

**Interner Verteilerschlüssel:**

- (A) [ - ] Veröffentlichung im AB1.
- (B) [ - ] An Vorsitzende und Mitglieder
- (C) [ - ] An Vorsitzende
- (D) [ X ] Keine Verteilung

**Datenblatt zur Zwischenentscheidung  
vom 17. Februar 2023**

**Beschwerde-Aktenzeichen:** T 0956/19 - 3.3.04

**Anmeldenummer:** 05738161.8

**Veröffentlichungsnummer:** 1874821

**IPC:** C07K16/30, C07K16/28,  
A61K31/573, A61K39/00,  
A61P35/00

**Verfahrenssprache:** DE

**Bezeichnung der Erfindung:**

Kombination von Antikörpern mit Glukokortikoiden zur  
Behandlung von Krebs

**Patentinhaber:**

Lindis Biotech GmbH

**Einsprechende:**

Strawman Limited  
Amgen Research (Munich) GmbH

**Stichwort:**

Antikörper mit Glukokortikoiden/LINDIS

**Relevante Rechtsnormen:**

EPÜ Art. 54(2), 99(1), 108  
EPÜ R. 99(1)(b), 99(2), 142  
VOBK Art. 12(4)  
VOBK 2020 Art. 13(2)

**Schlagwort:**

Zulässigkeit der Beschwerde - Beschwerdeschrift - Angabe der angefochtenen Entscheidung (ja) - Beschwerdebegründung für die Rechtsnachfolgerin (ja) - Beschwerde auf Zulässigkeit der Einsprüche beschränkt - Beschwerde hinreichend begründet (ja) Zulässigkeit der Einsprüche (ja) - Einspruch trotz bestehendem Unterbrechungsgrund wirksam eingelegt (ja) Stand der Technik - Verfügbarkeit in Bibliothek (ja) Neuheit (nein) - Bestreitung der mangelnden Neuheit in der mündlichen Verhandlung - Änderung des Vorbringens (ja) - Berücksichtigung (nein)

**Zitierte Entscheidungen:**

G 0009/93, G 0001/10, T 0925/91, T 0750/94, T 0298/97,  
T 0329/02, T 0854/12, T 0393/15, T 0054/17



**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 0956/19 - 3.3.04**

**Z W I S C H E N E N T S C H E I D U N G**  
**der Technischen Beschwerdekammer 3.3.04**  
**vom 17. Februar 2023**

**Beschwerdeführerin I:** Lindis Biotech GmbH  
(Patentinhaberin) Am Klopferspitz 19  
82152 Planegg (DE)

**Vertreter:** Graf von Stosch, Andreas  
Graf von Stosch  
Patentanwalts-gesellschaft mbH  
Prinzregentenstraße 22  
80538 München (DE)

**Beschwerdeführerin II:** Strawman Limited  
(Einsprechende 1) Orchard Lea  
Horns Lane  
Combe  
Witney, Oxfordshire OX29 8NH (GB)

**Vertreter:** Mewburn Ellis LLP  
Aurora Building  
Counterslip  
Bristol BS1 6BX (GB)

**Beschwerdeführerin III:** Amgen Research (Munich) GmbH  
(Einsprechende 2) Staffelseestr. 2  
81477 München (DE)

**Vertreter:** Schiweck Weinzierl Koch  
Patentanwälte Partnerschaft mbB  
Ganghoferstraße 68 B  
80339 München (DE)

**Angefochtene Entscheidung:** **Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung  
des Europäischen Patentamts über die  
Aufrechterhaltung des europäischen Patents  
Nr. 1874821 in geändertem Umfang, zur Post  
gegeben am 19. Februar 2019.**

**Zusammensetzung der Kammer:**

**Vorsitzende** M. Pregetter  
**Mitglieder:** A. Chakravarty  
L. Bühler  
D. Luis Alves  
P. de Heij

## **Sachverhalt und Anträge**

- I. Die Beschwerde der Patentinhaberin (Beschwerdeführerin I), sowie die Beschwerden der Einsprechenden 1 und 2 (Beschwerdeführerinnen II und III) richten sich gegen die Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung, das europäische Patent EP 1 874 821, mit dem Titel "*Kombination von Antikörpern mit Glukokortikoiden zur Behandlung von Krebs*", in geänderter Form auf Basis des Hauptantrags aufrecht zu erhalten.
- II. Die Einspruchsabteilung befand, dass die Einsprüche zulässig waren. Das Dokument D35/35a/35b stelle keinen Stand der Technik nach Artikel 54(2) EPÜ dar. Weiter befand die Einspruchsabteilung, dass das Patent in geänderter Fassung ("neuer Hauptantrag") und die Erfindung, die es zum Gegenstand hat, den Erfordernissen des EPÜ genügten, insbesondere den Erfordernissen der Regel 80 EPÜ, des Artikels 123 (2) und (3) EPÜ, der Artikel 83 und 84 EPÜ, sowie der Artikel 54 und 56 EPÜ.
- III. Anspruch 1 des Patents, in geänderter Fassung, wie von der Einspruchsabteilung für zulässig erachtet, lautet:
- "1. Ein oder mehrere Glukokortikoid(e) zur Anwendung in einem Verfahren zur Verminderung der unspezifischen Zytokinfreisetzung bei der Behandlung von Krebserkrankungen und Tumorerkrankungen mit einem oder mehreren immunstimulierenden trifunktionellen, bispezifischen Antikörper(n) (trAK), wobei der/die immunstimulierenden trifunktionellen, bispezifischen Antikörper jeweils mindestens eine Spezifität gegen Tumorantigen und gegen einen CD-

Marker, der ausgewählt ist aus der Gruppe bestehend aus CD2, CD3, CD4, CD5, CD6, CD8, CD28 und CD44, aufweisen und wobei das Glukokortikoid zeitlich vor oder gleichzeitig zu dem/den Antikörper(n) verabreicht wird".

IV. Auf folgende Dokumente wird in der vorliegenden Entscheidung Bezug genommen:

D35a: "Immunologische Aktivierungsparameter bei Patienten mit nicht-kleinzelligem Lungenkarzinom unter Therapie mit dem bispezifischen Antikörper Removab", Inauguraldissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Medizin der Johannes Gutenberg-Universität Mainz dem Fachbereich Medizin vorgelegt von Martin Sebastian (Tag der Promotion 22. Februar 2005), Seiten 1-58

D35: Schmutztitel, sowie Seiten 2 bis 4, 14, 19, 20, 23, 42 bis 49 und 60 der D35a, 17 Seiten

D35b: D35a sowie zusätzlich die "Danksagung" und der Lebenslauf des Herrn Sebastian, 60 Seiten

Im weiteren wird auf das "Dokument D35" oder die "Dissertation" verwiesen, wobei die vollständige Dissertation, wie in D35a oder D35b wiedergegeben, gemeint ist.

D52: Email von Frau Jutta Schmid datiert 24. Januar 2017, 3 Seiten

D61: Erklärung von Malte Köllner datiert 3. März 2017 inklusive "exhibit A", 2 Seiten

D79: Erklärung von Hans-Peter Krieger datiert 29. September 2017 inklusive Anhang, 3 Seiten

D91: Erklärung von Hans-Peter Krieger datiert  
24. Juni 2019

D99: Erklärung von Hans-Peter Krieger, Barbara Pfeifer  
und Christian Schütz datiert 19. Juni 2019

V. Die Kammer erließ am 24. August 2022 eine Mitteilung gemäß Artikel 15(1) VOBK in der die Sachlage zusammengefasst wurde und im Kontext des Anspruchs 1 des "Hauptantrags" (im folgenden "Hilfsantrag 1"), *inter alia*, die vorläufige Meinung geäußert wurde, dass Dokument D35 neuheitsschädlich sei.

VI. Am 13. Januar 2023 fand eine als Videokonferenz durchgeführte mündliche Verhandlung vor der Kammer statt. Am Ende der mündlichen Verhandlung kündigte die Vorsitzende an, dass das schriftliche Verfahren wieder aufgenommen werde, die Kammer jedoch eine begründete schriftliche Zwischenentscheidung über die folgenden Punkte erlassen werde:

- die Zulässigkeit der Beschwerde der Patentinhaberin;
- die Zulässigkeit der Einsprüche;
- die Berücksichtigung der Erklärungen D91 und D99;
- die öffentliche Zugänglichkeit der Dissertation D35 vor dem Anmeldedatum und deren Status als Stand der Technik;
- die mangels zulässigen Sachvortrags fehlende Neuheit des Gegenstands von Hilfsantrag 1 gegenüber Dokument D35.

VII. Die Argumente der Beschwerdeführerin I können folgendermaßen zusammengefasst werden:

*Zulässigkeit der Beschwerde der Patentinhaberin*

Die Beschwerde genüge der Voraussetzung von Artikel 108 EPÜ i.V.m. Regel 99 (1) b) EPÜ, da die angefochtene Entscheidung anhand des Datums und über das Beschwerdeaktenzeichen eindeutig bestimmt war. Die Bezeichnung der angefochtenen Zwischenentscheidung als "Beschluss" sei unschädlich, ebenso die Bezugnahme auf eine "Patentanmeldung". Bei einem "Beschluss" handle es sich um eine Entscheidung und nicht um eine Niederschrift.

Die Beschwerde genüge der Voraussetzung von Artikel 108 EPÜ i.V.m. Regel 99 (2) EPÜ, da die Beschwerdebegründung für die Rechtsnachfolgerin von Herrn Dr. Lindhofer, die Firma Lindis Biotech GmbH, eingereicht und begründet worden sei. Der Rechtsübergang der Inhaberschaft am Streitpatent sei am 3. Juni 2019 beantragt worden. In diesem Schreiben habe der Vertreter zusätzlich die Vertretung für die neue Inhaberin übernommen. Die Beschwerdebegründung sei erkenntlich im Namen der neuen Patentinhaberin eingereicht worden.

Die Beschwerde der Patentinhaberin richte sich gegen die Feststellung in der Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung vom 19. Februar 2019, dass die Einsprüche zulässig seien. Die Entscheidung der Einspruchsabteilung sei in diesem Punkt beschwerdefähig, während gegen deren vorangegangene Ablehnung einer separaten Entscheidung zur Frage der Zulässigkeit der Einsprüche keine Beschwerde möglich gewesen sei. Die Unzulässigkeit der Einsprüche sei begründet worden. Eine Begründung, weshalb die geltend gemachten Einspruchsgründe der erteilten Fassung des Streitpatents nicht entgegenstehen, sei nicht

erforderlich, ebensowenig eine Auseinandersetzung mit den sachlichen Entscheidungsgründen der Einspruchsabteilung, die ohnehin nicht die erteilte Fassung des Patents zum Gegenstand hätten. Die Rechtsfolge der Verwerfung der Einsprüche als unzulässig sei notwendigerweise die Aufrechterhaltung des Streitpatents wie erteilt.

#### *Zulässigkeit der Einsprüche*

Nach Regel 142 (4) EPÜ würden laufende Fristen unterbrochen. Sie begännen nach Wiederaufnahme von Neuem zu laufen. Anders als Regel 90 (4) EPÜ 1973 sei Regel 142 (4) EPÜ nicht auf Fristen begrenzt, die vom Anmelder oder Patentinhaber einzuhalten seien. Vielmehr werde jegliche Frist unterbrochen.

