlichen Verhandlung über den in der Ladung angegebenen Kalendertag hinaus ist deshalb eine erneute Ladung erforderlich, die den Erfordernissen von Regel 115 EPU zu genügen hat.



Aktenzeichen: T 2534/10 - 3.2.04

**ENTSCHEIDUNG**  
der Technischen Beschwerdekammer 3.2.04  
vom 23. April 2012

**Beschwerdeführer:** Aloys Wobben  
(Patentinhaber) Argestraße 19  
D-26607 Aurich (DE)

**Vertreter:** Eisenführ, Speiser & Partner  
Postfach 10 60 78  
D-28060 Bremen (DE)

**Beschwerdegegnerin:** NORDEX ENERGY GmbH  
(Einsprechende 1) Bornbarch 2  
D-22848 Norderstedt (DE)

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

**Beschwerdegegnerin:** Bonus Energy A/S  
(Einsprechende 2) Borupvej 16  
Postbox 171  
DK-7330 Brande (DK)

**Vertreter:** Daniel Oliver Maier  
Siemens AG  
Postfach 22 16 34  
D-80506 München (DE)

**Angefochtene Entscheidung:** Entscheidung der Einspruchsabteilung des Europäischen Patentamts, die am 22. Oktober 2010 zur Post gegeben wurde und mit der das europäische Patent Nr. 1282774 aufgrund des Artikels 101 (3) (b) EPÜ widerrufen worden ist.

**Zusammensetzung der Kammer:**

**Vorsitzender:** C. Heath  
**Mitglieder:** M. Poock  
C. Scheibling

## Sachverhalt und Anträge

- I. Die Einspruchsabteilung hat mit der am 22. Oktober 2010 zur Post gegebenen Entscheidung das im Jahre 2003 erteilte europäische Patent Nr. 1 282 774 widerrufen.
- II. Auf die Einsprüche der Einsprechenden E1, E2 und E3 und den Einspruch der Beitretenden E4, sind die Parteien mit Ladung vom 28. Oktober 2009 von der Einspruchsabteilung zu einer mündlichen Verhandlung am 16. März 2009 geladen worden.
- III. Die mündliche Verhandlung vor der Einspruchsabteilung hat dann am 16. März 2010 (Ende 22:38 Uhr) und am 17. März 2010 (Ende am 18. März 2010 um 0:22 Uhr) stattgefunden.

Am ersten Verhandlungstag, dem 16. März 2010, wurden der Hauptantrag und die Hilfsanträge 1 bis 3 des Patentinhabers der Reihe nach in Anwesenheit der Vertreter K. Göken und I. Schöling diskutiert. Nach jedem Antrag hat die Einspruchsabteilung beraten und durch den Vorsitzenden Folgendes mitgeteilt:

- der Gegenstand des Anspruches 1 des Hauptantrages sei aufgrund mangelnder erfinderischer Tätigkeit nicht gewährbar (siehe Niederschrift Seite 10, Punkt 13.5);
- Hilfsantrag 1 enthalte eine unzulässige Erweiterung (siehe Seite 11, Punkt 16 der Niederschrift);
- der Gegenstand des Anspruches 1 des Hilfsantrags 2 sei aufgrund mangelnder erfinderischer Tätigkeit nicht gewährbar (siehe Seite 13, Punkt 19 der Niederschrift);

- Hilfsantrag 3 sei unzulässig und werde deshalb nicht zum Verfahren zugelassen (siehe Seite 14, Punkt 21 der Niederschrift).

Gegen 22:30 Uhr hat der Vorsitzende den Parteien vorgeschlagen, die Verhandlung am nächsten Tag, dem 17. März 2010, fortzusetzen. Dies ist in der Niederschrift über die mündliche Verhandlung folgendermaßen protokolliert (siehe Seiten 14, 15, Punkte 22 und 23):

"Der Vorsitzende schlägt den Parteien vor, das Verfahren am nächsten Tag fort zu führen.

Die erste und die zweite Einsprechende sind damit einverstanden.

