

Interner Verteilerschlüssel:

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

**Datenblatt zur Entscheidung
vom 22. November 2018**

Beschwerde-Aktenzeichen: T 1619/14 - 3.2.06

Anmeldenummer: 07724155.2

Veröffentlichungsnummer: 2004116

IPC: A61F13/00

Verfahrenssprache: DE

Bezeichnung der Erfindung:

PRIMÄRVERBAND

Patentinhaberin:

BSN medical GmbH

Einsprechende:

McAirlaid's Vliesstoffe GmbH
Paul Hartmann AG
Lohmann & Rauscher GmbH

Stichwort:

Erstmaliges Bestreiten bisher unbestrittener Tatsachen in mündlicher Verhandlung (siehe Entscheidungsgründe 2.1 bis 2.4)

Relevante Rechtsnormen:

EPÜ Art. 54(2)
VOBK Art. 13(1)

Schlagwort:

Verspätetes Vorbringen - erstmaliges Bestreiten bisher
unbestrittener Tatsachen in mündlicher Verhandlung -
zugelassen (nein)

Neuheit - (nein)

Spät eingereichter Antrag - zugelassen (nein) - Antrag hätte
bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden
können (ja)

Zitierte Entscheidungen:

G 0002/88

Orientierungssatz:



Beschwerdekammern

Boards of Appeal

Chambres de recours

Boards of Appeal of the
European Patent Office
Richard-Reitzner-Allee 8
85540 Haar
GERMANY
Tel. +49 (0)89 2399-0
Fax +49 (0)89 2399-4465

Beschwerde-Aktenzeichen: T 1619/14 - 3.2.06

E N T S C H E I D U N G
der Technischen Beschwerdekammer 3.2.06
vom 22. November 2018

Beschwerdeführerin:
(Patentinhaberin)

BSN medical GmbH
Quickbornstrasse 24
20253 Hamburg (DE)

Vertreter:

FARAGO
Patentanwälts- und Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Thierschstraße 11
80538 München (DE)

Beschwerdegegnerin:
(Einsprechende 1)

McAirlaid's Vliesstoffe GmbH
Münsterstrasse 61-65
48565 Steinfurt (DE)

Vertreter:

Bungartz Christophersen
Partnerschaft mbB Patentanwälte
Homberger Strasse 5
40474 Düsseldorf (DE)

Beschwerdegegnerin:
(Einsprechende 2)

Paul Hartmann AG
Paul-Hartmann-Strasse 12
89522 Heidenheim (DE)

Vertreter:

DREISS Patentanwälte PartG mbB
Postfach 10 37 62
70032 Stuttgart (DE)

Beschwerdegegnerin:
(Einsprechende 3)

Lohmann & Rauscher GmbH
Johann-Schorsch-Gasse 4
1140 Wien (AT)

Vertreter:

Seranski, Klaus
Boehmert & Boehmert
Anwaltspartnerschaft mbB
Pettenkoferstraße 22
80336 München (DE)

Angefochtene Entscheidung: Entscheidung der Einspruchsabteilung des Europäischen Patentamts, die am 28. Mai 2014 zur Post gegeben wurde und mit der das europäische Patent Nr. 2004116 aufgrund des Artikels 101 (3) (b) EPÜ widerrufen worden ist.

Zusammensetzung der Kammer:

Vorsitzender M. Harrison
Mitglieder: T. Rosenblatt
W. Ungler

Sachverhalt und Anträge

- I. Die Beschwerdeführerin (Patentinhaberin) hat Beschwerde gegen den Widerruf des europäischen Patents Nr. 2004116 durch die Einspruchsabteilung eingelegt.
- II. Mit ihrer Beschwerdebegründung vom 26. September 2014 verfolgte die Beschwerdeführerin die Aufrechterhaltung des erteilten Patents, bzw. hilfsweise die Aufrechterhaltung in geänderter Fassung entsprechend einem von drei Hilfsanträgen. Dabei entsprachen Hilfsanträge 1 und 2 den Hilfsanträgen 1 und 3 der angefochtenen Entscheidung wohingegen Hilfsantrag 3 neu war.
- III. In Vorbereitung auf die mündliche Verhandlung teilte die Kammer den Parteien ihre vorläufige Meinung über die Beschwerde mit.
- IV. Mit Schreiben vom 7. November 2018 reichte die Beschwerdeführerin einen neuen Hilfsantrag 2 ein und zog die früheren Hilfsanträge 2 und 3 zurück.
- V. Die mündliche Verhandlung vor der Kammer fand am 22. November 2018 statt. Zu Beginn der Verhandlung nahm die Beschwerdeführerin ihren bis dato geltenden Hauptantrag (Aufrechterhaltung des Patents wie erteilt) zurück.
- VI. Die Beschwerdeführerin (Patentinhaberin) beantragte, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und das Patent in geänderter Fassung auf der Grundlage des mit Schreiben vom 26. September 2014 eingereichten Hilfsantrags 1 aufrecht zu erhalten, hilfsweise das Patent in geänderter Fassung auf der Grundlage des mit Schreiben vom 7. November 2018 eingereichten

Hilfsantrags 2 aufrecht zu erhalten.

Die Beschwerdegegnerinnen (Einsprechende 1, 2 und 3) beantragten, die Beschwerde zurückzuweisen.

VII. Folgendes Dokument aus dem Einspruchsverfahren ist relevant für die vorliegende Entscheidung:

D15: EP-A-0 302 611 in Verbindung mit Anlagen 1 und 2, eingereicht mit der Einspruchsschrift der Beschwerdegegnerin-Einsprechende 3 am 14. März 2012.

VIII. Anspruch 1 gemäß dem als "Hilfsantrag 1" mit der Beschwerdebegründung eingereichten Anspruchssatz hat folgenden Wortlaut:

"Flüssigkeitsdurchlässiger Primärverband (100) in Form eines schmiegsamen thermoplastischen Materialabschnittes (1.1; 1.2; 1.3; 1.4; 1.5), aufweisend:

- eine erste, glatte Oberfläche (4),
- eine der glatten Oberfläche (4) abgewandte, zweite Oberfläche (5) des Materialabschnittes (1.1; 1.2; 1.3; 1.4; 1.5),
- eine Vielzahl von dreidimensionalen Perforationen (2'; 2"; 21), deren Wände (3) von der ersten, glatten Oberfläche (4) beginnend jeweils in einen Randüberstand mit freier Kante (8) auslaufen und der zweiten Oberfläche (5) einen rauen Griff verleihen, dadurch gekennzeichnet, dass wenigstens eine der freien Kanten (8) in einen senkrecht zu einer Perforationsachse (A) abgewinkelten Abschnitt (12) übergeht."

Anspruch 1 des am 7. November 2018 eingereichten Hilfsantrags 2 unterscheidet sich vom oben widergegebenen Wortlaut nur dahingehend, dass das folgende Merkmal direkt nach dem Ausdruck "gekennzeichnet dadurch, dass" eingefügt wurde:

"die Perforationen (2) pyramidenförmig sind und dass ihre Wände (3) segmentiert, d.h. voneinander mit Stanzlinien (16) getrennt sind, wobei [wenigstens eine...]"

IX. Die Argumente der Beschwerdeführerin können wie folgt zusammengefasst werden.

"Hilfsantrag 1"

Der geänderte Anspruch definiere senkrecht abgewinkelte Abschnitte. Diese erstreckten sich direkt an einer freien Kante beginnend über eine gewisse Länge und bildeten mit der Perforationsachse einen Winkel von 90°.

D15 sei nicht zu entnehmen, ob das beschriebene Herstellungsverfahren überhaupt durchgeführt wurde. Es werde außerdem bestritten, dass die in Anlagen 1 und 2 gezeigten Folien nach dem Verfahren der D15 hergestellt wurden. Die Einsprechende 3 hat nicht angegeben, welches der in D15 genannten Verfahren durchgeführt und welche Parameter dabei verwendet wurden.

Die in Anlagen 1 und 2 gezeigten Folien seien jedenfalls erst nach dem Prioritätsdatum des Patents hergestellt worden und gehörten somit nicht zum Stand der Technik.

Weder in der schematischen Figur 2 der D15 noch in den Anlagen 1 und 2, die Perforationen nur in Perspektivansicht zeigten, sei ein solcher senkrechter Abschnitt erkennbar offenbart.

