

Interner Verteilerschlüssel:

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

**Datenblatt zur Entscheidung
vom 30. November 2023**

Beschwerde-Aktenzeichen: T 0866/22 - 3.2.04

Anmeldenummer: 17165893.3

Veröffentlichungsnummer: 3216347

IPC: A21C9/08

Verfahrenssprache: DE

Bezeichnung der Erfindung:

VERFAHREN ZUM AUSRICHTEN VON GEWICKELTEN TEIGPRODUKTEN IN
EINER DEFINIERTEN SCHLUSSLAGE

Patentinhaber:

Fritsch Bakery Technologies GmbH & Co. KG

Einsprechende:

Rademaker B.V.

Stichwort:

Relevante Rechtsnormen:

EPÜ Art. 54, 56

VOBK 2020 Art. 12(2), 12(4), 12(6), 13(2)

Schlagwort:

Neuheit - offenkundige Vorbenutzung (nein) - nicht ausreichend
bewiesen

Erfinderische Tätigkeit - (ja)

vorrangiges Ziel des Beschwerdeverfahrens -

Beschwerdevorbringen ist auf Einwände zu richten, die
Entscheidung zugrunde liegen

Spät eingereichte Tatsachen - wären bereits im
erstinstanzlichen Verfahren vorzubringen gewesen (ja)

Änderung nach Ladung - außergewöhnliche Umstände (nein)

Zitierte Entscheidungen:

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 0866/22 - 3.2.04

E N T S C H E I D U N G
der Technischen Beschwerdekammer 3.2.04
vom 30. November 2023

Beschwerdeführer: Fritsch Bakery Technologies GmbH & Co. KG
(Patentinhaber) Bahnhofstraße 27-31
97348 Markt Einersheim (DE)

Vertreter: Grünecker Patent- und Rechtsanwälte
PartG mbB
Leopoldstraße 4
80802 München (DE)

Beschwerdeführer: Rademaker B.V.
(Einsprechender) Plantijnweg 23
4104 BC Culemborg (NL)

Vertreter: IP Maison
Sportweg 6
2751 ER Moerkapelle (NL)

Angefochtene Entscheidung: **Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung
des Europäischen Patentamts über die
Aufrechterhaltung des europäischen Patents
Nr. 3216347 in geändertem Umfang, zur Post
gegeben am 17. Februar 2022.**

Zusammensetzung der Kammer:

Vorsitzender A. de Vries
Mitglieder: S. Hillebrand
C. Heath

Sachverhalt und Anträge

- I. Die Beschwerden der Patentinhaberin und der Einsprechenden richten sich gegen die Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung, wonach das Streitpatent in der Fassung des Hilfsantrag IV die Erfordernisse des EPÜ erfüllt.

In dieser hatte die Einspruchsabteilung unter anderem festgestellt, dass

- das Verfahren Anspruchs 1 gemäß Hauptantrag (erteilte Fassung) durch die offenkundige Vorbenutzung D1 seitens der Einsprechenden neuheitsschädlich vorweggenommen sei;
- das Verfahren des Anspruchs 3 gemäß Hauptantrag neu gegenüber den Vorbenutzungen D1 und D2 und dem Dokument D4 sei, und die Vorbenutzung D3 nicht nachgewiesen sei;
- mangelnde erfinderische Tätigkeit des Verfahrens von Anspruch 1 gemäß Hauptantrag nicht bereits aufgrund einer einheitlichen Erfindung gegeben ist und im übrigen ausgehend von D4 nicht substantiiert wurde.

- II. In einer Mitteilung nach Artikel 15(1) VOBK hat die Kammer die vorläufige Auffassung geäußert, dass eine offenkundige Vorbenutzung des Verfahrens nach Anspruch 1 gemäß Hauptantrag weder durch D1, noch durch D2 nachgewiesen ist. Mangelnde erfinderische Tätigkeit des Anspruchs 2 ausgehend von D1, D2 oder D3 sah sie aus den gleichen Gründen wie die Einspruchsabteilung als nicht substantiiert an.

- III. Am 30. November 2023 fand eine mündliche Verhandlung in Anwesenheit beider Parteien im Anschluss an die mündliche Verhandlung im parallel anhängigen Verfahren **T0864/22** statt. Diesem lagen überwiegend der gleiche

Gegenstand als Vorrichtung und die gleichen Entgegenhaltungen zugrunde. Daher verwiesen beide Parteien in der mündlichen Verhandlung zu **T0864/22** lediglich auf ihr schriftliches Vorbringen sowie ihr entsprechendes mündliches Vorbringen in **T0864/22**.

- IV. Die Beschwerdeführerin-Patentinhaberin beantragt die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Zurückweisung des Einspruchs bzw. die Aufrechterhaltung des Patents in erteilter Fassung, hilfsweise in der Fassung eines der Hilfsanträge I oder II, eingereicht mit Schreiben vom 24. Juni 2022, weiter hilfsweise in der von der Einspruchsabteilung aufrechterhaltenen Fassung (Hilfsantrag III), weiter hilfsweise im Umfang eines der Hilfsanträge IV-VI, eingereicht mit Schreiben vom 4. November 2022.

Die Beschwerdeführerin-Einsprechende beantragt die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und den Widerruf des Patents.