Die am 27. Dezember 2013 noch laufende Einspruchsfrist sei nach Regel 142 (4) EPÜ unterbrochen worden, wie mit Schreiben der Rechtsabteilung vom 15. Oktober 2014 nachträglich festgestellt wurde. Das Verfahren sei erst am 4. Mai 2015 wieder aufgenommen worden. Die Einsprüche vom 17. Januar 2014 seien außerhalb der Einspruchsfrist und daher nicht wirksam eingelegt worden. Nach Wiederaufnahme des Verfahrens seien keine Einsprüche eingelegt worden.

*Hilfsantrag 1 (Aufrechterhaltung des Patents in der von der Einspruchsabteilung gemäß ihrer Zwischenentscheidung als patentfähig erachteten Fassung) - Anspruch 1*

*Zulassung der Dokumente D91 und D99 (Artikel 12 (4) VOBK 2007)*

Die Dokumente D91 und D99 seien nicht *prima facie* relevant und hätten im erstinstanzlichen Einspruchsverfahren vorgelegt werden können und müssen. Die Beschwerdeführerin I habe ihre Zweifel am Veröffentlichungstag von Dokument D35 und den zum Nachweis eingereichten Erklärungen D61 und D79 schon in den Eingaben vom 6. Oktober 2017 (Seite 17), 7. November 2017 (Seiten 19 und 20) und 6. September 2018 (Seite 13) dargelegt. Die Beschwerdeführerinnen II und III und damaligen Einsprechenden hätten daher noch vor Ablauf der Frist nach Regel 116 EPÜ erkennen müssen, dass der Nachweis des Veröffentlichungstags von Dokument D35 nicht ausreichen würde, um dieses Dokument als Stand der Technik in Betracht zu ziehen. Sie hätten daher entsprechende Beweismittel vorlegen müssen.

Die Einreichung der ersten Erklärung des Herrn Kriegers (D79) lasse in der Tat erkennen, dass sich die Einsprechenden nicht auf die vorläufige Meinung der Einspruchsabteilung verlassen hätten.

Die Einsprechenden hätten versucht, ihre Verfahrensposition kontinuierlich durch Einreichung neuer Beweismittel zur Vervollständigung des schon anfänglich erforderlichen Nachweises des Veröffentlichungsdatums zu verbessern. Ihre

Verfahrensführung lasse sich als Verfahrensmissbrauch qualifizieren.

*Öffentliche Zugänglichkeit von Dokument D35*

Das Dokument D35 sei nicht als Stand der Technik anzusehen, weil es erst nach dem Anmeldetag des Streitpatents öffentlich zugänglich gewesen sei.

Die Erklärungen Herrn Kriegers über den Empfang der Dissertation durch die Deutsche Nationalbibliothek (DNB) in Frankfurt am Main seien fragwürdig. Sie seien nicht unter Eid bestätigt worden. Im Hinblick auf seine Funktion als Justiziar der DNB sei Herr Krieger ungeeignet, Auskunft über die Bedeutung eines Datensatzes aus dem Zentralkatalog der DNB zu geben.

Das Begleitschreiben, mit dem die beiden Exemplare der Dissertation an die DNB in Frankfurt am Main geschickt worden seien, sei auf den 18. Februar 2005 datiert. Zu diesem Zeitpunkt sei das Promotionsverfahren des Herrn Sebastian aber noch nicht abgeschlossen gewesen. Des Weiteren sei es unwahrscheinlich, dass die Dissertation am selben Tag an den beiden Standorten der DNB in Frankfurt am Main und Leipzig eingegangen sei, obwohl sie nur an die DNB in Frankfurt am Main geschickt worden sei.

Im Datensatz aus dem Zentralkatalog der Deutschen Nationalbibliothek betreffend die Dissertation von Herrn Martin Sebastian (Anhang zu D61 und D79) handle es sich bei den Datumsangaben unter den Ziffern 7100 und 7900 möglicherweise um Vorankündigungen, die basierend auf bibliografischen Daten und nicht anhand eines physischen Exemplars der Dissertation D35 erfasst worden seien.

Bei der Beurteilung der öffentlichen Zugänglichkeit sei ein hoher Beweismaßstab anzulegen (Rechtsprechung der Beschwerdekammern, Kapitel III.G.4.3.1). Dieser Beweismaßstab sei strenger als der Beweismaßstab der Abwägung der Wahrscheinlichkeiten.

Beschwerdeführerin I verwies auch auf Diskrepanzen zwischen den Erklärungen D79, D91 und D99 und Aussagen in einer E-Mail von Frau Schmid von der Abteilung "*Benutzung und Bestandsverwaltung*" der DNB Frankfurt am Main (Dokument D52) bezüglich der Zugänglichkeit des Dokuments D35.

*Neuheit gegenüber Dokument D35*

Die vorläufige Meinung der Kammer, dass der beanspruchte Gegenstand nicht neu sei, stehe nicht im Einklang mit der etablierten, in der Rechtsprechung der Beschwerdekammern in Kapitel I.C.4.1 unter Bezugnahme auf Entscheidungen wie T 158/96, T 715/03 und T 1859/08 zusammengefassten Rechtsprechung zur Neuheitsschädlichkeit laufender klinischer Untersuchungen. Der Gegenstand des Hilfsantrags 1 sei neu gegenüber dem Dokument D35, da das Dokument den klinischen Nutzen der Behandlung nicht offenbare. Auf diesen Mangel sei bereits auf Seite 88 der Beschwerdeerwiderung der Beschwerdeführerin I hingewiesen worden. Wenn diese Argumentationslinie als Änderung des Vorbringens der Beschwerdeführerin I angesehen werde, so sei sie wegen des außergewöhnlichen Umstands, dass das Dokument D35 eindeutig nicht neuheitsschädlich sei, zulässig. Weiter sei eine Diskussion der Rechtsprechung nie verspätet.

VIII. Die Argumente der Beschwerdeführerinnen II und III können folgendermaßen zusammengefasst werden:

*Zulässigkeit der Beschwerde der Patentinhaberin*

Die Beschwerde der Patentinhaberin genüge der Voraussetzung von Artikel 108 EPÜ i.V.m. Regel 99 (1) b) EPÜ nicht, da in der Beschwerdeschrift auf einen "Beschluss des Europäischen Patentamts" zu einer "Patentanmeldung" Bezug genommen worden sei. Der Beschwerdeführer, Dr. Horst Lindhofer, sei als "Anmelder" bzw. "Anmelderin" bezeichnet worden. Weiter sei beantragt worden, den "Beschluss" aufzuheben und "die europäische Patentanmeldung Nr. 05738161.8-1109 in vollem Umfang zu erteilen". Diese Angaben gäben keinen Hinweis auf die Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung als Anfechtungsgegenstand. Eine Klärung anhand der Aktenlage sei nicht möglich gewesen, da neben der Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung eine Vielzahl von Dokumenten des Europäischen Patentamts mit dem Datum vom 19. Februar 2019 in Betracht kämen, namentlich die Niederschrift nach Regel 124(4) EPÜ, die Empfangsbescheinigung sowie das Formular über die interne Zustellung einer Mitteilung. Insbesondere der Niederschrift komme Beschlusscharakter zu. Die Berichtigung im Schriftsatz vom 19. Juni 2019 könne den Mangel der Beschwerdeschrift nicht heilen.

Die Beschwerde der Patentinhaberin genüge der Voraussetzung von Artikel 108 EPÜ i.V.m. Regel 99 (2) EPÜ nicht, da die Beschwerdebegründung vom 19. Juni 2019 im Namen von Dr. Host Lindhofer eingereicht worden sei. Herr Lindhofer sei in diesem Zeitpunkt aber nicht mehr am Streitpatent berechtigt gewesen, da dieses vor Einreichung der Beschwerdebegründung am 7. Mai 2019 auf die Lindis Biotech GmbH übertragen worden sei. Nach der Entscheidung T 393/15 genüge für den Parteiwechsel ein

eindeutiger Nachweis des Übergangs der Inhaberschaft. Dieser sei mit dem Antrag auf Umschreibung vom 3. Juni 2019 erbracht worden. Die Beschwerdebegründung sei daher im Namen einer nicht mehr am Verfahren beteiligten Person eingereicht worden. Eine Beschwerdebegründung namens der Rechtsnachfolgerin Lindis Biotech GmbH sei nie eingereicht und eine Korrektur des in der Beschwerdebegründung fälschlich genannten Dr. Horst Lindhofer nach Regel 139 EPÜ auch nie beantragt worden. Mangels Beschwerdebegründung in ihrem Namen sei die Beschwerde der Patentinhaberin daher entsprechend der Entscheidung T 298/97 unzulässig.

Die Beschwerde der Patentinhaberin genüge der Voraussetzung von Artikel 108 EPÜ i.V.m. Regel 99 (2) EPÜ auch deswegen nicht, weil sie unsubstantiiert sei. Die Beschwerdebegründung setze sich an keiner Stelle mit den vorgebrachten Einspruchsgründen auseinander und lege auch nicht dar, weshalb diese Gründe der erteilten Fassung des Patents nicht entgegenstünden. Dies sei jedoch erforderlich, da der Beschwerdegegenstand laut Hauptantrag die Aufrechterhaltung des Patents in der erteilten Fassung sei. Die Patentinhaberin habe es unterlassen, gegen die Ablehnung des Antrags durch die Einspruchsabteilung, eine Zwischenentscheidung zur Zulässigkeit der Einsprüche zu erlassen, Beschwerde einzulegen. Damit habe die Patentinhaberin die Zulässigkeit anerkannt.

#### *Zulässigkeit der Einsprüche*

Die Unterbrechung eines Verfahrens nach Regel 142 EPÜ bewirke lediglich die Unterbrechung von Fristen, die vom Anmelder oder Patentinhaber bzw. dessen Vertreter einzuhalten seien. Die Einspruchsfrist laufe nicht

gegenüber dem Patentinhaber (G 9/93) und werde daher von der Unterbrechung nach Regel 142 EPÜ nicht erfasst. Die Einspruchsfrist könne auch nicht unterbrochen werden und abweichend von Artikel 99 (1) EPÜ neu zu laufen beginnen.

Zum Zeitpunkt des Vorliegens des Unterbrechungsgrunds, nämlich der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen die ursprüngliche Patentinhaberin, Trion Pharma GmbH, am 27. Dezember 2013, seien noch keine Einsprüche eingelegt worden. Damals sei mithin noch kein Verfahren vor dem Europäischen Patentamt anhängig gewesen, das hätte unterbrochen werden können. Erst mit wirksamer Einlegung der Einsprüche am 17. Januar 2014 habe das Einspruchsverfahren als neues, vom abgeschlossenen Prüfungsverfahren verschiedenes Verfahren begonnen. Die Auffassung des Patentinhabers sei unlogisch, da eine Unterbrechung eines Verfahrens dieses nicht beseitigen könne, weil sonst eine Wiederaufnahme ausgeschlossen sei. Die Einspruchsfrist als solche stelle auch gar kein Verfahren dar, sondern die Voraussetzung für ein solches.