Hilfsantrag 2

Dieser Antrag sollte in das Verfahren zugelassen werden, da er als direkte Reaktion auf erstmals von der Beschwerdekammer in ihrer Mitteilung formulierte Bedenken zur Neuheit eingereicht wurde. Der Gegenstand des geänderten Anspruchs beruhe auf einem erteilten abhängigen Anspruch, der bereits im Einspruchsverfahren diskutiert wurde und somit keine Überraschung für die Beschwerdegegnerinnen bilden könne. Der Gegenstand sei zudem nicht komplex. Zu berücksichtigen sei auch, dass die Beschwerdeführerin ein faires Verfahren geführt habe, was sich in der geringen Anzahl von Hilfsanträgen widerspiegele. Im Einspruchsverfahren ergab sich keine Notwendigkeit, diesen Antrag vorzulegen. In ihrem Ladungsbescheid zur mündlichen Verhandlung hatte die Einspruchsabteilung nämlich ihre Position zur Frage der Neuheit offen gelassen. In der mündlichen Verhandlung hatte die Patentinhaberin dann versucht, das Patent mit geänderten Ansprüchen zu verteidigen, die sich auf die Verwendung des beanspruchten Gegenstands bezogen. Erst nach der Mitteilung der Kammer sei dann klar geworden, dass die weitere Verfolgung dieser Ansprüche keinen Erfolg hätte. Der Antrag sei konvergent mit dem vorhergehenden, da er den im Hilfsantrag 1 beanspruchten Gegenstand weiter einschränke.

- X. Die Argumente der Beschwerdegegnerinnen können wie folgt zusammengefasst werden.

"Hilfsantrag 1"

Das Merkmal im Kennzeichen von Anspruch 1 müsse breit ausgelegt werden. Einerseits sei die Lage der Perforationsachse nicht eindeutig definiert und bestimmbar, was sich z.B. anhand des Vergleichs der Perforationen in Figur 3 der Patentschrift ergebe. Außerdem könne der Fachmann den Ausdruck "senkrecht" im Einklang mit der Beschreibung nur als "in etwa senkrecht" interpretieren, was angesichts der verwendeten Materialien der perforierten Folien auch größere Abweichungen vom 90°-Winkel einschließe. Der Anspruch sei nicht auf Abschnitte einer bestimmten Länge eingeschränkt. Um das Merkmal im kennzeichnenden Teil vorwegzunehmen reiche es aus, wenn eine Tangentialebene an einem sich von der freien Kante erstreckenden Abschnitt gefunden werde, die das Winkelkriterium erfülle.

Entsprechende Abschnitte ließen sich an den in Anlagen 1 und 2 abgebildeten Perforationen erkennen. Die dort gezeigten Folien wurden entsprechend dem in D15 offenbarten Verfahren nachgearbeitet. Sie gehörten damit als Produkt des beschriebenen Verfahrens zur Offenbarung der D15.

Dass unklar sei, ob und nach welchem der in D15 beschriebenen Verfahren die Folien in Anlagen 1 und 2 hergestellt wurden, sei im Einspruchsverfahren und in der Beschwerdebeurteilung nie vorgetragen worden und stelle somit eine Änderung des Vorbringens dar. Diese sollte nicht ins Verfahren zugelassen werden, da sie nicht durch geeignete Nachweise untermauert wurde.

Hilfsantrag 2

Der Antrag dürfe nicht in das Verfahren zugelassen werden, da er bereits im Einspruchsverfahren hätte vorgelegt werden können. Am Ende der mündlichen Verhandlung vor der Einspruchsabteilung habe die Beschwerdeführerin ausdrücklich auf weitere Änderungen verzichtet. Die abhängigen Ansprüche stellten immer die erste Quelle für Änderungen dar, auf die zurückgegriffen werden kann, wenn keine Möglichkeit besteht, das Patent in der erteilten Fassung nicht zu verteidigen. Einer Diskussion über den nun vorgelegten Gegenstand des abhängigen Anspruchs 5 im Einspruchsverfahren hat sich die Beschwerdeführerin entzogen, obwohl Einwände bereits in den Einspruchsschriften vorgetragen wurden, denen nur teilweise von der Beschwerdeführerin entgegnet wurde. Im Beschwerdeverfahren müsste dieser völlig neue Gegenstand erstmals diskutiert werden. Die Kammer habe in ihrem Bescheid auch keine neuen Argumente vorgetragen, sondern lediglich andere Formulierungen als die Einsprechenden verwendet.