Der Patentinhaber bevorzugt an einem anderen Tag als am nächsten Tag weiter zu verfahren, weil beide Vertreter des Patentinhabers mit einem weiteren Verfahren beschäftigt seien.

Die Einsprechende I besteht weiter auf eine Fortsetzung des Verfahrens am nächsten Tag, und merkt an, dass der Patentinhaber durch zwei zugelassene Vertreter vertreten wird. Somit schlägt sie vor, dass nur ein Vertreter des Patentinhabers anwesend sein könne, wobei der andere dem anderen Verfahren beiwohnen kann.

**Der Vorsitzende unterbricht die Verhandlung von 22.30 bis 22.35.**

Der Vorsitzende teilt den Parteien mit, dass die Einspruchsabteilung beschlossen hat morgen weiter zu

verfahren. Die Parteien werden sich morgen um 9.00h am gleichen Ort treffen.

**Der Vorsitzende unterbricht die Verhandlung am 16. März 2010 um 22.38.**

Es wird weiter verfahren am 17. März 2010 im Saal A1011 des Bauteil VIII des EPA in der Grasserstraße 9. Die erste und zweite Einsprechende sind anwesend mit den gleichen Vertretern wie am Tag zuvor. Der Patentinhaber wird vertreten von Herrn K. G. Göken (wie am Tag zuvor) und von Herrn Michal Franz Paul Müller (statt Herrn I. Schöling wie am Tag zuvor).

**Der Vorsitzende eröffnet die Verhandlung am 17. März 2010 um 09.08h erneut."**

Zu Beginn des zweiten Verhandlungstages, dem 17. März 2010, sind seitens des Patentinhabers die Vertreter K. Göken und M. Müller anwesend. Sie stellen sofort nach Eröffnung der Verhandlung einen Befangenheitsantrag gegen die gesamte Einspruchsabteilung.

Gegen ca. 14:00 Uhr wurden die Parteien informiert, dass sich der stellvertretende Direktor mit dem Befangenheitsantrag befasst und ihn abgelehnt habe.

Um 14:30 Uhr erschien der Vertreter des Patentinhabers, I. Schöling und schloss sich seinen Kollegen Herrn Göken und Herrn Müller an. Seitens des Patentinhabers wurde dann ein neuer Hilfsantrag 4 vorgelegt.

Nach den folgenden Diskussionen und Beratungen der Hilfsanträge 4 bis 10 und eines

Kostenverteilungsantrages, verkündete der Vorsitzende die Entscheidung der Einspruchsabteilung, dass das europäische Patent widerrufen werde und dass der Patentinhaber die Kosten eines halben Verhandlungstages zuzüglich Übernachtungskosten für die Parteien, die nicht aus München kommen, zu tragen habe.

Die mündliche Verhandlung wurde am 18. März 2010 um 0:22 Uhr geschlossen.

- IV. Gegen die Entscheidung der Einspruchsabteilung hat der Patentinhaber am 28. Dezember 2010 Beschwerde eingelegt und gleichzeitig die Beschwerdegebühr entrichtet. Die Beschwerdebegründung ist am 1. März 2011 eingegangen.
- V. Mit der Anlage zur Ladung für die beantragte mündliche Verhandlung hat die Beschwerdekammer den Parteien ihre vorläufige Auffassung mitgeteilt, dass sie in den vorgetragenen Umständen keine Veranlassung zur Annahme einer Befangenheit der Mitglieder der Einspruchsabteilung erkennen könne, dass jedoch die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung vor der Einspruchsabteilung am 17. März 2010 gegen den Willen des Patentinhabers nicht der ratio der Regel 115 EPÜ zu entsprechen scheine, was die Aufhebung der Entscheidung und Zurückverweisung an die Einspruchsabteilung erforderlich machen würde. Der Beschwerdeführer wurde deshalb gebeten mitzuteilen, ob er unter diesen Umständen die Durchführung der mündlichen Verhandlung vor der Beschwerdekammer wünsche.

Daraufhin beantragten die Beschwerdegegnerinnen, dass sie im Falle einer Zurückverweisung der Angelegenheit an die Einspruchsabteilung die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wünschen.