*Hilfsantrag 1 (Aufrechterhaltung des Patents in der von der Einspruchsabteilung gemäß ihrer Zwischenentscheidung als patentfähig erachteten Fassung) - Anspruch 1*

*Zulassung der Dokumente D91 und D99 (Artikel 12 (4) VOBK 2007)*

Die Dokumente D91 und D99 seien relevant und seien nicht verspätet eingereicht worden.

In ihrer vorläufigen Stellungnahme vom 9. März 2018 sei die Einspruchsabteilung zu dem Schluss gekommen, dass

die Dissertation von Herrn Martin Sebastian (Dokument D35) bereits vor dem Anmeldetag des Patents öffentlich zugänglich gewesen sei. Die öffentliche Zugänglichkeit sei durch das Dokument D79 eindeutig belegt worden. In ihrem Schriftsatz vom 6. September 2018 und in der mündlichen Verhandlung vor der Einspruchsabteilung habe der damalige Patentinhaber die These aufgestellt, dass der Datensatz aus dem Zentralkatalog der DNB betreffend Dokument D35 auf der Grundlage von Metadaten der Universität Mainz und nicht auf der Grundlage einer bei der DNB eingegangenen physischen Kopie der Dissertation erstellt worden sein könnte. Diese spekulative Theorie hätte die Einspruchsabteilung in der mündlichen Verhandlung dazu veranlasst, ihre vorläufige Meinung bezüglich der öffentlichen Zugänglichkeit von Dokument D35 zu revidieren. Die Einsprechenden sollten die Möglichkeit haben, auf dieses neue, in einem späten Stadium des Einspruchsverfahrens vorgebrachte Vorbringen der Patentinhaberin zu reagieren. Die Dokumente D91 und D99 seien im frühestmöglichen Zeitpunkt eingereicht worden und daher nicht vom Beschwerdeverfahren auszuschließen.

#### *Öffentliche Zugänglichkeit von Dokument D35*

Das Dokument D35 sei spätestens am 7. April 2005 katalogisiert und im Lesesaal der DNB an den Standorten Frankfurt am Main und Leipzig zur Einsichtnahme zugänglich gemacht worden und gehöre deswegen zum Stand der Technik im Sinne des Artikels 54 (2) EPÜ.

Die Aufnahme der Dissertation D35 in den Zentralkatalog der DNB sei auf der Grundlage von zwei physischen Exemplaren der Dissertation erfolgt, die beim Erstellen des Datensatzes am 29. März 2005 am Standort Frankfurt am Main vorlagen. Dies sei durch die Erklärungen D79

und D91 nachgewiesen worden. Je ein Druckexemplar der Dissertation sei anschließend am 6. April 2005 in den Magazinen der DNB an den Standorten Frankfurt am Main und Leipzig hinterlegt worden. Die bibliografischen Daten der Dissertation seien am 24. Mai 2005 in die Deutsche Nationalbibliografie aufgenommen und der Datensatz im Zentralkatalog ergänzt worden.

*Neuheit gegenüber Dokument D35*

Das Dokument D35 sei neuheitsschädlich für den Gegenstand des Hilfsantrags 1. Bis zur mündlichen Verhandlung vor der Kammer habe die Beschwerdeführerin I dies nie bestritten. Die neue Behauptung, dass das Dokument D35 den klinischen Nutzen der Verbindung nicht offenbart habe, stelle eine Änderung des Vorbringens der Beschwerdeführerin I dar, die nicht berücksichtigt werden dürfe, weil keine außergewöhnliche Umstände vorlägen, die eine solche späte Änderung rechtfertigen könnten.

IX. Die in der mündlichen Verhandlung vom 13. Januar 2023 gestellten Anträge der Parteien sind folgende:

Die **Beschwerdeführerin I** (Patentinhaberin) beantragte, die Einsprüche der Einsprechenden 1 und 2 als unzulässig zu verwerfen und das Patent wie erteilt aufrechtzuerhalten (Hauptantrag). Hilfsweise beantragte sie, die Beschwerden der Beschwerdeführerinnen II und III zurückzuweisen und das Patent in der von der Einspruchsabteilung gemäß ihrer Zwischenentscheidung als patentfähig erachteten Fassung aufrechtzuerhalten (Hilfsantrag 1). Weiter Hilfsweise beantragte die Beschwerdeführerin I die Aufrechterhaltung des Patents in geänderter Fassung auf der Grundlage eines der mit der Beschwerdeerwiderung vom 16. Dezember 2019

eingereichten Hilfsanträge 2 bis 11, oder auf der Grundlage eines der mit dem Schreiben vom 22. September 2022 eingereichten Hilfsanträge 12 und 13. Sollten die Hilfsanträge 2 bis 11 vom 16. Dezember 2019 sowie die Hilfsanträge 12 und 13 vom 22. September 2022 nicht in das Verfahren zugelassen werden, beantragte die Beschwerdeführerin I hilfsweise die Aufrechterhaltung des Patents in geänderter Fassung auf der Grundlage von Hilfsanträgen 2 bis 11, die im Verfahren vor der Einspruchsabteilung eingereicht worden waren und im Schreiben vom 22. September 2022 wie folgt spezifiziert sind:

Hilfsantrag 2 entspricht dem Hilfsantrag 3 vom 16. Februar 2017;

Hilfsantrag 3 entspricht dem Hilfsantrag 4 vom 16. Februar 2017;

Hilfsantrag 4 entspricht dem Hilfsantrag 6 vom 16. Februar 2017;

Hilfsantrag 5 entspricht dem Hilfsantrag 3 vom 16. Januar 2017;

Hilfsantrag 6 entspricht dem Hilfsantrag 4 vom 16. Januar 2017;

Hilfsantrag 7 entspricht dem Hilfsantrag 11a vom 6. Oktober 2017;

Hilfsantrag 8 entspricht dem Hilfsantrag 11aa vom 6. Oktober 2017;

Hilfsantrag 9 entspricht dem Hilfsantrag 11e vom 6. Oktober 2017;

Hilfsantrag 10 entspricht dem Hilfsantrag 11ii vom 6. Oktober 2017;

Hilfsantrag 11 entspricht dem Hilfsantrag 22 vom 13. März 2017.

Weiter beantragte die Beschwerdeführerin I, die Dokumente D91, D93 bis D95 (A92 bis A94), D97 bis D99 (A96 bis A98) und D100 und D100a im Rahmen des

Ermessens der Beschwerdekammer als verspätet zurückzuweisen. Schließlich beantragte die Beschwerdeführerin I, Herrn Lindhofer mündliche Ausführungen zu gestatten (G 4/95).

Die **Beschwerdeführerin II** (Einsprechende 1) beantragte, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und das Patent in vollem Umfang zu widerrufen. Weiter beantragte sie, die Beschwerde der Beschwerdeführerin I als unzulässig zu verwerfen, oder die Beschwerde der Beschwerdeführerin I als unbegründet zurückzuweisen, sollte die Beschwerde der Patentinhaberin für zulässig erachtet werden.

Die Beschwerdeführerin II beantragte sodann, Herrn Hans-Peter Krieger von der Deutschen Nationalbibliothek zur öffentlichen Zugänglichkeit von Dokument D35/D35a/D35b vor dem Anmeldetag über die Deutsche Nationalbibliothek zu vernehmen, sollte die öffentliche Zugänglichkeit von der Beschwerdeführerin I bestritten sein.

Weiter beantragte die Beschwerdeführerin II,

- die Dokumente D30-D32 im Beschwerdeverfahren zuzulassen, sollten diese nicht schon im Verfahren sein,
- die Dokumente D91 und D100 in das Beschwerdeverfahren zuzulassen,
- die mit der Beschwerdeerwiderung eingereichten Hilfsanträge 3 bis 5 und 7 bis 11, die mit dem Schreiben vom 22. September 2022 eingereichten Hilfsanträge 12 und 13, sowie die im Schreiben vom 22. September 2022 spezifizierten Hilfsanträge 2 bis 11 aus dem Einspruchsverfahren nicht in das Beschwerdeverfahren zuzulassen. Die Beschwerdeführerin II beantragte außerdem, dass Herrn

Lindhofer keine mündlichen Ausführungen gestattet werden sollten.

Schließlich beantragte die Beschwerdeführerin II die Rückerstattung der Beschwerdegebühr für den Fall, dass die Beschwerdekammer die fehlende Neuheit gegenüber Dokument D32 feststellt.

Die **Beschwerdeführerin III** (Einsprechende 2) beantragte, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und das Patent in vollem Umfang zu widerrufen. Weiter beantragte sie, die Beschwerde der Beschwerdeführerin I als unzulässig zu verwerfen, oder die Beschwerde der Beschwerdeführerin I als unbegründet zurückzuweisen, sollte die Beschwerde der Beschwerdeführerin I für zulässig erachtet werden.

Die Beschwerdeführerin III beantragte sodann, Herrn Hans-Peter Krieger, Frau Barbara Pfeifer und Herrn Christian Schütz zu den in den Erklärungen D79, D99 und D100 bzw. D100a gemachten Aussagen zu der öffentlichen Zugänglichkeit von Dokument D35/D35a/D35b vor dem Anmeldetag über die Deutsche Nationalbibliothek zu vernehmen, sollte die Beschwerdekammer begründete Zweifel an deren Glaubwürdigkeit oder bezüglich der Richtigkeit der in den Dokumenten D79, D99 und D100 bzw. D100a dargelegten Tatsachen haben.

Weiter beantragte die Beschwerdeführerin III,  
- die Dokumente D92 bis D99 (A91 bis A98) zum Beschwerdeverfahren zuzulassen,  
- die mit dem Schreiben vom 16. Dezember 2019 eingereichten Hilfsanträge 2 bis 11, die mit dem Schreiben vom 22. September 2022 eingereichten Hilfsanträge 12 und 13, sowie die im Schreiben vom 22. September 2022 spezifizierten Hilfsanträge 2 bis 11

aus dem Einspruchsverfahren nicht in das Beschwerdeverfahren zuzulassen. Die Beschwerdeführerin III beantragte außerdem, dass Herrn Lindhofer keine mündlichen Ausführungen gestattet werden sollten.

## **Entscheidungsgründe**

### *Zulässigkeit der Beschwerde der Patentinhaberin (Beschwerdeführerin I)*

1. Die Beschwerdeführerinnen II und III vertraten die Auffassung, dass die Beschwerde der Beschwerdeführerin I unzulässig sei. Sie machten im Wesentlichen geltend, dass die Beschwerde der Patentinhaberin keine Angabe der angefochtenen Entscheidung enthalte, dass die Beschwerdebegründung im Namen von Dr. Horst Lindhofer und damit von einer am Patent nicht (mehr) berechtigten Person eingereicht worden sei, und dass die Beschwerde nicht hinreichend begründet sei (siehe Nr. VIII oben).