Entscheidungsgründe

"Hilfsantrag 1"

1. Anspruch 1 - Artikel 54 (1) und (2) EPÜ

Der Gegenstand von Anspruch 1 ist nicht neu im Sinne der Artikel 54 (1) und (2) EPÜ im Hinblick auf die Offenbarung der D15 in Kombination mit Anlagen 1 und 2.

1.1 Nach Artikel 54 (2) EPÜ bildet den Stand der Technik "alles, was ... der Öffentlichkeit durch schriftliche oder mündliche Beschreibung, durch Benutzung oder in sonstiger Weise zugänglich gemacht worden ist.". Im Falle einer schriftlichen Beschreibung können auch

weitere Informationen zugänglich gemacht worden sein, die als zwangsläufiges Ergebnis bei der Durchführung eines beschriebenen Verfahrens resultieren (G 2/88, ABl. EPA 1990, 93, Entscheidungsgründe Punkt 10).

1.2 Auslegung des Merkmals im kennzeichnenden Teil von Anspruch 1

Anspruch 1 definiert in seinem kennzeichnenden Teil das Merkmal wonach "wenigstens eine der freien Kanten (8) in einen senkrecht zu einer Perforationsachse (A) abgewinkelten Abschnitt (12) übergeht". Die einzige Änderung im Vergleich zum Wortlaut des erteilten Anspruchs besteht dabei in der Streichung des Ausdrucks "im Wesentlichen" vor dem Wort "senkrecht".

Der Fachmann versteht das genannte Merkmal wie üblich in seinem breitesten technischen Sinn. In Übereinstimmung mit der Offenbarung in der Beschreibung des Patents, siehe z.B. Seite 2, Zeile 57, Seite 3, Zeile 34 oder Seite 5, Zeile 22, ist der Begriff "senkrecht" als "in etwa senkrecht" zu verstehen. Weiter berücksichtigt der Fachmann bei der Auslegung des Begriffs "senkrecht", dass die Form der freien Kanten der dreidimensionalen Perforationen und ihrer abgewinkelten Abschnitte, nur sehr ungenau zu kontrollieren und zu bestimmen ist. Dies liegt an den Eigenschaften der verwendeten Materialien (dünne thermoplastische Polymerfolien) und am Herstellungsprozess (thermische Unterdruckperforation mit möglicherweise sich anschließender Umformung der Kanten in einem Warmluftstrom, siehe z.B. Absatz 36). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin versteht der Fachmann, dass der Ausdruck "senkrecht ... abgewinkelten" nicht im engen Sinne eines abrupten Richtungswechsels zwischen freier Kante und Wandung der

Perforation verstanden werden kann. Vielmehr versteht er, dass abgewinkelte Abschnitte an den dünnwandigen Perforationen der Polymerfolien sehr unterschiedliche Formen annehmen, die auch mehr oder weniger fließende, runde Richtungsänderungen einschließen, ohne dass die Abschnitte selbst plan sein müssen. Auch die Lage und Orientierung der Perforationsachsen ist nur sehr ungenau bestimmbar. Dies ergibt sich unter anderem schon aus einem Vergleich der in Figur 2 des Streitpatents dargestellten schematischen Perforationen, wo zumindest für die beiden rechten Perforationen aufgrund ihrer Gestalt, die weder zylindrisch noch konisch ist, die Orientierung ihrer Achsen nicht eindeutig feststellbar ist.

In Ermangelung einer eingeschränkten Definition im Streitpatent fallen daher Ausführungsformen unter den Wortlaut des Anspruchs, bei denen die Abweichungen von einer senkrechten Abwinkelung zu einer (in ihrer Orientierung unbestimmten) Perforationsachse sehr groß sein können und nicht beschränkt sind auf die gewöhnlicherweise vom Fachmann angenommenen fertigungstechnischen Toleranzen im Bereich weniger Sekunden oder Minuten. Wie auch die Beschwerdegegnerin-Einsprechende 3 vorgetragen hat, würde der Fachmann die Orientierung entsprechender abgewinkelter Abschnitte zur Perforationsachse dabei auch durch die Richtungen von Tangentialebenen bestimmen, die an die in der Praxis zu erwartenden unregelmäßigen Formen dieser Abschnitte gedanklich angelegt werden können.