Die mündliche Verhandlung vor der Beschwerdekammer hat am 23. April 2012 stattgefunden.

- VI. Der Beschwerdeführer (Patentinhaber) beantragte die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Aufrechterhaltung des europäischen Patents Nr. 1 282 774 wie erteilt, hilfsweise im Umfang einer der mit der Beschwerdebegründung eingereichten Hilfsanträge 1 - 10, hilfsweise Zurückverweisung der Sache und völlige Neuverhandlung vor der Einspruchsabteilung, weiter hilfsweise Zurückverweisung und Fortsetzung ab dem Zeitpunkt, zu dem der zur Zurückverweisung führende Verfahrensfehler gemacht worden ist.

Die Beschwerdegegnerinnen (Einsprechende 1 und 2) beantragten die Zurückweisung der Beschwerde, hilfsweise die Zurückverweisung und Fortsetzung des Einspruchsverfahrens ab dem Zeitpunkt, zu dem der zur Zurückverweisung führende Verfahrensfehler gemacht worden ist.

- VII. Der Beschwerdeführer argumentierte folgendermaßen:

Mit der Fortsetzung der mündlichen Verhandlung vor der Einspruchsabteilung am 17. März 2010 leide das Einspruchsverfahren eindeutig an einem wesentlichen Verfahrensmangel, weil sie gegen den Willen und ohne die ausdrückliche Zustimmung des Patentinhabers erfolgte. Die Anwesenheit eines Vertreters erfolgte nicht freiwillig. Der im Protokoll festgehaltene Einwand der Vertreter des Patentinhabers, am nächsten Verhandlungstag mit einem weiteren Verfahren beschäftigt zu sein, zeige unmissverständlich, dass ein

Terminskonflikt bestand, was die Annahme einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung ausschließe.

Regel 115 EPÜ sei auch im vorliegenden Fall anzuwenden, also bei der Fortsetzung einer mündlichen Verhandlung über den in der Ladung angegebenen Tag hinaus. Deshalb sei es auch nicht erforderlich, § 295 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) heranzuziehen. Dies sei auch deshalb nicht möglich, weil Artikel 125 EPÜ nur eine Berücksichtigung der in den Vertragsstaaten im allgemeinen anerkannten Grundsätze des Verfahrensrechts erfordere, es für die rügelose Einlassung aber keinerlei Nachweise für eine allgemeine Anerkennung in allen Vertragsstaaten gebe.

Da das Einspruchsverfahren wesentliche Verfahrensmängel aufweise, sei die Angelegenheit in der Fassung sämtlicher der mit der Beschwerdebegründung vorgelegten Anträge an die Einspruchsabteilung zurückzuverweisen.

VIII. Demgegenüber argumentierte die Beschwerdegegnerin:

Das Einspruchsverfahren weise keine wesentlichen Mängel auf. Bei der Entscheidung, die mündliche Verhandlung vom 16. März 2010 am Folgetag, dem 17. März 2010 fortzusetzen, handele es sich nicht um die Durchführung einer neuen mündlichen Verhandlung, sondern die Unterbrechung und Fortsetzung der bereits begonnenen mündlichen Verhandlung. Auch Artikel 116 EPÜ spreche nur von einer mündlichen Verhandlung, selbst wenn sich diese möglicherweise über mehrere Tage erstrecke.

Da die Unterbrechung und anschließende Fortsetzung einer mündlichen Verhandlung in den Verfahrensvorschriften des EPÜ nicht geregelt ist, wären gemäß Artikel 125 EPÜ die allgemeinen Grundsätze des Verfahrensrechts heranzuziehen, unter anderem § 295 ZPO zur rügelosen Einlassung. Die Unterbrechung der mündlichen Verhandlung am späten Abend des 16. März 2010 und die Fortsetzung am nächsten Morgen seien durch die Verhandlungsbereitschaft des Patentinhabers nicht nur mit diesen Grundsätzen vereinbar, sondern hiernach sogar geboten gewesen.