### *Angabe der angefochtenen Entscheidung (Artikel 108 EPÜ i.V.m. Regel 99 (1) b) EPÜ)*

2. Die Beschwerdeschrift vom 15. April 2019 nennt als angefochtene Entscheidung den "*Beschluss des Europäischen Patentamts vom 19. Februar 2019*". Nach Auffassung der Kammer ist dies zweifelsfrei die Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung vom 19. Februar 2019 betreffend das Europäische Patent Nr. 1874821. Insbesondere das in der Beschwerdeschrift genannte Beschwerdeaktenzeichen, die Anmeldenummer des Streitpatents sowie die Identität von Beschwerdeführer und am Einspruchsverfahren zum Streitpatent beteiligtem Patentinhaber führen übereinstimmend zu der genannten

Entscheidung. Die Hinweise auf eine "Anmelderin", "Anmelder" und "Anmeldung" sind offensichtliche Fehler, die nicht zu einer anderen Entscheidung führen.

3. Die Auffassung, dass der Ausdruck "Beschluss" auch die Niederschrift, die Empfangsbescheinigung oder ein anderes internes Formular bezeichnen könnte, ist nach Auffassung der Kammer unzutreffend. Im Verfahrensrecht der deutschsprachigen Vertragsstaaten bezeichnet der Ausdruck "Beschluss" meist eine spezifische Kategorie von (Gerichts-)Entscheidungen. Mit einer Niederschrift, der Empfangsbescheinigung oder Ähnlichem wird der Ausdruck jedoch nicht in Verbindung gebracht. Daher kann nur die Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung vom 19. Februar 2019 betreffend das Europäische Patent Nr. 1874821 gemeint sein. Die Beschwerdeschrift der Beschwerdeführerin I genügt damit dem Erfordernis von Artikel 108 EPÜ i.V.m. Regel 99 (1) b) EPÜ.

*Beschwerdebegründung im Namen der berechtigten Person  
(Artikel 108, Satz 3 EPÜ und Regel 99 (2) EPÜ)*

4. Die Beschwerdeschrift vom 15. April 2019 nennt als Beschwerdeführer den damaligen Patentinhaber Dr. Horst Lindhofer mit Namen und Anschrift und erfüllt damit die Voraussetzung von Artikel 108 EPÜ i.V.m. Regel 99 (1) a) EPÜ. Auch die Übereinstimmung mit der Anmeldenummer, dem Beschwerdeaktenzeichen und dem Aktenzeichen des Vertreters lassen keine Zweifel an der Identität des Beschwerdeführers zu. Die unrichtige Bezeichnung als "Anmelderin" oder "Anmelder" ist unschädlich. Der Patentinhaber, der im Einspruchsverfahren zwingend beteiligt ist (Artikel 99 (3) EPÜ), ist zweifelsfrei als Beschwerdeführer I identifizierbar. Dies wurde von den

Beschwerdeführerinnen II und III auch nicht in Frage gestellt.

5. Am 3. Juni 2019, noch vor Einreichung der Beschwerdebeurteilung, beantragte der Vertreter des Beschwerdeführers I, die Übertragung des Streitpatents von Dr. Horst Lindhofer auf die Firma Lindis Biotech GmbH im Europäischen Patentregister einzutragen. Der Vertreter von Dr. Horst Lindhofer übernahm zugleich die Vertretung für die neue Inhaberin. Der Antrag wurde von der hierfür zuständigen Rechtsabteilung des Europäischen Patentamts allerdings erst nach Ablauf der Frist für die Einreichung der Beschwerdebeurteilung am 1. Juli 2019 bearbeitet. Nach Beseitigung von Mängeln (siehe die Mitteilung vom 15. Juli 2019 sowie die Antwort vom 16. Juli 2019) teilte die Rechtsabteilung am 22. Juli 2019 die rückwirkend zum 3. Juni 2019 erfolgte Eintragung des Rechtsübergangs mit.
6. Die Beschwerdebeurteilung vom 19. Juni 2019 nennt im Betreff den damals noch im Europäischen Patentregister als Patentinhaber geführten Dr. Horst Lindhofer. Die Beschwerdeführerinnen II und III machen unter Berufung auf die Entscheidungen T 298/97 und T 393/15 geltend, dass die Beschwerdeschrift mit Wirkung für eine nicht mehr am Streitpatent berechnete Person eingereicht wurde, so dass die Beschwerde als nicht begründet und folglich unzulässig anzusehen ist.
7. Die Kammer überzeugt die Argumentation der Beschwerdeführerinnen II und III nicht. In der Beschwerdesache T 298/97 hatte die Einsprechende Beschwerde eingelegt, die Beschwerdebeurteilung wurde aber von einer mit der Einsprechenden zwar wirtschaftlich verbundenen, aber rechtlich verschiedenen juristischen Person eingereicht, ohne

dass je die Übertragung der Einsprechendenstellung beantragt worden wäre. Aus der Beschwerdebegründung als Ganzes ergab sich dort, dass die Eingabe willentlich im Namen dieser bis dahin nicht am Verfahren beteiligten juristischen Person eingereicht worden und daher dieser unzweideutig zuzurechnen war. Im Unterschied hierzu war vorliegend gestützt auf Regel 85 EPÜ in Verbindung mit Regel 22 EPÜ eine Umschreibung des Patents vom bisherigen Patentinhaber, Dr. Horst Lindhofer, auf die Firma Lindis Biotech GmbH vor Einreichung der Beschwerdebegründung beantragt worden.

8. Dieser Umstand ist auch für die streitige Frage der Zurechnung der Beschwerdebegründung relevant. Dabei kann offengelassen werden, ob der Rechtsübergang gegenüber dem Europäischen Patentamt mit der Eintragung am 22. Juli 2019 rückwirkend zum 3. Juni 2019 oder, der Entscheidung T 393/15 (Punkt 1.3) folgend, bereits auf der Grundlage eines eindeutigen Nachweises mit Antrag vom 3. Juni 2019 wirksam war (Regel 85 EPÜ i.V.m. Regel 22 (3) EPÜ), so dass bei Einreichung der Beschwerdebegründung am 19. Juni 2019 die Lindis Biotech GmbH als Rechtsnachfolgerin und damit als Verfahrensbeteiligte anzusehen war. Denn dies führt nicht zwangsläufig zum Schluss, dass die Beschwerdebegründung vom 19. Juni 2019 einer nicht mehr am Streitpatent berechtigten Person zuzurechnen ist.
9. Wie die Beschwerdeführerin I nämlich richtig ausführte, gilt Regel 99 (1) a) EPÜ nur für die Beschwerdeschrift. Regel 99 (2) EPÜ stellt kein entsprechendes Erfordernis auf. Die Nennung von Dr. Horst Lindhofer im Betreff der Beschwerdebegründung vom 19. Juni 2019 hat daher nicht die Bedeutung einer Angabe nach Regel 99 (1) a) EPÜ. Zusammen mit den weiteren Angaben im Betreff dient die Nennung von Dr. Horst Lindhofer dazu, einen Bezug des

Schriftsatzes zur anhängigen Beschwerdesache herzustellen. So nennt der Betreff der Beschwerdebegründung vom 19. Juni 2019 - ebenso wie der Betreff der Beschwerdebegründungen der Beschwerdeführerinnen II und III - alle Verfahrensbeteiligte gemäß damaligem Registerstand. Hinsichtlich der Zurechnung der Beschwerdebegründung vom 19. Juni 2019 zum Patentinhaber bestanden deswegen aber keine Zweifel. Aus der Beschwerdebegründung dieser Eingabe geht unzweideutig hervor, dass sie für die am Streitpatent berechnigte Person eingereicht wurde. Die Inhaberschaft ergibt sich wiederum aus dem Umschreibungsantrag vom 3. Juni 2019 mit gleichem Betreff. Eine Berichtigung der Beschwerdebegründung vom 19. Juni 2019 nach Regel 139 EPÜ war daher nicht erforderlich.

10. Die weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerin III zum Umschreibungsvorgang vom 30. Oktober 2015 sind nicht relevant. Das Argument ist, dass der Vertreter der damaligen Patentinhaberin, Trion Pharma GmbH, nach beantragter Umschreibung auch den Betreff im Fristerstreckungsantrag vom 12. November 2015 an den vollzogenen Inhaberwechsel angepasst und so klargestellt habe, dass der Vertreter nunmehr namens des Rechtsnachfolgers handle. Es ist aber nicht ersichtlich, inwiefern dies die Zurechnung der Beschwerdebegründung vom 19. Juni 2019 präjudizieren soll. Dies schon allein deshalb, weil der Wortlaut des Betreffs in den Eingaben von 2015 in einem nicht unerheblichen Aspekt abweicht (Trion Pharma GmbH und Dr. Horst Lindhofer wurden jeweils ausdrücklich als "Patentinhaber" bezeichnet) und auch die Umstände verschieden waren (die Eintragung des Rechtsübergangs erfolgte am 9. November 2015, also noch vor der nächsten Eingabe des Patentinhabers am

12. November 2015). Dass der Vertreter der Beschwerdeführerin I nach erfolgter Eintragung des Rechtsübergangs am 22. Juli 2019 im nächsten Schriftsatz (dem Fristerstreckungsantrag vom 8. November 2019) die Lindis Biotech GmbH im Betreff nennt, zeigt höchstens, dass der Betreff dem Registerstand angepasst wurde. Für die Zurechnung der Beschwerdeschrift vom 19. Juni 2019 ist dies aber bedeutungslos.

11. Der für Dr. Horst Lindhofer handlungsbefugte Vertreter übernahm mit dem Umschreibungsantrag vom 3. Juni 2019 auch für die Rechtsnachfolgerin, die Firma Lindis Biotech GmbH, die Vertretung. In dieser Eigenschaft reichte er die Beschwerdebegründung am 19. Juni 2019 ein. Daher steht aus der Sicht der Kammer außer Zweifel, dass die Beschwerdebegründung vom bevollmächtigten Vertreter eingereicht wurde. Dies geschah, wie dargelegt, zweifelsfrei für die am Patent berechnigte Person und nicht - wie geltend gemacht wurde - für irgend einen Mandanten des Vertreters, der dann erst nachträglich bestimmt wurde. Artikel 108, Satz 3 i.V.m. Regel 99 (2) EPÜ ist insoweit erfüllt.

*Beschwer (Artikel 107 EPÜ) und Begründung (Artikel 108, Satz 3 EPÜ i.V.m. Regel 99 (2) EPÜ)*

12. Der Hauptantrag der Beschwerdeführerin I ist, die Einsprüche als unzulässig zu verwerfen und das Patent in der erteilten Fassung aufrecht zu erhalten. Die Beschwerdeführerin III beanstandet, dass die Beschwerdeführerin I nicht begründet habe, weshalb die geltend gemachten Einspruchsgründe dem Patent in der erteilten Fassung nicht entgegenstehen. Sie habe lediglich das Patent im Umfang der von der Einspruchsabteilung gemäß ihrer Zwischenentscheidung

als patentfähig erachteten Fassung weiterverfolgt und mit der Beschwerdeerwiderung hinsichtlich der Patentierbarkeit begründet. Daher fehle eine Begründung im Sinn von Art 108, Satz 3 EPÜ. Die Kammer kann dieser Argumentation nicht folgen.