Der Anspruch ist auch dahingehend breit auszulegen, dass es ausreicht, dass nur eine einzige Perforation des Materialabschnitts das oben genannte Merkmal aufweist. Dies wurde von der Beschwerdeführerin auch

nicht bestritten.

1.3 Offenbarung der D15

Es ist unbestritten, dass D15 einen flüssigkeitsdurchlässigen Primärverband mit den Merkmalen des Oberbegriffs von Anspruch 1 offenbart. In der Tat offenbart D15 z.B. in Figur 3 einen thermoplastischen Materialabschnitt mit den definierten Oberflächen und Perforationen, der gemäß Spalte 1, Zeilen 7-16 der D15 Verwendung in einem Pflaster finden kann, somit als Primärverband im weitesten Sinne des Patents, siehe dort z.B. Absatz 7.

D15 beschreibt außerdem ein Verfahren, mit dem die beschriebenen und dargestellten perforierten Folien hergestellt werden können. Dabei wird gemäß der Erfindung der D15, von einem in Spalte 3, Zeilen 11-16, erwähnten konventionellen Verfahren ausgegangen und dieses abgewandelt, siehe Zeile 17 ff. Ein solches Verfahren und das aus ihm zwangsläufig resultierende Produkt gehört damit ebenfalls zur Offenbarung der D15 (siehe oben, Punkt 1.1), wie die Kammer auch in ihrer Mitteilung ausgeführt hatte. Dies wurde von der Beschwerdeführerin im Anschluss an die Mitteilung der Kammer auch nicht weiter bestritten.

Die Beschwerdegegnerin-Einsprechende 3 hat Folien mit diesem Verfahren hergestellt und mikroskopische Aufnahmen der erhaltenen dreidimensionalen Perforationen in den Anlagen 1 und 2 vorgelegt. Nach Ansicht der Kammer sind auf diesen Aufnahmen, z.B. in Anlage 1, die freie Kanten, die in senkrecht abgewinkelte Abschnitte übergehen, eindeutig und unmittelbar erkennbar. Angesichts der gebotenen breiten Auslegung des Merkmals im kennzeichnenden Teil des

Anspruchs (siehe oben) steht dieser Erkenntnis auch nicht entgegen, dass die Aufnahme in Anlage 1 die Perforationen nur perspektivisch zeigt.

1.4 Die Kammer kommt zu dem Schluss, dass bei der gebotenen breiten Auslegung alle Merkmale von Anspruch 1 in D15 offenbart sind und folglich das Erfordernis des Artikels 54 (1) und (2) EPÜ nicht erfüllt ist. Eine Aufrechterhaltung des Patents mit den geänderten Ansprüchen gemäß "Hilfsantrag 1" ist damit nicht möglich.

2. Nicht-Zulassung geänderten Vorbringens in das Verfahren

2.1 Gemäß der angefochtenen Entscheidung hat die beschwerdeführende Patentinhaberin im Einspruchsverfahren nicht bestritten, dass das Verfahren aus D15 zu den abgebildeten Folien führte, sondern nur die Offenbarung des kennzeichnenden Merkmals in Anlagen 1 und 2 (Seite 9 der angefochtenen Entscheidung; ebenso die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor der Einspruchsabteilung, Seite 4 in der Mitte).

In der Beschwerdebeurteilung hat die Beschwerdeführerin im Wesentlichen argumentiert, dass die von der Einsprechenden 3 hergestellten Folien erst nach dem Prioritäts- bzw. Anmeldedatum des Streitpatents hergestellt wurden, also keinen Stand der Technik nach Artikel 54 (2) EPÜ bildeten.

In der mündlichen Verhandlung vor der Beschwerdekammer hat die Beschwerdeführerin dagegen zum ersten Mal bestritten, dass die in Anlage 1 und 2 gezeigten perforierten Folien mit dem Verfahren der D15 hergestellt wurden, bzw. behauptet, dass von der

Beschwerdegegnerin-Einsprechende 3 nicht angegeben wurde, welches der in D15 genannten Verfahren ausgeführt wurde und welche Bedingungen bzw. Parameter dabei gewählt wurden.