- V. Der unabhängige Anspruch 1 des Hauptantrags hat folgenden Wortlaut:
"Verfahren zum Ausrichten von gewickelten Teigprodukten (02) in einer definierten Schlusslage, wobei das Teigprodukt (02) durch Wickeln eines dreieckförmigen oder trapezförmigen Teigstücks (01) hergestellt ist, und wobei das Teigprodukt (02) von der Basis (03) des Teigstücks (01) her beginnend gewickelt ist, und wobei das schmalere Ende (04) des Teigstücks (01) einen außen am Umfang des Teigprodukts (02) überstehenden Schluss (05) bildet, und wobei die Schlusslage des Teigprodukts (02) durch eine bestimmte Lage des außen überstehenden Schlusses (05) definiert ist, wobei das gewickelte Teigprodukt (02) entlang einer vorgegebenen Strecke oder für eine vorgegebene Zeit mit

einem Antriebsmoment bzw. einer Antriebskraft um seine Längsachse rotierend angetrieben wird, um dadurch eine Abrollbewegung des Teigprodukts (02) auf einer Unterlage (08, 014) zu bewirken, wobei der Drehsinn der Abrollbewegung des Teigprodukts (02) der Wickelrichtung von innen nach außen des gewickelten Teigstücks (01) entspricht, und wobei die Abrollbewegung bei Erreichen der definierten Schlusslage, bei der der Schluss (05) des Teigprodukts (02) an der Unterlage (08, 014) anliegt, gestoppt wird, dadurch gekennzeichnet, dass die Abrollbewegung durch den vom Schluss (05) verursachten Rollwiderstand gestoppt wird und dass als Antriebskraft für die Abrollbewegung des Teigprodukts (02) eine Hangabtriebskraft genutzt wird, wobei die Hangabtriebskraft durch das Eigengewichte des Teigprodukts (02) auf einer geneigten Unterlage (08) verursacht wird."

Der unabhängige Anspruch 2 des Hauptantrags hat den gleichen Wortlaut wie dessen unabhängiger Anspruch 1 bis auf folgenden kennzeichnenden Teil:

"[dadurch gekennzeichnet, dass die Abrollbewegung durch den vom Schluss (05) verursachten Rollwiderstand gestoppt wird und dass als Antriebskraft für die Abrollbewegung des Teigprodukts (02)] Gleitreibungskräfte genutzt werden, wobei die Gleitreibungskräfte von den Borsten (15) eines umlaufenden Bürstenantriebs (13) auf das Teigprodukt (02) übertragen werden."

Der unabhängige Anspruch 3 des Hauptantrags hat den gleichen Wortlaut wie dessen unabhängiger Anspruch 1 bis auf folgenden kennzeichnenden Teil:

"[dadurch gekennzeichnet, dass die Abrollbewegung durch den vom Schluss (05)

verursachten Rollwiderstand gestoppt wird], dass das gewickelte Teigprodukt (02) in der vorgegebenen Strecke beschleunigt oder abgebremst wird, wobei das daraus resultierende Drehmoment als Antriebsmoment für die Abrollbewegung des Teigprodukts (02) genutzt wird und dass das gewickelte Teigprodukt (02) durch Übergabe von einem ersten umlaufend angetriebenen Förderband (19) mit einer ersten Fördergeschwindigkeit (v_1) auf ein zweites umlaufend angetriebenes Förderband (20) mit einer zweiten Fördergeschwindigkeit (v_2) beschleunigt oder abgebremst und dadurch in die gewünschte Abrollbewegung versetzt wird."

VI. Nachfolgend wird auf folgende Dokumente Bezug genommen:

- a) Im Zusammenhang mit der geltend gemachten Vorbenutzung D1 (Produktionslinie mit Bestellnummer 6676) vorgelegte Dokumente
 - D1a Bestätigung der Bestellung
 - D1b technische Zeichnung
 - D1c Bestellschein
 - D1d Video Datei MVI_0147.AVI (siehe CD ROM)
 - D1e Betriebsanleitung
 - D1g Besuchsbericht von Jan van Wees
 - D1h technische Zeichnungen
 - D1i Foto (siehe CD ROM)
 - D1L Erklärung von Didier Demailly
 - D1m Video Datei "Afvoer oprolunit 1.AVI" (siehe CD ROM)
 - D1n Erklärung von Salvatore Evola

- b) Im Zusammenhang mit der geltend gemachten Vorbenutzung D2 (Produktionslinie mit Bestellnummer 7378) vorgelegte Dokumente
 - D2a Bestätigung der Bestellung
 - D2b Zeichnung

D2c Erklärung von Johannes Petrus Wiro van Wees
D2d Video Datei IMG_6482.MOV (siehe CD ROM)
D2e Video Datei IMG_6483.MOV (siehe CD ROM)
D7 Erklärung von Patrick Elain

c) zitierte Druckschriften

D10A EP 2 236 039 A1
D13 NL 1025310
D14 DE 39 28447 A1
D15 NL 8204931

VII. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin-Patentinhaberin lässt sich wie folgt zusammenfassen:
Die Beschwerde der Einsprechende ist nicht zulässig, weil die Beschwerdegebühr nicht vollständig entrichtet wurde. Zudem ist die Zulassung von Beweismitteln durch die Einspruchsabteilung rückgängig zu machen.
Die von der Einsprechenden geltend gemachten eigenen Vorbenutzungen sind nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen. Ihr Nachweis hängt überwiegend von diversen formlosen Erklärungen ab, denen verglichen mit Zeugenaussagen oder eidesstattlichen Versicherungen nur ein eingeschränkter Beweiswert zukommt.
Die erst mit Beschwerdebegründung von der Einsprechenden eingereichten Dokumente D10A, D14 und D15 sollten nicht zum Verfahren zugelassen werden, ebenso die erstmals in der mündlichen Verhandlung (im parallel anhängigen Verfahren **T0864/22**) vor der Beschwerdekammer von der Einsprechenden vorgetragenen, auf D1a, D1g, D1h, D1i, D2a, D2b und D2c beruhenden Argumentationslinien.
Im übrigen seien die Merkmale der erteilten unabhängigen Ansprüche in keinem der eingereichten Beweismittel und Dokumente eindeutig und unmittelbar offenbart und auch durch keine dieser Unterlagen

nahegelegt.