13. Die Zulässigkeit eines Einspruchs ist eine prozessuale Voraussetzung für die sachliche Prüfung des Einspruchs. Wird ein Einspruch als unzulässig verworfen, so kann er materiellrechtlich nicht geprüft werden, und zwar auch nicht von Amts wegen nach Artikel 114 (1) EPÜ. Das auf den verworfenen Einspruch gründende Einspruchsverfahren ist rechtlich abgeschlossen, ohne dass eine Entscheidung in der Sache ergeht (T 925/91, ABl. EPA 1995, 469). Die Verwerfung eines Einspruchs ist daher eine selbständige verfahrensrechtliche Entscheidung im Sinn von Artikel 106 EPÜ, die eine sachliche Prüfung des Einspruchs ausschließt.
  
14. Der Antrag der Beschwerdeführerin I, alle gegen das Streitpatent eingelegten Einsprüche als unzulässig zu verwerfen, hätte mithin zur Folge, dass, falls dem Antrag stattgegeben würde, das Streitpatent nicht materiellrechtlich überprüft werden könnte und in der ursprünglichen Fassung Bestand hätte. Die Aufrechterhaltung des angefochtenen Patents in der erteilten Fassung ist mithin lediglich die rechtliche Konsequenz der Verwerfung aller Einsprüche als unzulässig, also kein selbständiger materiellrechtlicher Antrag, der einer Begründung hinsichtlich der Patentierbarkeit der erteilten Fassung bedarf. Die Begründung im Sinn von Artikel 108, Satz 3 EPÜ erfordert lediglich (aber immerhin) eine Darlegung, warum die Einsprüche der Einsprechenden 1 und 2 unzulässig sind. Eine solche Begründung hat die

Beschwerdeführerin I gegeben, weshalb deren Beschwerde auch unter diesem Gesichtspunkt zulässig ist.

15. Wie ausgeführt, stellt eine Entscheidung der Einspruchsabteilung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Einspruchs eine verfahrensrechtliche Entscheidung dar. Vorliegend hat die Einspruchsabteilung den Antrag des Patentinhabers, die Einsprüche als unzulässig zu verwerfen, zurückgewiesen. Damit war das Einspruchsverfahren rechtlich noch nicht abgeschlossen, sondern die Einspruchsgründe materiell zu prüfen. Die Einspruchsabteilung hat daher davon abgesehen, über die Zulässigkeit der Einsprüche separat zu entscheiden und gegen eine solche Zwischenentscheidung die gesonderte Beschwerde zuzulassen. Mithin bildet die verfahrensrechtliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Einsprüche neben der materiellrechtlichen Entscheidung über die Fassung, in der das Patent in geändertem Umfang aufrechterhalten werden kann (Artikel 101 (3) EPÜ), einen eigenständigen Teil der Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung vom 19. Februar 2019.
  
16. Da dem Antrag des Patentinhabers auf Verwerfung der Einsprüche als unzulässig nicht entsprochen worden war, war dieser durch diesen verfahrensrechtlichen Teil der angefochtenen Entscheidung beschwert und daher zur Beschwerde in diesem Punkt legitimiert. Würde der Beschwerdeführerin I die Berechtigung zur Anfechtung des sie beschwerenden verfahrensrechtlichen Teils der Zwischenentscheidung vom 19. Februar 2019 abgesprochen, stünde ihr kein Rechtsmittel dagegen zur Verfügung und die Beschwerdeführerin I hätte die Zulässigkeit der Einsprüche hinzunehmen.

17. Der Vollständigkeit halber sei noch angemerkt, dass der Antrag der Patentinhaberin und Beschwerdeführerin I, das Patent in der von der Einspruchsabteilung gemäß ihrer Zwischenentscheidung vom 19. Februar 2019 als patentfähig erachteten Fassung aufrechtzuerhalten, dem Antrag entspricht, die Beschwerden der Einsprechenden 1 und 2 zurückzuweisen. Insoweit ist dieser Antrag der Beschwerdeerwiderung der Beschwerdeführerin I zuzuordnen, nicht deren Beschwerde.
18. Da die Beschwerde der Beschwerdeführerin I die Voraussetzungen der Artikel 106 bis 108 EPÜ sowie der Regel 99 EPÜ entspricht, ist sie zulässig.

#### *Zulässigkeit der Einsprüche*

19. Die Beschwerdeführerin I macht mit ihrer Beschwerde geltend, dass die Einsprüche der Einsprechenden 1 und 2 (Beschwerdeführerinnen II und III) nicht wirksam eingelegt worden sind. Sie argumentiert im Wesentlichen, dass die Einsprüche während einer nachträglich festgestellten Unterbrechung des Einspruchsverfahrens nach Regel 142 (1) b) EPÜ und damit außerhalb einer laufenden Einspruchsfrist eingereicht wurden. Die Einsprüche hätten nach Wiederaufnahme des Einspruchsverfahrens erneut innerhalb der gemäß Regel 142 (4) EPÜ von Neuem laufenden Einspruchsfrist eingereicht werden müssen. Da dies nicht geschehen sei, seien die Einsprüche nicht fristgerecht eingelegt worden und daher als unzulässig zu verwerfen.
20. Den Beschwerdeführerinnen II und III ist zuzustimmen, dass diese Argumentation der Beschwerdeführerin I im Ansatz folgewidrig ist. Denn die Unterbrechung eines Verfahrens nach Regel 142 EPÜ setzt ein laufendes

Verfahren vor dem Europäischen Patentamt voraus. Ein europäisches Patent unterliegt mit seiner Erteilung nicht mehr der rechtlichen Zuständigkeit des Europäischen Patentamts, es sei denn, ein Einspruchs- oder Beschränkungsverfahren wird eingeleitet (G 1/10, ABl. EPA 2013, 194, Nr. 6 der Entscheidungsgründe). Die rechtswirksame Einlegung der Einsprüche der Einsprechenden 1 und 2 am 17. Januar 2014, dem letzten Tag der Einspruchsfrist nach Artikel 99 (1) EPÜ, war die Voraussetzung für die Anhängigkeit des Einspruchsverfahrens und damit auch für eine Unterbrechung dieses Verfahrens.

21. Selbst wenn sich die Rechtsfolgen der Unterbrechung bereits aus dem Vorliegen der Unterbrechungsvoraussetzungen (vorliegend der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen Trion Pharma GmbH am 27. Dezember 2013) und nicht erst aus deren Feststellung und Eintragung (vorliegend mit Schreiben der Rechtsabteilung des Europäischen Patentamts vom 15. Oktober 2014 und Veröffentlichung im Europäisches Patentblatt vom 19. November 2014 (47/2014, Seite 977)) ergeben (vgl. T 854/12, Nr. 1.1.1 der Entscheidungsgründe), können diese Folgen nicht die dazwischen eingelegten Einsprüche betreffen, die die Zuständigkeit des Europäischen Patentamts und die Anhängigkeit des Verfahrens begründen. Die "Unterbrechung des Verfahrens" im Sinn von Regel 142 EPÜ kann mit anderen Worten nicht die "Beseitigung des Verfahrens" zur Folge haben, da dies auch eine Wiederaufnahme ausschließen würde. Wie die Beschwerdeführerinnen II und III zutreffend ausgeführt haben, stellt eine laufende Einspruchsfrist selbst noch kein anhängiges Verfahren vor dem Europäischen Patentamt dar, sondern lediglich eine zeitliche Schranke zu dessen Einlegung. Eine Unterbrechung kann

daher frühestens ab dem Zeitpunkt der wirksamen Einlegung der Einsprüche gelten, diese aber nicht ausschließen. Insofern verkennt die Feststellung im Schreiben der Rechtsabteilung des Europäischen Patentamts vom 15. Oktober 2014, dass das Einspruchsverfahren ab dem 27. Dezember 2013 unterbrochen war, das Erfordernis eines anhängigen Verfahrens. Nach richtiger Auffassung wurde das Einspruchsverfahren erst nach dessen Anhängigkeit durch rechtswirksame Einlegung der Einsprüche unterbrochen. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin I muss schon aus diesem Grund scheitern.

22. Der Auffassung der Beschwerdeführerin I kann auch deswegen nicht gefolgt werden, weil Regel 142 (4) EPÜ, wie die Einspruchsabteilung zutreffend ausgeführt hat (siehe Ziffer 1.3 der Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung), nicht auf Fristen wie die Einspruchsfrist nach Artikel 99 (1) EPÜ anwendbar ist, die weder vom Anmelder noch vom Patentinhaber einzuhalten sind (siehe bezogen auf die Einspruchsfrist G 9/93, ABl. EPA 1994, 891).

Hierfür spricht schon der Wortlaut der Regel 142 EPÜ. Absatz 1 nennt die Gründe für eine Unterbrechung. Diese betreffen ausschließlich die (fehlende) Geschäfts- bzw. Handlungsfähigkeit (verstanden als Fähigkeit, Verfahrenshandlungen vorzunehmen) des Anmelders oder Patentinhabers oder dessen Vertreters. Die Geschäfts- bzw. Handlungsunfähigkeit weiterer Verfahrensbeteiligter neben dem Patentinhaber stellt aber keinen Unterbrechungsgrund dar. Solche Verfahrensbeteiligte sind in den Absätzen 2 und 3 zwar genannt. Diesen Absätzen ist allerdings nur zu entnehmen, dass die Beteiligten im Verfahren vor dem Europäischen Patentamt auch am Unterbrechungs- und

Wiederaufnahmeverfahren betreffend den Anmelder oder Patentinhaber oder dessen Vertreter beteiligt sind. Regel 142 (4) EPÜ statuiert schließlich die Rechtsfolge einer Unterbrechung des Verfahrens. Aus dem Gesamtzusammenhang ergibt sich, dass sich Regel 142 (4) EPÜ auf Fristen bezieht, die wegen Geschäfts- bzw. Handlungsunfähigkeit des Anmelders oder Patentinhabers oder dessen Vertreters im Sinne von Absatz 1 nicht gewahrt werden können. Das sind mithin Fristen, die für den (handlungs- bzw. geschäftsunfähigen) Anmelder oder Patentinhaber laufen. Dies bestätigen die beiden Ausnahmen, die Fristen darstellen, die vom Anmelder bzw. Patentinhaber einzuhalten sind.

Da die Handlungsunfähigkeit anderer Verfahrensbeteiligter keinen Grund für eine Unterbrechung darstellt, fallen Fristen, die diesen Verfahrensbeteiligten gegenüber laufen, bei der Anwendung von Regel 142 (4) EPÜ außer Betracht. Somit können bei nachträglich festgestellter Unterbrechung nur diejenigen Rechtsfolgen, die vom Beginn der Unterbrechung bis zur deren späteren Feststellung eingetreten sind, als unbeachtlich angesehen werden, die sich aus dem Säumnis unterbrochener Fristen ergeben, die vom Anmelder oder Patentinhaber bzw. dessen Vertreter einzuhalten waren.