Aus dem allgemeingültigen Konzentrationsgrundsatz ergebe sich, dass die mündliche Verhandlung möglichst in einem Termin durchgeführt werden solle. Aus dem Beschleunigungsgrundsatz/Grundsatz der Prozessökonomie ergebe sich, dass eine Vertagung der Verhandlung zu vermeiden sei, weil dadurch das Verfahren unnötig in die Länge gezogen und zusätzliche Kosten verursacht würden. Auch der Grundsatz des rechtlichen Gehörs werde durch die Fortsetzung der Verhandlung nicht verletzt, weil der Patentinhaber an beiden Verhandlungstagen durchgängig durch zwei Patentanwälte vertreten war. Es bestehe nämlich kein Anspruch auf Vertretung durch zwei Patentanwälte und erst recht kein Anspruch auf Vertretung durch zwei bestimmte Patentanwälte. Aus dem Grundsatz eines fairen Verfahrens ergebe sich, dass die Vertreter des Patentinhabers die Absicht der Einspruchsabteilung, die Verhandlung am nächsten Tag fortzusetzen, hätten rügen müssen. Da sie die Entscheidung der Einspruchsabteilung rügelos hingenommen hätten und auch am Folgetag ihre Teilnahme an der mündlichen Verhandlung weder unter einen Vorbehalt gestellt, noch die Fortsetzung explizit gerügt hätten,

liege eine rügelose Einlassung auf die Fortsetzung des Verfahrens vor.

Außerdem haben die Vertreter des Patentinhabers selbst durch ihr Vortragsverhalten die lange Verhandlungsdauer verursacht und nicht ausdrücklich der Fortsetzung der Verhandlung am nächsten Tag widersprochen, sondern lediglich erklärt, dass ihnen eine Vertagung lieber wäre.

Selbst wenn die Beschwerdekammer zu dem Ergebnis kommen sollte, dass das Einspruchsverfahren an einem Verfahrensmangel leide, so könne es sich nicht um einen wesentlichen Mangel handeln, weil die Unterbrechung und anschließende Fortsetzung einer mündlichen Verhandlung in den Verfahrensvorschriften des EPÜ nicht geregelt sei. Die Einspruchsabteilung habe deshalb bei der Ausfüllung dieser Regelungslücke einen Spielraum, den sie durch eine im pflichtgemäßen Ermessen liegende Entscheidung zur Fortsetzung am nächsten Tage ausgefüllt habe.

Auf keinen Fall sei die Angelegenheit zu einer völligen Neuverhandlung vor der Einspruchsabteilung zurückzuverweisen, sondern allenfalls zur Fortsetzung ab dem Zeitpunkt, zu dem der behauptete Verfahrensfehler gemacht worden ist. Der mit der Beschwerdebegründung eingereichte Hauptantrag und die Hilfsanträge 1-3 dürften deshalb nicht mehr vor der Einspruchsabteilung verhandelt werden.

## Entscheidungsgründe

1. Die Beschwerde ist zulässig.

2. Ladung zur mündlichen Verhandlung

2.1 Anwendbarkeit der Regel 115 EPÜ 2000

2.1.1 Die revidierte Fassung des Europäischen

Patentübereinkommens (EPÜ 2000) ist am 13. Dezember 2007 in Kraft getreten. Das vorliegende Patent ist vor diesem Zeitpunkt erteilt worden. Deshalb ist nach Artikel 1 Nr. 1 des Beschlusses des Verwaltungsrats vom 28. Juni 2001 über die Übergangsbestimmungen nach Artikel 7 der Revisionsakte der mündliche Verhandlungen betreffende Artikel 116 und nach J 0003/06 (Entscheidungsgründe Nr. 3; Abl. EPA 2009, 170), Regel 71 in der Fassung des EPÜ 1973 anzuwenden.

Da Artikel 116 und Regel 71 EPÜ 1973 identisch sind mit Artikel 116 und Regel 115 EPÜ 2000, werden nachfolgend ausschließlich letztere zitiert und der Lesbarkeit halber ohne Zusatz 2000.