Das Vorbringen der Beschwerdeführerin-Einsprechenden lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Zwar wurde im Beschwerdeverfahren zum Hauptantrag schriftlich nicht vorgetragen, die Vorbenutzungen seien aber auch ohne Rückgriff auf die Video- und Filmaufnahmen als bewiesen und neuheitsschädlich für den erteilten Anspruch 1 anzusehen. Argumente hierfür, die sich auf D1a, D1h, D1i, D2a, D2b und D2c stützen, seien bereits im Einspruchsverfahren vorgebracht worden. Jedenfalls sei der Zeitpunkt der Video- und Filmaufnahmen der Vorbenutzungen, den die Kammer in ihrer Mitteilung bezweifelt habe, durch die Erklärungen, die auf diese Bezug nehmen, ausreichend nachgewiesen.

Entscheidungsgründe

Zulässigkeit der Beschwerden

1.1 Die Beschwerden sind zulässig.

1.2 Die Kammer sich hat in ihrer Mitteilung nach Artikel 15(1) zu der von der Patentinhaberin in Frage gestellten Zulässigkeit der Beschwerde der Einsprechenden vorläufig wie folgt geäußert:

"So weit die Kammer feststellen konnte, scheint die Beschwerdeführerin-Einsprechende am 3. April 2022 zunächst einen geringeren Betrag von 2705,00 statt der ab dem 1. April 2022 geltenden Beschwerdegebühr von 2785,00 entrichtet zu haben. Nach Aufforderung ging jedoch der korrekte Betrag von 2785,00 vollständig und fristgerecht vor dem 27. April 2022 ein, Artikel 108 EPÜ.

Im übrigen wird nach Artikel 8 Satz 4 GebO ein geringfügiger Fehlbetrag wie hier der ursprüngliche Differenzbetrag von 80,00, also etwa 3% der Beschwerdegebühr, unberücksichtigt gelassen, wenn dies der Billigkeit entspricht, siehe RSdBK, 10. Auflage, III.U.4.

Eine Nichterfüllung der Anforderungen aus Artikel 12(3) VOBK mag in einer mangelnden Substantiierung und daher Begründetheit münden, nicht jedoch ohne weiteres in der Unzulässigkeit einer Beschwerde.

Daher sieht die Kammer vorliegend keine Anzeichen für eine Unzulässigkeit der Beschwerde der Einsprechenden."

1.3 Da die Beschwerdeführerin-Patentinhaberin nicht zu dieser vorläufigen Auffassung Stellung genommen und in der mündlichen Verhandlung lediglich auf ihr diesbezügliches schriftliches Vorbringen verwiesen hat, bestätigt die Kammer die Zulässigkeit der Beschwerde der Einsprechenden.

2. **Das Patent und sein technischer Hintergrund**

2.1 Das Patent betrifft ein Verfahren zum Ausrichten von gewickelten Teigprodukten, insbesondere Croissants, in einer definierten Schlusslage. Die Teigprodukte sind dabei aus dreieckigen oder trapezförmigen Teigstücken derart von der Basis ausgehend gewickelt, dass die schmalere Seite eines Teigstücke außen am gewickelten Teigprodukt einen überstehenden Schluss bildet. Die Lage des Schlusses relativ zu einer Unterlage, auf der das Teigprodukt ruht, wird als "Schlusslage" bezeichnet.

2.2 Um gleichmäßige Backergebnisse zu erzielen, müssen alle zu backenden Teigprodukte die gleiche Schlusslage aufweisen. Ein weit überstehender Schluss verbrennt z.B. leicht, weshalb es bevorzugt ist, dass beim Backen der Schluss zwischen Teigprodukt und Backunterlage angeordnet ist. Um dies zu erreichen, werden in den unabhängigen Ansprüchen 1, 2 und 3 des Patents zunächst drei Lösungen vorgeschlagen, bei denen die Teigprodukte in eine Drehung um ihre Längsachse versetzt werden, bis ihr Schluss jeweils in Kontakt mit der Unterlage kommt und der dadurch erzeugte Rollwiderstand eine weitere Drehung verhindert, nämlich:

- aufgrund der auf die Teigprodukte wirkenden Hangabtriebskraft auf einer Unterlage mit entsprechender Neigung;
- aufgrund einer auf die Teigprodukte wirkende

Gleitreibungskraft durch Borsten eines umlaufenden Bürsteantriebs;

- aufgrund eines durch Abbremsen oder Beschleunigen der Teigprodukte induzierten Drehmoments bei einer Übergabe der Teigprodukte von einem ersten Förderband mit bestimmter Fördergeschwindigkeit auf ein zweites Förderband mit unterschiedlicher Fördergeschwindigkeit. Gemäß dem aufrechterhaltenen Anspruch 1 ist ferner eine Justiereinrichtung nachgeschaltet, die die Teigprodukte aus der ersten Schlusslage, in der der Schluss gerade in Kontakt mit der Unterlage ist, noch um einen bestimmten Winkelbetrag in eine zweite Schlusslage dreht.