23. Die Beschwerdeführerin I führt zwar zutreffend aus, dass Absatz 4 der Regel 142 EPÜ - anders als noch Regel 90 (4) EPÜ 1973 - nicht ausdrücklich auf "für den Anmelder oder Patentinhaber laufenden Fristen" Bezug nimmt. Eine inhaltliche Änderung der Unterbrechung eines Verfahrens vor dem EPA nach Regel 142 EPÜ war damit aber nicht beabsichtigt (Erläuterungen der Überarbeitung der Ausführungsordnung, ABl. EPA 2003, Sonderausgabe Nr. 1, Seite 194: "*Die Regeln 90 bis 99*

*EPÜ wurden redaktionell überarbeitet.*"; siehe auch die synoptische Darstellung der Ausführungsordnung zum EPÜ 1973 und der Ausführungsordnung zum EPÜ 2000 mit Erläuterungen, ABl. EPA 2007, Sonderausgabe Nr. 5, Seite 226: "*Regel 90 EPÜ 1973 wurde gestrafft und in ihrem Wortlaut an den Stil des EPÜ 2000 angepasst. Sie ist zu Regel 142 EPÜ 2000 geworden.*"). Wie vorstehend dargelegt, ergibt sich diese Einschränkung aus dem Kontext der Regel 142 (1) bis (3) EPÜ.

24. Die vorstehende Interpretation deckt sich auch mit dem Normzweck. Die Unterbrechung soll einen Rechtsverlust oder nachteilige Verfahrensentwicklungen wegen eines Fristversäumnisses verhindern, wenn ein Anmelder oder Patentinhaber oder dessen Vertreter aus den in Regel 142 (1) a) bis c) EPÜ genannten Gründen (im Wesentlichen Tod oder Geschäftsunfähigkeit bzw. Handlungsunfähigkeit) verhindert ist, Verfahrenshandlungen rechtzeitig vorzunehmen. Die Unterbrechung dient mithin dem Schutz des Anmelders oder Patentinhabers (T 54/17, Nr. 1.5 der Entscheidungsgründe). Regel 142 EPÜ schließt Einsprechende aber gewollt nicht als Schutzadressaten ein: Stirbt ein Einsprechender oder verliert er seine Geschäftsfähigkeit, so bestimmt Regel 84 (2) EPÜ, dass das Einspruchsverfahren ohne die Beteiligung seiner Erben oder gesetzlichen Vertreter von Amts wegen fortgesetzt werden kann. Der Normzweck von Regel 142 EPÜ erfordert auch nicht, dass fristgebundene Verfahrenshandlungen Einsprechender während der Dauer einer Unterbrechung nicht rechtswirksam, d.h. fristwährend, vorgenommen werden können und nach der Unterbrechung sogar wiederholt werden müssen, um wirksam zu sein. Zum Schutz des Patentinhabers ist ausreichend, dass Regel 142 (4) EPÜ während einer Unterbrechung des Verfahrens verhindert, dass

Verfahrenshandlungen von Einsprechenden Fristen für den Patentinhaber in Gang setzen. Daher schließt auch der Normzweck eine Unterbrechung der Einspruchsfrist aus, soweit diese nach (frühzeitigem) Einlegen eines Einspruchs und Vorliegen eines Unterbrechungsgrunds noch laufen sollte. Zum Schutz des Patentinhabers genügt es, dass die Frist des Patentinhabers zur Erwidernng auf die Einsprüche unterbrochen wird.

25. Aus den vorstehenden Gründen wurden die am 17. Januar 2014, dem letzten Tag der Einspruchsfrist nach Artikel 99 (1) EPÜ, eingereichten Einsprüche der Einsprechenden 1 und 2 fristgerecht und rechtswirksam eingelegt. Unbestrittenermaßen entsprechen die Einsprüche auch allen weiteren Erfordernissen der Artikel 99 (1) und 100 EPÜ sowie der Regeln 3 (1) und 76 (1) und (2) EPÜ.
26. Die Einsprüche sind mithin zulässig. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin I wird aus diesem Grund zurückgewiesen.

*Hilfsantrag 1 (Aufrechterhaltung des Patents in der von der Einspruchsabteilung gemäß ihrer Zwischenentscheidung als patentfähig erachteten Fassung) - Anspruch 1*

*Zulassung der Dokumente D91 und D99 (Artikel 12 (4) VOBK 2007)*

27. Die Dokumente D91 und D99 sind neben Dokument D79 weitere Erklärungen von Herrn Hans-Peter Krieger, bzw. von Herrn Hans-Peter Krieger, Frau Barbara Pfeifer und Herrn Christian Schütz. Sie wurden von der Beschwerdeführerin II bzw. Beschwerdeführerin III eingereicht und zielen darauf ab, die von der Einspruchsabteilung in der angefochtenen Entscheidung festgestellten Unklarheiten über die Verfügbarkeit von

Dokument D35 bei der DNB an den Standorten Frankfurt am Main und Leipzig auszuräumen. Ihre Zulassung zum Beschwerdeverfahren wurde jedoch von der Beschwerdeführerin I angefochten.

28. Artikel 12(4) VOBK 2007, der vorliegend auf die Zulassung der Dokumente D91 und D99 anwendbar ist, gibt der Kammer die Befugnis, Beweismittel nicht zuzulassen, die bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können. Im Allgemeinen besteht jedoch kein Grund, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen, wenn die Vorlage der Beweismittel eine angemessene Reaktion auf unerwartete Entwicklungen während der mündlichen Verhandlung vor der Einspruchsabteilung ist.
29. Im vorliegenden Fall vertrat die Einspruchsabteilung in ihrer Anlage zur Ladung zur mündlichen Verhandlung vom 9. März 2018 (Seite 39) die vorläufige Auffassung, dass aus der Erklärung von Herrn Hans-Peter Krieger (Dokument D79) und dem Datensatz aus dem Zentralkatalog der DNB betreffend die Dissertation von Herrn Martin Sebastian ("exhibit A" zu Dokument D61 und Anhang zu Dokument D79) hervorgehe, dass zwei Exemplare der Dissertation (Dokument D35) am oder vor dem 29. März 2005 bei der DNB in Frankfurt am Main eingegangen seien. Die Einspruchsabteilung bezog sich auf die Bemerkung des Patentinhabers im Schreiben vom 7. November 2017, dass der betreffende Datensatz geändert worden sei und es deswegen angeblich nicht klar sei, welchen Inhalt der Datensatz zu einem bestimmten Zeitpunkt gehabt habe. Dieses Argument wurde in der vorläufigen Auffassung der Einspruchsabteilung jedoch als nicht überzeugend angesehen, da es nichts an der Tatsache ändere, dass die Daten der Dissertation am 29. März 2005 in die Datenbank eingegeben worden waren.

30. Die Beschwerdeführerin I argumentierte, dass der Verweis in ihrem Schreiben vom 7. November 2017 und auch im Schreiben vom 6. Oktober 2017 auf "*Informationen*" die Frage betraf, ob überhaupt eine physische Kopie der Dissertation in der DNB in Frankfurt am Main vorhanden war, als der Datensatz im Zentralkatalog der DNB erfasst wurde. Die genannten Schreiben lassen aber ein solches Verständnis nicht zu. Aus dem Schreiben vom 7. November 2017, Seiten 19/20, geht eindeutig hervor, dass sich die "*Informationen*" auf den Datensatz des Zentralkatalogs des DNB ("exhibit A" zu Dokument D61 und Anhang zu Dokument D79) und dessen Inhalt bezogen: "*Mehr noch, **welche Informationen lagen denn tatsächlich vor dem Anmeldetag des Streitpatents vor?** Jedenfalls nicht der Datensatz in seiner heute vorliegenden Form...*". Im Schreiben vom 6. Oktober 2017, Seite 17, wird unter Hinweis auf den Datensatz aus dem Zentralkatalog der DNB festgestellt, dass es unklar bleibe, "*welche Informationen wann bei der DNB verfügbar gewesen sein sollen*".
31. Erst in seinem Schreiben vom 6. September 2018, zwei Monate vor der mündlichen Verhandlung vor der Einspruchsabteilung, stellte der damalige Patentinhaber, Dr. Horst Lindhofer, auf Seite 13 in Frage, ob die DNB in Frankfurt am Main am 29. März 2005 im Besitz eines physischen Exemplars der Dissertation gewesen sei. Dieser neue Einwand war ausschlaggebend für die Entscheidung der Einspruchsabteilung, die an der mündlichen Verhandlung vom 8. November 2018 ihre vorläufige Auffassung über die Verfügbarkeit eines physischen Exemplars des Dokuments D35 bei der DNB und damit auch über den Veröffentlichungszeitpunkt dieses Dokuments änderte (angefochtene Entscheidung, Ziffer 7.12.7.4.9).

32. Die Kammer stimmt mit den Beschwerdeführerinnen II und III überein, dass ein solcher überraschender Einwand in einem sehr späten Stadium des Verfahrens die Vorlage zusätzlicher Beweismittel rechtfertigt. Das Einreichen der Dokumente D91 und D99 mit der Beschwerdebeurteilung stellt nach Auffassung der Kammer eine angemessene und frühestmögliche Reaktion auf den späten Einwand der Beschwerdeführerin I und die darauf beruhende negative Entscheidung der Einspruchsabteilung dar. Bei dieser Sachlage ist auch der Vorwurf der Beschwerdeführerin I, die Gegenseite hätte sich durch eine stückweise Ergänzung ihres Sachvortrags und ratenweise Vorlage von neuen Beweismitteln verfahrensmisbräuchlich verhalten, ungerechtfertigt.
33. Daher entschied die Kammer in Ausübung ihres Ermessens gemäß Artikel 12(4) VOBK 2007, die Dokumente D91 und D99 nicht aus dem Beschwerdeverfahren auszuschließen.

*Öffentliche Zugänglichkeit von Dokument D35*

34. Die Einspruchsabteilung ließ das Dokument D35 in das Verfahren zu (siehe angefochtene Entscheidung, Ziffer 7.12.6). Diese Entscheidung wurde nicht angefochten. Das Dokument ist deswegen im Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen.
35. Die Beschwerdeführerinnen II und III machen unter anderem geltend, dass die Dissertation D35 an den Standorten der DNB in Frankfurt am Main und Leipzig vor dem Datum der Patentanmeldung öffentlich zugänglich gewesen sei. Als Beweismittel legten sie im Verfahren vor der Einspruchsabteilung unter anderem die Erklärung von Herrn Hans-Peter Krieger D79 vor und im

Beschwerdeverfahren die weiteren Erklärungen D91 und D99.

36. In der angefochtenen Entscheidung vertrat die Einspruchsabteilung die Auffassung, dass das Dokument D79 die öffentliche Zugänglichkeit des Dokuments D35 nicht beweise, da unter anderem unklar sei, ob sich der Eintrag im Zentralkatalog der DNB vom 29. März 2005 auf den Eingang einer physischen Kopie des Dokuments stütze oder ob er lediglich auf Metadaten beruhe, die die Universität Mainz der DNB übermittelt habe.
37. Dem Dokument D79 ist der folgende Datensatz aus dem Zentralkatalog der DNB als Anlage beigefügt, der inhaltsgleich mit dem Anhang ("exhibit A") von Dokument D61 ist.