2.1.2 Regel 115 EPÜ sieht "zur mündlichen Verhandlung nach Artikel 116 EPÜ" eine Ladungsfrist von mindestens zwei Monaten vor. Nach Artikel 116 EPÜ findet "eine mündliche Verhandlung" statt, sofern hierzu ein Antrag vorliegt oder dies für sachdienlich erachtet wird. Mündliche Verhandlungen vor der Einspruchsabteilung sind, wie sich aus Artikel 116 (4) EPÜ ergibt, öffentlich. Die Ladung zur mündlichen Verhandlung gibt deren Datum und Uhrzeit an. Sofern eine Verhandlung für mehrere Tage vorgesehen ist, wird darauf hingewiesen.

2.1.3 Es gibt erkennbar keine Rechtsprechung zu der Frage, ob die Fortsetzung der Verhandlung an einem anderen Tag als dem in der Ladung angegebenen, eine neue mündliche Verhandlung darstellt und Regel 115 EPÜ insoweit anzuwenden ist mit der Folge, daß einer verkürzten Ladungsfrist zugestimmt werden müsste. Die Beschwerdegegnerin hat vorgetragen, es handele sich bei der Fortsetzung um dieselbe mündliche Verhandlung, weshalb die Einspruchsabteilung einen Fortsetzungstermin in pflichtgemäßem Ermessen ohne Beachtung der Zweimonatsfrist festsetzen könne.

- a) Die in Regel 115 EPÜ festgelegte Zweimonatsfrist dient dazu, beiden Parteien, die sich den Verhandlungstermin nicht aussuchen können, Gelegenheit zu geben, sich auf den Termin inhaltlich und organisatorisch vorzubereiten. Gibt es für einen der geladenen Vertreter Terminschwierigkeiten, so kann er rechtzeitig auf diese hinweisen und in Übereinstimmung mit den insoweit anerkannten Gründen eine Verschiebung erwirken. Umgekehrt kann und darf sich ein geladener Vertreter auch darauf einstellen, daß an einem anderen als dem in der Ladung genannten Tag keine Verhandlung über den in der Ladung genannten Fall stattfindet und der Vertreter über den Tag vor oder nach der Verhandlung anderweit disponieren kann. So besteht weder eine Verpflichtung noch eine Notwendigkeit des geladenen Vertreters, die Einspruchsabteilung darauf hinzuweisen, daß er beispielsweise am Tag nach dem in der Ladung genannten Verhandlungstag einen anderen Verhandlungstermin wahrzunehmen oder eine Urlaubsreise geplant habe, denn ein terminlicher

Konflikt besteht insoweit nicht. Auch wird sich ein nur für einen Tag geladener und von auswärts anreisender Vertreter nicht rein vorsorglich um eine Übernachtungsmöglichkeit kümmern müssen und das in der Regel auch nicht tun.

Aus all dem ergibt sich, daß die in Regel 115 EPÜ genannte Zweimonatsfrist einem fundamentalen Bedürfnis nach Planbarkeit und Vorhersehbarkeit Rechnung trägt. Zur Planbarkeit gehört aber auch, daß sich der oder die geladenen Vertreter darauf verlassen dürfen, daß die angesetzte mündliche Verhandlung jedenfalls innerhalb des in der Ladung angegebenen zeitlichen Rahmens stattfindet und nicht über diesen hinausgeht. Die Kammer vermag deshalb nicht zu erkennen, weshalb die in Regel 115 EPÜ vorgeschriebene Zweimonatsfrist nur auf die erstmalige Ladung zur mündlichen Verhandlung, nicht aber auf deren Fortsetzung an einem anderen als dem in der Ladung angesetzten Kalendertag Anwendung finden soll. Die Interessenlage ist nämlich insoweit dieselbe. Die Kammer ist deshalb der Auffassung, daß für die Fortsetzung einer mündlichen Verhandlung über den in der Ladung angegebenen Kalendertag hinaus eine erneute Ladung erforderlich ist, die den Erfordernissen von Regel 115 EPÜ zu genügen hat.

- b) Vorliegend wurde zu einer mündlichen Verhandlung am 16. März 2010 geladen. Die am Abend dieses Tages durch die Einspruchsabteilung beschlossene Fortsetzung der Verhandlung an einem anderen Kalendertag musste daher den Erfordernissen von Regel 115 EPÜ Rechnung tragen.