2.2 Das Bestreiten, dass die in Anlage 1 und 2 gezeigten perforierten Folien mit dem erfindungsgemäßen Verfahren aus D15, Spalte 3, Zeilen 17 ff. hergestellt wurden, stellt eine Änderung des Vorbringens der Beschwerdeführerin nach Artikel 13 (1) der Verfahrensordnung der Beschwerdekammern (VOBK) dar. Die Zulassung dieses Vorbringens in das Verfahren liegt im Ermessen der Kammer. Bei der Ausübung ihres Ermessens berücksichtigt die Kammer dabei insbesondere den Verfahrensstand, die Komplexität des neuen Vorbringens und die gebotene Verfahrensökonomie.

2.3 Die Kammer kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht erkennen, dass in der Beschwerdebegründung implizit entsprechende Bedenken geäußert wurden. Der zweite Absatz auf Seite 5, der sich allein mit den nach D15 nachgearbeiteten Folien befasst, bestreitet im wesentlichen nur, dass diese, auch wenn sie die Merkmale des Gegenstands von Anspruch 1 zeigten, aufgrund ihrer Herstellung nach dem Prioritäts- bzw. Anmeldedatum des Streitpatents eine neuheitsschädliche Offenbarung darstellten.

2.4 Das neue Vorbringen erfolgte zum spätest möglichen Zeitpunkt im Verfahren, ohne dass sich der zugrundeliegende Sachverhalt im Beschwerdeverfahren geändert hätte.

Die Beschwerdegegnerinnen hatten keine Möglichkeit, sich auf diese neue Verteidigungslinie der Beschwerdeführerin vorzubereiten und dieser angemessen

zu entgegen. Eine angemessene Stellungnahme seitens der Beschwerdegegnerinnen hätte z.B. eine Rücksprache mit den Abteilungen, die die nachgearbeiteten Folien hergestellt hatten, oder sogar die Durchführung weiterer Versuche erforderlich gemacht. Bereits mit der Einspruchsschrift hatte die Beschwerdegegnerin-Einsprechende 3 im Zusammenhang mit der Vorlage der Anlagen 1 und 2 weitere Sachverständigengutachten und die Einvernahme eines Zeugen angeboten, wenn die Nacharbeitung der in Anlage 1 und 2 gezeigten Folien gemäß dem Verfahren aus D15 angezweifelt werden sollte (vgl. Einspruchsschriftsatz vom 14. März 2012, Seiten 7 und 8). Die beschwerdeführende Patentinhaberin hat darauf verzichtet und keine entsprechenden Zweifel vorgetragen (worauf schon in der mündlichen Verhandlung vor der Einspruchsabteilung hingewiesen wurde, siehe Seite 4 der Niederschrift). Eine Reaktion der Beschwerdegegnerinnen im Falle der Zulassung dieses Vorbringens in das Beschwerdeverfahren hätte unausweichlich zu einer Vertagung der mündlichen Verhandlung oder einer Zurückverweisung an die Einspruchsabteilung führen müssen.

Darüber hinaus stellt das Bestreiten eine im Wesentlichen unsubstantiierte Behauptung dar. Eigene Versuche auf Grundlage der Angaben in D15, die hätten zeigen können, dass die präsentierten Ergebnisse nicht zwangsläufig mit dem beschriebenen erfindungsgemäßen Verfahren der D15 erhalten werden, hat die Beschwerdeführerin nicht vorgelegt. Sie hat diese Behauptung nur durch eine Bezugnahme auf Mikroskopaufnahmen anderer nachproduzierter Folien stützen wollen, die von den Einsprechenden im Einspruchsverfahren im Rahmen behaupteter offenkundiger Vorbenutzungen vorgelegt wurden. *Prima facie* weckte dieser Hinweis bei der Beschwerdekammer allerdings

keine Zweifel daran, dass auch mit veränderten Verfahrens-Parametern, die den in diesen anderen Aufnahmen gezeigten Folien offenbar zugrunde lagen, das strittige Merkmal im Kennzeichen von Anspruch 1 in jedem Fall ausgebildet wird.