**CBS**  
**7.2.32**

**Vollanzeige | ZENTRALKATALOG | DNB-Hauptbestand**

**Set 3 | Setgröße 1 | Datensatz 1 | PPN 97424158X | Format DA**

Eingabe: 1240:29-03-05 Änderung: 9999:24-05-05 13:52:23 Status: 1240:29-03-05

**0500** Aa

**0600** rh;si

**1100** 2005

**2105** 05,H06,2623

**2242** |o|615362042

**3000** !129885916!Sebastian, Martin [Tp3]

**4000** Immunologische Aktivierungsparameter bei Patienten mit nicht-kleinzelligem Lungenkarzinom unter Therapie mit dem bispezifischen Antikörper Removab / vorgelegt von Martin Sebastian

**4060** 60 Bl.

**4061** graph. Darst.

**4062** 30 cm

**4204** Mainz, Univ., Diss., 2005

**4700** |FE|hmg

**5050** 610

[0101 ] leipzig dnb <101a>

**7001** 29-03-05 : x

**7100** 2005 B 11379

**7800** 614829623

**7900** 06-04-05 11:57:35.000

**8100** L-2005-075022

[0292 ] frankfurt dnb <101b>

**7001** 29-03-05 : x

**7100** 2005 B 8809

**7800** 614819970

**7900** 06-04-05 15:58:58.000

**8100** F-2005-075022

In den Erklärungen D91 und D99 wird unter Bezugnahme auf den vorstehend wiedergegebenen Datensatz erläutert, dass:

- die Felder mit der Kennziffer 7001 sowie das Feld "Eingabe: 1240" das Datum (29. März 2005) festhalten, an dem der Eintrag für die Dissertation D35 im Zentralkatalog der DNB erstellt wurde; der Eintrag für die Dissertation D35 nicht auf der Grundlage von Metadaten, sondern auf der Grundlage von physischen Exemplaren der Dissertation D35 erstellt wurde, was sich aus dem Fehlen eines Feldes mit der Kennziffer 2100 ableite, welches das Datum festhält, an dem die DNB etwaige Metadaten für einen Eintrag im Zentralkatalog erhält;
- das Feld mit der Kennziffer 7900 das Datum (6. April 2005) festhält, an dem ein physisches Exemplar der Dissertation D35 in den Magazinen der DNB an den Standorten in Frankfurt am Main und Leipzig eingestellt wurde;
- die Dissertation in Anbetracht der Hinterlegung eines physischen Exemplars in den Magazinen der DNB an den Standorten in Frankfurt am Main und Leipzig spätestens am 7. April 2005 der Öffentlichkeit zur Einsichtnahme zur Verfügung stand;
- das Feld "Änderung: 9999" das Datum (24. Mai 2005) festhält, an dem die bibliografischen Daten der Dissertation D35 im Zentralkatalog der DNB letztmals geändert wurde;
- die letzte Änderung im Datensatz des Zentralkatalogs der DNB betreffend die Dissertation D35 der Eintrag deren Klassifizierung in der Deutsche Nationalbibliografie im Feld mit der Kennziffer 2105 sei.

38. Die Erklärungen D79, D91 und D99 wurden von Herrn Hans-Peter Krieger (D79, D91 und D99), Frau Barbara Pfeifer

(D99) und Herrn Christian Schütz (D99) abgegeben. Die Erklärungen erläutern die Abläufe in der DNB und den oben wiedergegebenen Datensatz aus dem Zentralkatalog der DNB. Die Erklärenden waren selbst nicht an der Aufnahme der Dissertation D35 in den Zentralkatalog und in die Bestände der DNB beteiligt. Folglich sind diese Erklärungen nicht von Zeugen im eigentlichen Sinne abgegeben worden, da die Erklärenden nicht aufgrund eigener Wahrnehmung aussagen. Vielmehr handelt es sich bei den Erklärungen um Aussagen als Vertreter der DNB. Herr Krieger hat seine Erklärungen in seiner Funktion als Justiziar (Mitglied des Justizarrats) und damit offizieller Vertreter der DNB in rechtlichen Fragen getätigt. Frau Pfeiffer, Leiterin des Referats Erschließung der DNB Frankfurt am Main und Herr Schütz, Leiter des Referats Periodika der DNB Frankfurt am Main, verfügen über detaillierte Kenntnisse über die Abläufe in der DNB bei Eingang einer Dissertation. Alle drei sind somit als Sachverständige anzusehen. In dieser Funktion sind sie mit den Abläufen und relevanten Sachverhalten die hier zu bewerten sind vertraut.

39. Es liegt kein Grund vor, an die Glaubwürdigkeit der Erklärenden oder an der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen, insbesondere an der Richtigkeit der Erläuterungen zum Zentralkatalog der DNB sowie zum Eingang, zur Erfassung und zur öffentlichen Verfügbarkeit der Dissertation von Herrn Martin Sebastian bei der DNB, zu zweifeln. Auch verwandtschaftliche Verbindungen der Erklärenden zu einer der Verfahrensbeteiligten oder persönliche Interessen der Erklärenden am Ausgang der Beschwerde waren weder ersichtlich noch dargetan. Die Kammer sah daher keine Notwendigkeit, die Sachverständigen zusätzlich zu ihren Erklärungen zu vernehmen.

40. Die im Beschwerdeverfahren vorgelegten Erklärungen ergänzen die im Einspruchsverfahren vorliegenden Erläuterungen durch die Klarstellung, dass die Eintragungen unter den Kennziffern 7100 und 7900 auf der Grundlage von physischen Exemplaren der Dissertation und nicht von Metadaten vorgenommen wurden. Diese Schlussfolgerung ergibt sich aus dem Fehlen des Feldes mit der Kennziffer 2100 im Datensatz zur Dissertation D35 sowie aus dem in D91 und D99 genannten Begleitschreiben vom 18. Februar 2005, mit dem die Dissertation an die DNB Frankfurt am Main geschickt wurde, und das den Erklärenden somit bei ihren Aussagen zur Verfügung stand.
41. Beschwerdeführerin I wies auf das Datum des Begleitschreibens hin, mit dem die zwei Exemplare der Dissertation per Post an die DNB Frankfurt am Main geschickt wurden. Die offensichtliche Diskrepanz die sich aus der Datierung dieses Begleitschreibens (18. Februar 2005) und dem Tag der Promotion von Herrn Martin Sebastian (22. Februar 2005) ergibt, genügt nicht, um Zweifel an den auf den Datensatz des Zentralkatalogs gestützten Aussagen zu wecken, dass zwei physische Exemplare der Dissertation bei der DNB spätestens am 29. März 2005 vorlagen. Vielmehr legt die Zeitspanne zwischen dem Datum des Begleitschreibens und der Aufnahme der Dissertation im Zentralkatalog der DNB den Schluss nahe, dass das Datum des Begleitschreibens nicht dem Datum des Versands entspricht. Dieses Datum kann jedenfalls nichts über den Zeitpunkt des Eingangs der beiden physischen Exemplare bei der DNB aussagen und des weiteren auch nicht die These stützen, dass ein Metadatensatz als Grundlage für die Aufnahme der Dissertation D35 versandt wurde. Denn in diesem Fall wäre zu erwarten, dass das Datum des Begleitschreibens

nach der Aufnahme der Dissertation im Zentralkatalog am 29. März 2005 liegt.

42. Eine weitere Ungereimtheit sah die Beschwerdeführerin I darin, dass das zweite Exemplar der Dissertation erst von der DNB Frankfurt am Main an die DNB Leipzig geschickt werden musste, aber dennoch laut Eintrag in der DNB-Datenbank am selben Tag (6. April 2005) in den Magazinen in Frankfurt und Leipzig eingestellt wurde. Die Kammer kann hier jedoch keine Ungereimtheit feststellen. Der Zeitraum zwischen dem 29. März 2005 und dem 6. April 2005 lässt genug Zeit, um ein Druckexemplar der Dissertation D35 vom Standort der DNB Frankfurt am Main nach Leipzig zu schicken. Dass die beiden Exemplare zufällig am selben Tag (wenn auch zu unterschiedlichen Uhrzeiten) an den beiden Standorten der DNB in die Magazine eingestellt wurden, steht jedenfalls nicht im Widerspruch zu den Erklärungen und vermag auch keine Zweifel zu wecken, dass am 6. April 2005 an beiden Standorten der DNB ein Druckexemplar physisch vorlag und in den jeweiligen Bestand aufgenommen wurde.
43. Beschwerdeführerin I verwies auch auf Diskrepanzen zwischen den Erklärungen D79, D91 und D99 und Aussagen in einer E-Mail von Frau Schmid von der Abteilung "*Benutzung und Bestandsverwaltung*" der DNB Frankfurt am Main (Dokument D52) bezüglich der Zugänglichkeit der Dissertation D35.
44. Die Angaben in Dokument D52 über die frühestmögliche Zugänglichkeit der Dissertation D35 sind vage, aber nicht widersprüchlich zu den Erklärungen D79, D91 und D99. Das Dokument D52 erwähnt, dass zwei (physische) Exemplare der Dissertation im Frühjahr 2005 an die DNB geliefert wurden. Dies deckt sich mit den Aussagen der

Dokumente D79, D91 und D99, die allerdings den 29. März 2005 als spätesten Zeitpunkt identifizieren, zu dem die beiden physischen Exemplare des Dokuments D35 vorlagen. Weiter führt Dokument D52 aus, dass nach "der formalen Erschließung", der "Titel" (d.h. die Dissertation D35) in Heft 05,H06,2623 der Deutschen Nationalbibliografie angezeigt und im Juni 2005 im Hochschulschriftenverzeichnis der Deutschen Nationalbibliothek verzeichnet wurde, womit die Dissertation recherchierbar war. Diese Aussagen betreffen jedoch nicht den Datensatz aus dem Zentralkatalog der DNB ("exhibit A" zu Dokument D61 und Anhang zu Dokument D79), auf den sich die Erklärungen D79, D91 und D99 beziehen, sondern die Aufnahme der Dissertation im Hochschulschriftenverzeichnis der Deutschen Nationalbibliografie. Wie aus der Übereinstimmung zwischen der in Dokument D52 genannten Heftnummer und dem Eintrag in der Kennziffer 2105 zum Datensatz aus dem Zentralkatalog hervorgeht, geht es also um den Vorgang vom 24. Mai 2005, der zu einer Ergänzung des Datensatzes des Zentralkatalogs führte.

45. Die Recherchierbarkeit außerhalb des Kontexts des Zentralkatalogs der DNB selbst ist für den gegenwärtigen Fall irrelevant. Daher ergibt sich aus dem Dokument D52 kein Widerspruch zu den Schlussfolgerungen die aus den Erklärungen D79, D91 und D99 gezogen werden.
46. Die Aussage in Dokument D52, dass Exemplare der Dissertation D35 "*circa im Juni 2005*" in den Magazinen der DNB in Frankfurt am Main und Leipzig eingestellt und über den Katalog bestellbar waren, so dass diese von registrierten Benutzern auf Bestellung eingesehen und in Auszügen kopiert werden konnten, begründet auch keine Zweifel an der Glaubhaftigkeit der durch die

Erklärungen D79, D91 und D99 belegten Tatsachen, sondern bestätigt diese. Der in Dokument D52 genannte ungefähre Zeitraum der öffentlichen Einsehbarkeit von physischen Exemplaren an den Standorten Frankfurt am Main und Leipzig bleibt nicht nur vage und unbestimmt, sondern wird letztlich offen gelassen. Dokument D52 weckt daher auch in dieser Hinsicht keine berechtigten Zweifel an den übereinstimmenden Erklärungen D79, D91 und D99, die den 7. April 2005 als spätesten Zeitpunkt nennen, an dem ein Druckexemplar der Dissertation D35 der Öffentlichkeit zur Verfügung stand.