Gemäß den aufrechterhaltenen Ansprüchen 1 und 3 werden die Teigprodukte anschließend aus der ersten Schlusslage, in der der Schluss gerade in Kontakt mit der Unterlage ist, noch um einen bestimmten Winkelbetrag weiter gedreht.

3. **Zulassung der Dokumente D1n und D13 im Einspruchsverfahren**

3.1 Die Beschwerdeführerin-Patentinhaberin rügt die Zulassung aller nach Ablauf der Einspruchsfrist von der Einsprechenden eingereichten Dokumente. Dazu hat die Kammer in ihrer Mitteilung nach Artikel 15(1) VOBK vorläufig wie folgt Stellung genommen:

"Nach ständiger Rechtssprechung entscheidet die Kammer nicht noch einmal selbst über die Zulassung von erstinstanzlich eingereichten Dokumenten, sondern überprüft nur die entsprechende Ermessenentscheidung der Einspruchsabteilung; siehe RSdBK, 10. Auflage, V.A. 3.4.1b).

Vorliegend hat die Einsprechende mit Schreiben vom

10. Februar 2021 D1n als weiteres Beweismittel für die von der Patentinhaberin in ihrer Einspruchserwiderung bestrittene Vorbenutzung D1 eingereicht sowie D13, eine niederländische Patentschrift. Mit dieser reagierte die Einsprechende auf einen Hilfsantrag 4, den die Patentinhaberin ebenfalls mit Einspruchserwiderung eingereicht hatte, und dessen unabhängiger Anspruch Merkmale aus der Beschreibung aufgriff."

"In der mündlichen Verhandlung hat die Einspruchsabteilung sämtliche dieser Dokumente als adäquate Reaktion auf Änderungen im Verfahren (vorläufige Meinung im Ladungszusatz und Hilfsantrag 4) zugelassen, siehe Abschnitt 3.2 der angefochtenen Entscheidung. Sie seien auch ohne explizite Benennung eindeutig zuzuordnen und mögliche Defizite in der Offenbarung von Dokumenten in Nicht-Amtssprachen gingen zu Lasten desjenigen, der sich auf sie berufe.

Die Kammer kann vorläufig keine fehlerhafte Ermessensausübung der Einspruchsabteilung erkennen. Bereits nach den Grundsätzen der prozeduralen Fairness und des rechtlichen Gehörs durfte sie der Einsprechenden eine zeitnahe Reaktion auf die von ihr weder zu verantwortenden, noch vorherzusehenden Änderungen im Verfahren nicht verwehren. Im übrigen merkt die Kammer an, dass die zugelassenen Dokumente faktisch Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens und Grundlage der Entscheidung geworden sind. Der Kammer ist nicht ganz klar, wie und auf welcher Rechtsgrundlage diese Fakten im Beschwerdeverfahren rückgängig gemacht werden könnten.

Aus den vorliegenden Gründen scheinen die von der Einspruchsabteilung zugelassenen Dokumente auch

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens zu sein."

3.2 Zu dieser vorläufigen Meinung hat sich die Beschwerdeführerin-Patentinhaberin nicht geäußert und in der mündlichen Verhandlung lediglich auf ihr diesbezügliches schriftliches Vorbringen verwiesen. Daher hält die Kammer an ihrer Feststellung fest, dass D1n und D13 Teil des Beschwerdeverfahrens sind.

4. **Geltend gemachte Vorbenutzung D1**

4.1 Die Kammer hat keine Zweifel, dass eine Produktionslinie für Croissants (D1) mit der Bestellnummer 6676 im Jahr 2004 von Appetit de France bei der Firma Rademaker B.V. der Beschwerdeführerin-Einsprechenden bestellt (D1a, D1c), an Appetit de France ausgeliefert, dort aufgebaut und in Betrieb genommen wurde (D1a, Seite 9; D1c, Seite 1). Da die Firma Rademaker B.V. ähnliche Produktionslinien auch an Mitbewerber von Appetit de France geliefert hat (siehe unten D2, D3), kann von einem freien Verkauf ohne Anzeichen für eine Geheimhaltungsvereinbarung ausgegangen werden.

Es wurde jedoch nicht zur Überzeugung der Kammer nachgewiesen, welche Merkmale diese Produktionslinie zu welchem Zeitpunkt im Einzelnen aufwies, insbesondere dass ein Verfahren mit den Merkmalen des erteilten Anspruchs 1 durch die geltend gemachte Vorbenutzung vor dem Prioritätszeitpunkt des Patents offenkundig geworden wäre.

4.2 Die Einspruchsabteilung hat dazu auf Seite 12, dritter und vierter Absatz ihrer Entscheidung pauschal festgestellt, diese Merkmale ergäben sich aus den Videos D1d, D1m, der Zeichnung D1b sowie der

Bedienungsanleitung D1e. Die Beschwerdeführerin-Einsprechende hat im Beschwerdeverfahren nichts zu deren Offenbarungsgehalt vorgetragen. Im Einspruchsverfahren ist sie auf den technischen Inhalt der Bedienungsanleitung D1e, eines Dokuments von 118 Seiten, nicht eingegangen, sondern lediglich auf den von D1b, D1c und D1d sowie mit einem Satz auf den des Videos D1m (siehe ihre Einspruchsschrift, Übergang von Seite 19 zu Seite 20).