## 2.2 Erfordernisse der Regel 115 EPÜ

2.2.1 Für die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung am 17. März wurde die Ladungsfrist von zwei Monaten unstreitig nicht eingehalten. Nach Regel 115 EPÜ ist dies nicht erforderlich, "sofern die Beteiligten mit einer kürzeren Frist einverstanden sind". Nach dem Vorbringen der Beschwerdegegnerin hatte sich der Patentinhaber durch sein Verhandeln am zweiten Verhandlungstag jedenfalls stillschweigend mit einer Verkürzung der Ladungsfrist einverstanden erklärt und sich insoweit auf die Fortsetzung der Verhandlung rügelos eingelassen.

2.2.2 Die Kammer kann sich dem Vorbringen der Beschwerdegegnerin aus mehreren Gründen nicht anschließen.

- a) Der von der Beschwerdegegnerin angezogene Grundsatz der rügelosen Einlassung nach § 295 der deutschen Zivilprozeßordnung (ZPO) hat folgenden Wortlaut:

### **"§ 295 Verfahrensrügen**

(1) Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozesshandlung betreffenden Vorschrift kann nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet, oder wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, die auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat oder in der darauf Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein musste."

- b) Auch wenn man aus § 295 ZPO einen allgemeinen Grundsatz herleiten wollte, so wäre dieser vorliegend über Artikel 125 EPÜ nur dann anwendbar, wenn es sich

um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz "in den Vertragsstaaten" handelte. Dafür, daß der Grundsatz aber auch in den nationalen Rechtsordnungen anderer Vertragsstaaten als Deutschland im Hinblick auf die Verkürzung einer Ladungsfrist Geltung beanspruchen könne, ist die Beschwerdegegnerin den Beweis schuldig geblieben.

- c) Des weiteren ist die Kammer nicht der Auffassung, daß es sich bei dem Verhandeln der Vertreter des Patentinhabers am zweiten Tag überhaupt um eine "rügelose" Einlassung handelte. Im Protokoll der mündlichen Verhandlung der angefochtenen Entscheidung heißt es auf Seite 14 unten:

"Der Patentinhaber bevorzugt an einem anderen Tag als am nächsten Tag weiter zu verfahren, weil beide Vertreter des Patentinhabers mit einem anderen Verfahren beschäftigt seien."

Daß der Patentinhaber am zweiten Tage gleichwohl in teilweise anderer Besetzung vertreten war und die Vertreter sich auch zur Sache eingelassen haben, kann nicht als rügelose Einlassung, sondern allenfalls als das Bemühen gewertet werden, den Schaden möglichst gering zu halten.

Schließlich könnte auch eine rügelose Einlassung, so sie denn vorgelegen hätte, den Anforderungen an Regel 115 EPÜ nicht genügen, denn dort ist ausdrücklich von dem "Einverständnis" der Parteien die Rede. Es reicht also nicht, daß eine Partei einer verkürzten Ladungsfrist nicht eindeutig widerspricht, oder, um mit dem Wortlaut von § 295

ZPO zu sprechen, "den Mangel nicht gerügt hat". Vielmehr muss die Partei ihr Einverständnis klipp und klar zum Ausdruck bringen. Das war für die Einsprechenden der Fall, wenn es in der Niederschrift auf Seite 14 unten für die Fortsetzung der Verhandlung am Folgetag heißt: "Die erste und zweite Einsprechende sind damit einverstanden". Für den Patentinhaber trifft dies aber ausweislich der Niederschrift nicht zu, und es ist nicht ersichtlich, daß der Patentinhaber am Folgetag seine Meinung geändert hätte.

- d) Jeder einzelne dieser oben angeführten Gründe führt dazu, daß das Verhalten des Patentinhabers nicht als dessen Einverständnis für eine Fortsetzung der Verhandlung am Folgetag ausgelegt werden kann.

Mit der Fortsetzung des Verfahrens am Folgetag hat die Einspruchsabteilung damit gegen Regel 115 EPÜ verstoßen.