47. Unter Bezugnahme insbesondere auf die Entscheidungen T 329/02 und T 750/94 hat die Beschwerdeführerin I betont, dass das Beweismaterial mit großer Sorgfalt zu bewerten ist. Sie zitiert T 329/02, in der es heißt, dass in diesem Kontext das zuständige Organ *"ein möglichst hohes Maß an Gewissheit hinsichtlich der Tatsachen, die für die Beantwortung der Frage relevant sind"* anzustreben hat und dass das vorgelegte Beweismaterial *"sehr kritisch und genau zu prüfen"* ist.
  
48. Nach eingehender Würdigung des Beweismaterials hat die Kammer keine Zweifel, dass je ein Druckexemplar der Dissertation von Herrn Martin Sebastian mit dem Titel *"Immunologische Aktivierungsparameter bei Patienten mit nicht-kleinzelligem Lungenkarzinom unter Therapie mit dem bispezifischen Antikörper Removab"* (Dokument D35) spätestens am 7. April 2005 an den Standorten der DNB in Frankfurt am Main und Leipzig über den Zentralkatalog abrufbar war, und von Benutzern eingesehen und in Auszügen kopiert werden konnten. In Anbetracht des Fehlens bloß entfernter Zweifel der Kammer am vorstehenden Beweisergebnis kann das Beweismaß offen gelassen werden.

49. Da das Dokument D35 nach Überzeugung der Kammer spätestens ab dem 7. April 2005 öffentlich zugänglich war, ist es Stand der Technik nach Artikel 54(2) EPÜ.

*Neuheit gegenüber Dokument D35*

50. Die Einspruchsabteilung kam zum Schluss (siehe angefochtene Entscheidung, Ziffer 7.12.1), dass das Dokument D35 "potenziell neuheitsschädlich" für den Gegenstand des Hauptantrags (Hilfsantrag 1 in dem Beschwerdeverfahren) war, vertrat jedoch die Auffassung, dass das Dokument zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht öffentlich zugänglich gewesen sei. Dieses *obiter dictum* der Einspruchsabteilung griffen die Beschwerdeführerinnen II und III auf und machten im Beschwerdeverfahren geltend, dass das Dokument D35 neuheitsschädlich für den Gegenstand von Anspruch 1 des Hilfsantrags 1 sei (siehe die Beschwerdebegründung der Beschwerdeführerin II, Punkt 8.2.3, und die Beschwerdebegründung der Beschwerdeführerin III, Punkt 8.4). Die Kammer griff die Thematik in ihrer Mitteilung gemäß Artikel 15(1) VOBK vom 24. August 2022 auf und schloss sich der Auffassung der Beschwerdeführerinnen II und III an.
51. In der mündlichen Verhandlung vor der Kammer bestritt die Beschwerdeführerin I, dass das Dokument D35 neuheitsschädlich für den Gegenstand von Anspruch 1 sei, weil im Dokument kein klinischer Nutzen offenbart sei. Auf die Frage der Kammer, wann dies im schriftlichen Vorbringen vorgebracht worden sei, verwies die Beschwerdeführerin I auf die Seite 88 ihrer Beschwerdeerwiderung. Weiter machte sie geltend, dass jederzeit auf die Rechtssprechung der Beschwerdekammern verwiesen werden dürfe.

52. Auf Seite 88 der Beschwerdeerwiderung der Beschwerdeführerin I werden die Hilfsanträge 7, 8 und 9 erörtert, die vorsorglich zum Zweck eingereicht wurden, den erhobenen Einwand der mangelnden Neuheit des Gegenstands von Hilfsantrag 1 gegenüber Dokument D35 auszuräumen. Die Beschwerdeführerin I führt in dieser Hinsicht aus, dass sich der Gegenstand der Hilfsanträge 7, 8 und 9 von demjenigen des Hilfsantrags 1 dadurch unterscheidet, dass er zusätzlich einen Verabreichungsweg beansprucht. Für den Fall, dass das Dokument D35 als nächstliegender Stand der Technik angesehen würde, wird weiter ausgeführt, dass das Dokument nicht offenbare, ob die kombinierte Verabreichung von Glucokortikoiden und bispezifischen Antikörpern die erwünschte Antitumorwirkung zeige. Der Absatz endet mit der Schlussfolgerung, dass das Dokument D35 den Fachmann nicht zu der vorliegenden Erfindung führen könne.
53. Es ist eindeutig, dass sich dieses Vorbringen nicht auf den Hilfsantrag 1, sondern auf die Hilfsanträge 7, 8 und 9 bezieht und zudem nicht die Neuheit, sondern die erfinderische Tätigkeit begründet.
54. Der Vortrag einer Partei zu erhobenen Einspruchsgründen sollte deutlich sein (Artikel 12(3) VOBK), und sich nicht aus unbestimmten Andeutungen in sachfremden Kontext erschließen. Es kann nicht von der Gegenseite oder der Kammer erwartet werden, dass sie die Ausführungen der Seite 88 der Beschwerdeerwiderung entgegen dem Kontext (Begründung der erfinderischen Tätigkeit nachrangiger, zur Herstellung der Neuheit eingereichter Anspruchssätze) dahingehend untersuchen, ob dieses Vorbringen zwischen den Zeilen möglicherweise auch relevantes Vorbringen zur Frage der Neuheit des Gegenstands von Hilfsantrag 1 beinhalten könnte.

55. Auf jeden Fall sind die Ausführungen der Beschwerdeführerin I auf Seite 88 keine substantiierte Entgegnung auf den von den Beschwerdeführerinnen II und III in Bezug auf den Hilfsantrag 1 formulierten Neuheitseinwand ausgehend von Dokument D35. Diesem Neuheitseinwand betreffend Hilfsantrag I trat die Beschwerdeführerin I nur dadurch entgegen, dass sie die öffentliche Zugänglichkeit des Dokuments vor dem Anmeldedatum des Streitpatents bestritt und den von der Gegenseite zu erbringenden Nachweis des Zeitpunkts der öffentlichen Zugänglichkeit zu durchkreuzen versuchte. Auf den Sachvortrag der Beschwerdeführerinnen II und III zum Offenbarungsgehalt des Dokuments D35 und zur Beurteilung der Neuheit ging die Beschwerdeführerin I jedenfalls nicht ein.
56. Bezüglich der Argumentationslinie der Beschwerdeführerin I die sich auf die jederzeit mögliche Äußerung zu Rechtsfragen bezieht, ist folgendes festzustellen. Im vorliegenden Fall wäre für die von der Beschwerdeführerin I angestrebte Diskussion der etablierten Rechtsprechung zur Neuheitsschädlichkeit nicht abgeschlossener klinischer Studien zunächst erforderlich, das Dokument D35 im Detail zu analysieren und eine Würdigung dessen Offenbarungsgehalts in Bezug auf den klinischen Nutzen der im Dokument D35 evaluierten Therapie vorzunehmen.
57. Da jedoch ein rechtzeitiges und substantiiertes Vorbringen der Beschwerdeführerin I zur Offenbarung in Bezug auf den klinischen Nutzen des Dokuments D35 fehlt, fehlt es auch an einer grundlegenden Voraussetzung für eine Diskussion der Rechtssprechung der Beschwerdekammern zur Neuheitsschädlichkeit nicht abgeschlossener klinischer Studien, die eine technische sowie eine rechtliche Beurteilung festgestellter

Tatsachen und nicht bloß eine abstrakte Rechtsfrage zum Gegenstand hat.

58. Die Einsprechenden haben daher zu Recht eingewandt, dass die Behauptung, dass das Dokument D35 für die Neuheit des beanspruchten Gegenstandes nicht schädlich sei, da kein klinischer Nutzen offenbart sei, eine wesentliche Änderung des Vorbringens der Beschwerdeführerin I darstelle. Die Begründung für diese Änderung - die Behauptung, dass das Dokument D35 eindeutig nicht neuheitsschädlich sei - kann schon deshalb nicht akzeptiert werden, weil diese Ansicht in jedem Stadium des Verfahrens vor der Einspruchsabteilung und während des schriftlichen Beschwerdeverfahrens hätte vorgebracht werden können.
59. Die Kammer beschloss daher, dass diese Argumentationslinie der Patentinhaberin nicht zum Verfahren zugelassen wird (Artikel 13(2) VOBK).
60. In der Mitteilung gemäß Artikel 15(1) VOBK wurde angeführt, dass Dokument D35 die gleichzeitige, getrennte oder zeitlich abgestufte Anwendung mindestens eines anspruchsgemäßen immunstimulatorischen bzw. immuntherapeutischen Antikörpers (1. Bestandteil) und mindestens eines anspruchsgemäßen Glukokortikoid (Prednisolon) (2. Bestandteil, als Prämedikation), zur Verminderung der unspezifischen Zytokinfreisetzung bei der Behandlung und/oder Prophylaxe von Krebserkrankungen und Tumorerkrankungen offenbart. Dies blieb im schriftlichen Verfahren unwidersprochen. Das verspätete Vorbringen der Beschwerdeführerin I kann nicht berücksichtigt werden, siehe Punkt 58. Daher gibt es keine Gründe für die Kammer zu einem anderen Ergebnis als in der Mitteilung gemäß Artikel 15(1) VOBK

vom 24. August 2022 zu kommen.

61. Folglich ist der Gegenstand des Anspruchs 1 des Hilfsantrags 1 nicht neu im Sinne von Artikel 54 EPÜ. Dementsprechend kann das Patent nicht auf Grund des von der Einspruchsabteilung als gewährbar erachteten Antrags aufrechterhalten werden.
62. Die Prüfung der weiteren Anträge (siehe Punkt IX.) konnte nicht abgeschlossen werden, weshalb das Verfahren nach Entscheidung über die voranstehenden Teilaspekte für die noch nicht entschiedenen Punkte weitergeführt werden muss.
63. In der mündlichen Verhandlung wurde daher entschieden, das schriftliche Verfahren wieder aufzunehmen.

### **Entscheidungsformel**

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

1. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin I (Patentinhaberin) ist zulässig.
2. Die Einsprüche der Einsprechenden 1 und 2 (Beschwerdeführerinnen II und III) sind zulässig.
3. Der Hilfsantrag 1 (Aufrechterhaltung des Patents in der von der Einspruchsabteilung gemäß ihrer Zwischenentscheidung als patentfähig erachteten Fassung) ist nicht gewährbar.
4. Das schriftliche Verfahren wird wieder aufgenommen.

Die Geschäftsstellenbeamtin:

Die Vorsitzende:



I. Aperribay

M. Pregetter

Entscheidung elektronisch als authentisch bestätigt