- 4.2.1 Auf der technischen Zeichnung D1b ist lediglich eine geneigte Unterlage 730 ("transportbaan" in D1c, Seite 21) im Anschluss an eine Aufrolleinheit 725 ("oprolunit" in D1c, Seite 19) zu erkennen. Darauf hatte die Kammer bereits in Punkt 5.2 ihrer Mitteilung nach Artikel 15(1) VOBK hingewiesen.
- 4.2.2 Die einzigen Nachweise dafür, dass die beiden Videos D1d und D1m tatsächlich die an Appetit de France gelieferte Produktionslinie 6676 vor dem Prioritätszeitpunkt des Patents zeigen, sind die beiden Erklärungen D1l und D1n. Darin geben die Erklärenden übereinstimmend an, dass
- a) das Video D1d im Jahr 2006 an der Produktionsstätte von Appetit de France gedreht wurde (D1l, vorletzter Punkt auf Seite 1; D1n, erster Punkt auf Seite 2);
 - b) im Jahr 2006 Rademaker B.V. an der Produktionslinie einen Umbau ("modification") vorgenommen hat in Gestalt einer Verstellmöglichkeit für den Winkel und die Länge der ansteigenden Neigung, die eingesetzt wird, um die Croissants rückwärts rollen zu lassen (D1l, letzter Punkt auf Seite 1, D1n, zweiter Punkt auf Seite 2);
 - c) seit 2006 an dieser Produktionslinie abgesehen von dem Umbau und dem Ersatz von Verschleißteilen keine anderen Umbauten oder Änderungen vorgenommen wurden (D1l und D1n, vorletzter Punkt auf Seite 2);

d) das Video D1m im Jahr 2006 an der Produktionsstätte von Appetit de France gedreht wurde (D1l und D1n, letzter Punkt auf Seite 2).

zu a) und d)

Ausweislich der Metadaten der Dateien D1d und D1m (Properties/General) wurden die Videos nicht 2006 gedreht. Vielmehr wurde D1d demnach bereits am 16. Februar 2005 zuletzt geändert, D1m hingegen erst am 12. Juli 2019, also nach nach den Prioritätsdaten des Patents, 11. Februar 2011 und 9. November 2010, und auch nach dessen Anmeldetag, dem 11. Oktober 2011.

zu b)

Außer den Merkmalen "Neigungswinkel" und "Rückwärtsrollen" sind hier keine weiteren Merkmale eines Verfahrens zum Ausrichten von Croissants benannt, z.B. hinsichtlich des Drehsinns der Abrollbewegung in Wickelrichtung und der Schluslage, bei der der Schluss auf der Unterlage anliegt.

zu b) und c)

Die beiden in den Videos gezeigten Vorrichtungen weisen ganz erhebliche Unterschiede auf, die über die auf dem Foto D1i gezeigten Bauteile, die laut Beschwerdeführerin-Einsprechende einen nachträglich eingebauten Verstellmechanismus für den Neigungswinkel bilden sollen, hinausgehen. In D1m ist links oberhalb des rücklaufenden Bandes ein einseitig befestigter Zylinder zu erkennen, der in D1d wohl fehlt. Auch sind die beiden mit blauen Kappen bedeckten Enden der Umlenkrollen des Bandes in D1d und D1m völlig unterschiedlich gelagert.

4.2.3 Nähme man anhand der Aussagen in den Erklärungen D1l und D1n an, dass keine weiteren baulichen Veränderungen

vorgenommen wurden, so müssten folgerichtig D1d und D1m zwei verschiedene Produktionslinien zeigen, von denen man dann nicht wüsste, welche die angeblich vorbenutzte D1 mit der Bestellnummer 6676 sein soll. Ginge man andererseits davon aus, dass diese Aussagen ebenso wie die zu dem Entstehungsjahr der Videos nicht zutreffend wären, wäre die Glaubwürdigkeit der nicht eidesstattlichen, formlosen Erklärungen D1l und D1n insgesamt erschüttert. Wie die Beschwerdeführerin-Patentinhaberin darlegt (Seite 5 der Beschwerdebeurteilung), handelt es sich hierbei wegen ihres fast identischen Wortlauts zudem um offensichtlich vorformulierte Erklärungen, die nie durch entsprechende Angebote einer Zeugeneinvernahme der Erklärenden untermauert wurden, und deren Beweiswert entsprechend gering einzustufen ist.

4.2.4 Die Beschwerdeführerin-Einsprechende trug in der mündlichen Verhandlung zu **T0864/22** vor, die Metadaten von D1m hätten sich durch Kopier- und Übertragungsvorgänge der Video-Datei geändert. Dies mag für das Erstellungsdatum ("Created") einer Kopie und das letzte Zugriffsdatum ("Accessed") zutreffen, scheint der Kammer aber nicht plausibel für das letzte Bearbeitungsdatum ("Modified"). Dieses mag vielleicht verloren gehen, die Kammer bezweifelt jedoch, dass es durch bloßes Kopieren oder Übertragen der Datei systematisch überschrieben wird. Andernfalls wäre das auch bei dem Video D1d passiert, bei dem jedoch offensichtlich das ursprüngliche Gestehungsdatum (16. Februar 2005) unter "Modified" erhalten geblieben ist.

Unabhängig davon verbleiben die zahlreichen Unterschiede der in D1d und D1m gezeigten Vorrichtungen, für die die Beschwerdeführerin-Einsprechende auch in der mündlichen Verhandlung zu

T0864/22 keine Erklärung geliefert hat, obwohl die Kammer bereits in Punkt 5.3 ihrer Mitteilung nach Artikel 15(1) VOBK darauf hingewiesen hatte.