Angesichts der Versäumnisse der Beschwerdeführerin, ihre Bedenken rechtzeitig und begründet im Einspruchsverfahren, bzw. spätestens mit der Beschwerdebegründung vorzutragen und im Hinblick auf die im Falle der Zulassung erforderliche Vertagung der mündlichen Verhandlung, bzw. Zurückverweisung an die Einspruchsabteilung, hat die Kammer ihr Ermessen folglich dahingehend ausgeübt, das erstmalige unsubstantiierte Bestreiten, dass die in den Anlagen 1 und 2 gezeigten Ergebnisse nach dem Verfahren der D15, Spalte 3, Zeile 17 ff. nachgearbeitet wurden, nicht ins Verfahren zuzulassen.

Hilfsantrag 2

3. Zulassung in das Verfahren
 - 3.1 In Reaktion auf die Mitteilung der Kammer in Vorbereitung auf die mündliche Verhandlung hat die Beschwerdeführerin einen neuen Hilfsantrag 2 eingereicht. Dabei wurden zusätzlich zu den Änderungen am Anspruch 1 des "Hilfsantrag 1" die Merkmale des erteilten abhängigen Anspruchs 5 in den unabhängigen Anspruch aufgenommen.
 - 3.2 Die Vorlage des Hilfsantrags 2 ist eine Änderung des Vorbringens, dessen Zulassung in das Verfahren gemäß Artikel 13 (1) VOBK im Ermessen der Kammer liegt. Auch hier sind wieder die oben bereits genannten Kriterien zu berücksichtigen (siehe Punkt 2.2).

Für eine Abwägung nur der Komplexität gegen die Verspätung, wie es die Beschwerdeführerin aufgrund der ihrer Meinung nach geringen Anzahl von Anträgen und einer daraus resultierenden fairen Verfahrensführung für geboten hielt, gibt es in der Verfahrensordnung keine Grundlage. Es sind vielmehr die gesamten Umstände des Falles zu berücksichtigen.

3.3 Die Begründung der Beschwerdeführerin für die Zulassung des Antrags ist nicht überzeugend.

3.3.1 Wie kurzfristig vor der Verhandlung die vorläufige Meinung der Kammer den Parteien zugestellt wird, ist irrelevant, da die Parteien immer damit rechnen müssen, dass die Kammer einem der zuvor vorgetragenen Argumente der Gegenseite folgt.

Die Mitteilung der Kammer enthielt keine Argumente, die die Kammer von Amts wegen neu in das Verfahren eingeführt hätte, sondern beruhte auf den Argumenten der Beschwerdegegnerinnen. Dass die Kammer im Zusammenhang mit der vorläufigen Beurteilung der Neuheit des Gegenstands des erteilten Anspruchs 1 gegenüber D15 auf die Entscheidung der Großen Beschwerdekammer G 2/88, insbesondere auf Punkt 10 der Entscheidungsgründe (*ibid.*), Bezug genommen hat, kann schon gar nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin gereichen und die Vorlage eines weiteren Antrags begründen. Das in diesem Zusammenhang von der Beschwerdeführerin als Verschärfung der Argumentation durch die Kammer empfundene Wort "zwangsläufig" (vgl. Punkt 1.1 oben) bedeutet zwar in der Tat eine Verschärfung der Anforderungen für den Nachweis, dass ein bestimmter Gegenstand im Stand der Technik als offenbart angesehen werden kann. Es erhöht damit aber

den Schwierigkeitsgrad der Argumentation eher auf Seiten der Beschwerdegegnerinnen als für die Beschwerdeführerin. In jedem Fall kann in der Zitierung von ständiger Rechtsprechung, insbesondere von Entscheidungen der Großen Beschwerdekammer, zur Darlegung der von der Kammer bei der Entscheidung im allgemeinen zu berücksichtigenden Kriterien keine überraschende, unvorhersehbare Verfahrenssituation geschaffen werden, die eine Änderung des Vorbringens in einem solch späten Stadium des Verfahrens rechtfertigen könnte.

Die Vorlage des Hilfsantrags 2 hätte unter diesen Umständen bereits mit der Beschwerdebegründung erfolgen müssen, aber nicht erst in Reaktion auf die Mitteilung der Kammer.