### 2.3 Wesentlicher Verfahrensfehler

Nach Auffassung der Beschwerdegegnerin kann ein Verstoß gegen Regel 115 EPÜ jedenfalls deshalb nicht als wesentlich angesehen werden, weil der Fall einer im Voraus nicht geplanten Fortsetzung der mündlichen Verhandlung im EPÜ nicht geregelt sei und es insoweit auch an einer gefestigten Rechtsprechung fehle.

Nun kann ein wesentlicher Verfahrensfehler auch in bestem Wissen und Gewissen begangen werden, soweit er einen Verstoß gegen fundamentale Grundsätze des EPÜ darstellt. Die Grundsätze der Planbarkeit und Vorhersehbarkeit, die in Regel 115 EPÜ ihren Ausdruck

gefunden haben, sind Ausprägungen des Vertrauensschutzes und damit von fundamentaler Bedeutung. Wie der vorliegende Fall deutlich zeigt, stehen sie auch in enger Beziehung zum Recht auf rechtliches Gehör, wenn die verkürzte Ladungsfrist zu Terminkollisionen führt, die eine Partei in ihrer im Vorhinein geplanten Verfahrensstrategie beeinträchtigt. In Übereinstimmung mit der Entscheidung **T 111/95** vom 13. März 1996 sieht die Kammer deshalb in dem Verstoß gegen Regel 115 EPÜ einen wesentlichen Verfahrensfehler, der zu einer Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz führt.

### 3. Zurückverweisung

Da der wesentliche Verfahrensfehler in der Fortsetzung des Verfahrens am Folgetag liegt, erscheint es der Kammer weder erforderlich noch geboten, den Teil der Verhandlung zu wiederholen, der nicht fehlerbehaftet ist, mithin den ersten Verhandlungstag. Am ersten Verhandlungstag hat die Einspruchsabteilung über den Hauptantrag sowie über die Hilfsanträge 1 - 3 verhandelt und entschieden. Nach einer Diskussion mit den Parteien hielt die Einspruchsabteilung den Gegenstand des Anspruches 1 des Hauptantrages für nicht erfinderisch, denjenigen des Hilfsantrages 1 für unzulässig erweitert und denjenigen des Hilfsantrages 2 für nicht erfinderisch. Hilfsantrag 3 wurde nicht in das Verfahren zugelassen.

Mit der Verkündung der Entscheidung, das Patent zu widerrufen hat sich die Einspruchsabteilung im Hinblick auf diese Anträge für die Parteien erkennbar gebunden und insoweit Zwischenentscheidungen getroffen.

Für das Beschwerdeverfahren stellt Artikel 8 (2) der Verfahrensordnung der Beschwerdekammern (VOBK) klar, daß auch im Falle einer anderen Kammerbesetzung eine Bindung "an bereits getroffene Zwischenentscheidungen" besteht. Obgleich es für das erstinstanzliche Verfahren eine entsprechende Vorschrift nicht gibt, sollte Artikel 8 (2) VOBK hier entsprechende Anwendung finden (Singer/Stauder - *Schachenmann*, Europäisches Patentübereinkommen, 5. Aufl. Köln 2010, Art. 116 Rz. 31). Die Einspruchsabteilung wird deshalb, ob in gleicher oder geänderter Besetzung, das Verfahren mit der Maßgabe fortzusetzen haben, daß über die am 16. März 2010 entschiedenen Haupt- bzw. Hilfsanträge 1 - 3 nicht erneut verhandelt wird.

## **Entscheidungsformel**

### **Aus diesen Gründen wird entschieden:**

1. Die angefochtene Entscheidung wird aufgehoben.
  
2. Die Sache wird zur weiteren Verhandlung mit der Anordnung an die Einspruchsabteilung zurückverwiesen, daß über die am 16. März 2010 entschiedenen Haupt- bzw. Hilfsanträge 1 - 3 nicht erneut verhandelt wird.

Der Geschäftsstellenbeamte:

Der Vorsitzende:

G. Magouliotis

C. Heath