- 4.2.5 Daher sind die in den Videos D1d und D1m, auf deren Offenbarungsgehalt sich die Einspruchsabteilung überwiegend stützte (siehe Abschnitt 5.1.2 der angefochtenen Entscheidung), gezeigten Vorrichtungen nicht zur Überzeugung der Kammer mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit vor dem Prioritätszeitpunkt des Patents öffentlich zugänglich gemacht worden.
- 4.3 In der mündlichen Verhandlung zu **T0864/22** trug die Beschwerdeführerin-Einsprechende erstmals vor, eine Vorrichtung mit den dort beanspruchten Merkmalen gemäß Anspruch 1, d.h. mit geneigter, eine gewünschte Hangabtriebskraft induzierender Unterlage, ließe sich auch dem Inhalt der Dokumente D1a (Abschnitt V), D1g (Punkte 12 und 15), D1h und D1i entnehmen. Dies sei kein neues Vorbringen, denn die Einspruchsabteilung hätte über den Gesamtkontext aller zu D1 vorgelegten Beweismittel entschieden, und die Beschwerdeführerin-Einsprechende hätte zu diesen Dokumenten im Einspruchsverfahren Stellung genommen. Sie gehe davon aus, dass die Kammer sich auch mit ihren dort vorgetragenen Argumenten vertraut gemacht habe.
- 4.3.1 Wie oben in den Punkten 4.2 und 4.2.5 dargelegt, hat die Einspruchsabteilung den technischen Inhalt dieser Dokumente nicht in ihrer Entscheidung berücksichtigt. Die Beschwerdeführerin-Einsprechende geht zudem fehl in der Annahme, ihr erstinstanzliches Vorbringen wäre automatisch oder durch bloßen Verweis Bestandteil des Beschwerdeverfahrens geworden, siehe RSdBK, 10. Auflage, V.A.1.1, V.A.2.6.5. Laut Artikel 12(3) VOBK

müssen die Beschwerdebegründung und die Erwiderung auf die Beschwerde der Patentinhaberin das vollständige Vorbringen der Beschwerdeführerin-Einsprechenden enthalten. Sie sollen ausdrücklich alle geltend gemachten Tatsachen, Argumente und Beweismittel anführen.

4.3.2 Demnach handelt es sich bei der auf D1a, D1g, D1h, D1i gestützten Argumentationslinie, die erst in der mündlichen Verhandlung vor der Kammer durch Verweis auf ihren entsprechenden Vortrag zu **T0864/22** vorgebracht wurde, um eine Änderung des Vorbringens der Beschwerdeführerin-Einsprechenden im Sinne von Artikel 12(4) VOBK.

Eine solche Änderung nach Zugang der Ladung bleibt nach Artikel 13(2) VOBK grundsätzlich unberücksichtigt, es sei denn, die Beschwerdeführerin-Einsprechende hätte stichhaltige Gründe dafür aufgezeigt, dass außergewöhnliche Umstände vorlägen.

4.3.3 Die von der Beschwerdeführerin-Einsprechenden genannten Gründe und Umstände, nämlich dass die Kammer in ihrer Mitteilung nach Artikel 15(1) VOBK den Inhalt der Videos D1d und D1m nicht als vorveröffentlichte, neuheitsschädliche Offenbarung anerkannte, sind für die Kammer weder stichhaltig, noch außergewöhnlich. Sie hat sich in ihrer Mitteilung lediglich vorläufig der diesbezüglichen Ansicht der Beschwerdeführerin-Patentinhaberin angeschlossen, die der Beschwerdeführerin-Einsprechenden lange vorher bekannt war. Dennoch hat die Beschwerdeführerin-Einsprechende zu diesen Fragen niemals schriftlich Stellung bezogen, weder in Antwort auf die Beschwerdebegründung der Patentinhaberin, noch in Reaktion auf die Mitteilung der Kammer. Weil sie erkannt habe, dass sie mit ihrer ursprünglichen Argumentationslinie bei der Kammer nicht

unmittelbar durchdringen könne, sah sie nach eigenem Bekunden die mündliche Verhandlung als ein geeignetes Forum an, um stattdessen erstmals alternative Argumente zu präsentieren und zu diskutieren.

- 4.3.4 Dies steht aber in offensichtlichem Widerspruch zu den Vorgaben der Verfahrensordnung und dem Ziel und Zweck ihrer Überarbeitung, nämlich die Effizienz zu steigern, indem die Zahl der zu verhandelnden Angelegenheiten reduziert wird, die Vorhersehbarkeit für die Beteiligten zu verbessern und die Harmonisierung zu fördern, siehe hierzu Zusatzpublikation 2, ABl.EPA, 2020, Vorwort. Dass das vorrangige Ziel des Beschwerdeverfahrens darin besteht, die angefochtene Entscheidung gerichtlich zu überprüfen (siehe auch RSdBK, 10.Auflage, 2022, V.A.4.1.2), hat unter anderem zur Folge, dass die Beteiligten im Verlauf des Beschwerdeverfahrens immer weniger Möglichkeiten zur Änderung ihres Vorbringens erhalten. Dies kommt insbesondere im sogenannten "Konvergenzansatz" zum Ausdruck, dessen drei Stufen in den überarbeiteten Artikeln 12(4), 13(1) und 13(2) VOBK 2020 geregelt sind. Das Grundprinzip für die dritte Stufe des Konvergenzansatzes nach Erhalt der Ladung zur mündlichen Verhandlung ist, dass in dieser Phase des Verfahrens Änderungen am Beschwerdevorbringen eines Beteiligten nicht mehr berücksichtigt werden. Hiervon wird lediglich dann eine Ausnahme gemacht, wenn ein Beteiligter zwingende Gründe aufzeigt, die eindeutig rechtfertigen, dass die Umstände, die zu der Änderung geführt haben, in diesem Verfahren tatsächlich außergewöhnlich sind ("stichhaltige Gründe").