- 3.3.2 Die Änderungen stellen außerdem eine komplette Richtungsänderung in Bezug auf den Gegenstand des Verfahrens dar. Ähnlich wie mit den der angefochtenen Entscheidung zugrundeliegenden Hilfsanträge 2 und 3 verfolgte die Beschwerdeführerin mit den der Beschwerdebegründung beiliegenden Hilfsanträgen 2 und 3 das Ziel, in verschiedenen Anspruchsfassungen eine Verwendung des Primärverbands unter Schutz zu stellen, ohne dass die jeweiligen unabhängigen Ansprüche dabei eine explizite strukturelle Einschränkung erfuhren. Mit dem nun vorliegenden Antrag hat die Beschwerdeführerin den zuvor verfolgten Gegenstand aufgegeben und erstmals im gesamten Verfahren den Gegenstand durch zusätzliche strukturelle Merkmale eingeschränkt. Es wurde weder behauptet noch ist es erkennbar, dass die aufgenommenen Merkmale, die die Geometrie der dreidimensionalen Perforationen betreffen, einen direkten Zusammenhang mit der zuvor verfolgten Verwendung haben könnten. Dieser Richtungswechsel widerspricht der für ein

ökonomisch geführtes Verfahren in der Regel notwendigen Konvergenz der zu berücksichtigenden Anträge. Zwar bedeutet der resultierende Gegenstand eine Einschränkung des Gegenstands hinsichtlich Hilfsantrag 1. Die Anträge sind damit aber nicht automatisch konvergent. Vielmehr kann nicht übersehen werden, dass die anderen Parteien und die Kammer sich zwischenzeitlich mit den Ansprüchen der Hilfsanträge 2 und 3 beschäftigen mussten, die offensichtlich einen ganz anderen Gegenstand verfolgten.

- 3.3.3 Obwohl zumindest die Beschwerdegegnerinnen-Einsprechende 2 und 3 in ihren jeweiligen Einspruchsschriftsätzen bereits Einwände zum Gegenstand des erteilten Anspruchs 5 erhoben hatten, bedeutet dies nicht, dass er vor der Einspruchsabteilung bereits diskutiert wurde. Die Beschwerdeführerin wurde am Ende der mündlichen Verhandlung vom Vorsitzenden der Einspruchsabteilung gefragt, ob sie weitere Anträge vorlegen wolle. Sie hat von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht (vgl. Seite 7 der Niederschrift). Ungeachtet der Frage, ob die Änderungen schon zu diesem Moment hätten erfolgen müssen, hat die Beschwerdeführerin jedenfalls mit ihrer Wahl, keine weiteren Anträge zu stellen, eine Diskussion und Entscheidung vor der Einspruchsabteilung über den jetzt vorliegenden Gegenstand vermieden. Es würde damit der Kammer obliegen, ihn erstmals zu prüfen, was dem eigentlichen Zweck des Beschwerdeverfahrens als Überprüfungsverfahren erstinstanzlicher Entscheidungen entgegensteht. Die Alternative einer Zurückverweisung der Sache an die Einspruchsabteilung im Falle einer Zulassung des Antrags in das Verfahren würde zu einer Verzögerung des Verfahrens führen, was insbesondere angesichts der Tatsache, dass keine neuen Tatsachen, Beweismittel oder Argumente von den

Beschwerdegegnerinnen oder der Kammer in das Verfahren eingeführt sind, im Widerspruch zur geforderten Verfahrensökonomie steht.

3.3.4 Auch wenn augenscheinlich die Komplexität der hinzugefügten Merkmale nicht besonders hoch zu sein scheint, kann allein dieses Kriterium die vorstehenden Überlegungen nicht aufwiegen.

3.4 Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Falles hat die Kammer ihr Ermessen nach Artikel 13 (1) VOBK dahingehend ausgeübt, den Hilfsantrag 2 nicht ins Verfahren zuzulassen.

Entscheidungsformel

Aus diesen Gründen wird entschieden:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Der Geschäftsstellenbeamte:

Der Vorsitzende:



M. H. A. Patin

M. Harrison

Entscheidung elektronisch als authentisch bestätigt