- 4.3.5 Da die Beschwerdeführerin-Einsprechende keine stichhaltigen Gründe aufzeigen konnte, dass außergewöhnliche Umstände vorlagen, sind die

Voraussetzungen des Artikels 13(2) VOBK vorliegend nicht erfüllt. Daher lässt die Kammer das geänderte, auf D1a, D1g, D1h, D1i gestützte Vorbringen der Beschwerdeführerin-Einsprechenden nicht zum Verfahren zu.

- 4.4 Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass nicht nachgewiesen werden konnte, welche Vorrichtung D1 mit welchen Merkmalen zu welchem Zeitpunkt offenkundig vorbenutzt worden ist, mit anderen Worten, was genau wann zum Stand der Technik nach Artikel 54 EPÜ gehörte.

5. Zulassung von neuem Vorbringen im Beschwerdeverfahren und Antrag auf Zurückverweisung

- 5.1 In ihrer Beschwerdebegründung trägt die Einsprechende erstmals folgende neue Einwände gegen Anspruch 1 gemäß Hilfsantrag III (aufrechterhaltene Fassung) vor:
- mangelnde Neuheit gegenüber D2 und D15
 - mangelnde erfinderische Tätigkeit ausgehend von D1 in Kombination mit D10A und D14
 - mangelnde erfinderische Tätigkeit ausgehend von D2 in Kombination mit D10A, D13, D14.
- Ferner macht sie für Anspruch 3 des Hilfsantrags III erstmals im Beschwerdeverfahren fehlende Neuheit gegenüber D15 und mangelnde erfinderische Tätigkeit ausgehend von D3 in Kombination mit D10A, D13 und D15 sowie ausgehend von D2 in Kombination mit D15 geltend.
- 5.2 Auch wenn die Beschwerdeführerin-Einsprechende sich nicht zum Hauptantrag der Beschwerdeführerin-Patentinhaberin geäußert hat, bestehen diese Einwände logischerweise auch gegen dessen breiter gefasste Ansprüche 1 und 3 (erteilte Fassung). Die Kammer stellt aber fest, dass die Beschwerdeführerin-Einsprechende für Anspruch 1 des Hauptantrags (erteilte Fassung)

erstinstanzlich nur die Neuheit gegenüber D2 bemängelt hat, siehe ihre Einspruchsschrift, Seiten 20/21, mit Bezugnahme auf die Dokumente D2a, D2b und die Filme D2d und D2e. Die erstmals mit Beschwerdebegründung von der Beschwerdeführerin-Einsprechenden vorgelegten Dokumente D10A, D14 und D15 und die darauf basierenden Einwände sind aber Änderungen des Vorbringens im Sinne von Artikel 12(2), (4) VOBK, deren Zulassung im Ermessen der Kammer liegt.

5.2.1 D10A

In der Einspruchsschrift ist ein Dokument D10 EP2236039 als Stand der Technik genannt (Seite 13, Zeilen 37/38) und mit der Einspruchsschrift als Patentschrift EP 2 236 039 **B1** überreicht worden. In der mündlichen Verhandlung vor der Einspruchsabteilung trug die Beschwerdeführerin-Einsprechende zu D3 in Kombination mit D10 vor, siehe Abschnitt 8.13 des Protokolls. Auf den Hinweis, dass D10 als zwischenveröffentlichtes Dokument Stand der Technik im Sinne von Artikel 54(3) EPÜ sei und nicht zur Beurteilung der erfinderischen Tätigkeit herangezogen werden könne, berief sie sich darauf, in ihrer Einspruchsschrift nur die Veröffentlichungsnummer ("Anmeldenummer") genannt und damit auch die Offenlegungsschrift ("A1 Schrift") eingeführt zu haben, die sie jedoch weder physisch einreichte, noch deren Zulassung sie beantragte, siehe Entscheidungsgrund 11.2.

Mit ihrer Beschwerdebegründung legt sie D10A zunächst kommentarlos als weiteres Dokument vor und erläutert dann auf Seite 3, 2. Absatz ihres Schreibens vom 3. Februar 2023, sie hätte D10A aus Gründen der Verfahrenökonomie nicht im Einspruchsverfahren vorgelegt und D10A wäre zurückgewiesen worden, obwohl es prima facie relevant sei ("was refused despite being

prima facie relevant").

Die Kammer konnte weder in der Entscheidung, noch im Protokoll der mündlichen Verhandlung einen Hinweis auf eine Vorlage der D10A im Einspruchsverfahren oder auf deren Nichtzulassung wegen mangelnder Relevanz entdecken.

5.2.2 D14

Für die Einreichung von D14 hat die Beschwerdeführerin-Einsprechende keinen gemäß Artikel 12(4), 2. Absatz VOBK erforderlichen Grund angegeben.

5.2.3 D15

Auf Seite 2, oben des bereits erwähnten Schreibens vom 3. Februar 2023 nennt die Beschwerdeführerin-Einsprechende die Nichtberücksichtigung von D3 durch die Einspruchsabteilung sowie deren nicht vollständige Anerkennung des Offenbarungsgehalts von D1 und D2 als Gründe, die die Einführung von D15 rechtfertigen würden. Die Kammer kann hier keinen Zusammenhang zwischen den Inhalten dieser Dokumente und dem der D15 erkennen. Zudem hatte die Einspruchsabteilung bereits in Abschnitt 6.2 ihres Ladungszusatzes den Nachweis der geltend gemachten Vorbenutzungen D1, D2, D3, D5, D6, D8 und D9 als nicht erbracht angesehen.

5.2.4 Zu den obigen Umständen und Gründen, soweit vorhanden, hat die Kammer bereits in Punkt 4.2 ihrer Mitteilung nach Artikel 15(1) VOBK entsprechend Stellung genommen, wozu sich die Beschwerdeführerin-Einsprechende im späteren Verfahren nicht mehr geäußert hat. Die Kammer hält diese Gründe daher nach wie vor nicht für maßgeblich, weil sie weder eine Reaktion auf unvorhergesehene Aspekte des erstinstanzlichen Verfahrensablaufs, noch der angegriffenen Entscheidung,

noch sonstige außergewöhnliche Umstände betreffen. Daher lässt die Kammer die Dokumente D10A, D14 und D15 und mit ihnen alle neuen, auf sie gestützten Einwände in Ausübung ihres Ermessens nach Artikel 12(4) VOBK nicht zum Verfahren zu.

Wenn die Beschwerdeführerin-Einsprechende, wie sie anführt, D10A, D14 und D15 als prima facie relevant erachtet, hätte sie sie bereits im Einspruchsverfahren vorlegen können. Rechtfertigende Umstände im Sinne von Artikel 12(6) VOBK liegen ebenfalls nicht vor.

- 5.3 Mangelnde erfinderische Tätigkeit ausgehend von D2 wird ebenso ohne Angabe von Gründen seitens der Beschwerdeführerin-Einsprechenden erstmals im Beschwerdeverfahren geltend gemacht. Daher lässt die Kammer dieses geänderte Vorbringen aus entsprechenden Erwägungen wie oben nicht zum Verfahren zu, Artikel 12(4), (6) VOBK.
- 5.4 Da die Kammer D10A, D14 und D15 nicht zum Verfahren zulässt, erübrigt sich eine Zurückverweisung zum Zwecke ihrer Berücksichtigung in einem erneuten erstinstanzlichen Verfahren. Im übrigen stellt die Einreichung von Änderungen im Beschwerdeverfahren grundsätzlich keinen besonderen Grund nach Artikel 11 VOBK dar, der eine Zurückverweisung rechtfertigen würde. Andernfalls könnten sämtliche Präklusionsvorschriften der VOBK mit einem Antrag auf Zurückverweisung umgangen werden. Sollte ihr auf Seite 2, erster Absatz des Schreibens vom 3. Februar 2023 etwas unklar formulierter Zurückverweisungsantrag sich auch auf für die Beschwerdeführerin-Einsprechende negativen Aspekte der angefochtenen Entscheidung erstrecken (keine Anerkennung der geltend gemachten Vorbenutzung D3 sowie sämtlicher angeblich in D1 und D2 offenbarten

Merkmale), so wäre ihm ebenso wenig stattzugeben. Das zur Überprüfung solcher Aspekte gesetzlich vorgesehene Verfahren ist das Beschwerdeverfahren, Artikel 106(1), 107 EPÜ, nicht die Wiederholung des Einspruchsverfahren.

6. Hauptantrag - Anspruch 1- Neuheit gegenüber D2

6.1 Mit den Dokumenten D2a, D2b und D2c soll nachgewiesen werden, dass eine im ersten Trimester 2010 von Rademaker B.V. an Bridor SAS ausgelieferte Produktionslinie mit der Seriennummer 7378 (D7, Brückenabsatz Seiten 1/ 2) eine Vorrichtung aufwies, mit der ein Verfahren mit den Merkmalen des Anspruchs 1 gemäß Hauptantrag (erteilte Fassung) durchgeführt wurde. Aus folgenden Gründen ist die Kammer aber nicht davon überzeugt, dass das Verfahren des erteilten Anspruchs 1 eindeutig und unmittelbar aus diesen Dokumenten hervorgeht.

6.2 In der Bestellbestätigung D2a ist unter Punkt 28 von einer Wickeleinheit für Croissants die Rede und unter Punkt 29 von einem Transportband ("convoyeur"), das mit einer Einstellung von Höhe und Länge ausgestattet ist, um die Positionierung des Schlusses der Croissants zu unterstützen. Dies stellt keine eindeutige und unmittelbare Offenbarung der beanspruchten geeigneten Unterlage dar, auf der die Teigprodukte abrollen können, wobei der Drehsinn der Abrollbewegung ihrer Wickelrichtung entspricht, und die Abrollbewegung stoppt, wenn der Schluss die Unterlage berührt.

6.2.1 Eine Einstellung von Länge und Höhe muss nicht zwangsläufig in einer Einstellung der Neigung resultieren. Eine Einstellung der Höhe kann nach der Beschwerdeführerin-Patentinhaberin auch eine

Einstellung einer Fallhöhe auf das Transportband sein, und eine Einstellung der Länge unabhängig davon erfolgen, um Änderungen anderer Komponenten der Produktionslinie auszugleichen, wie die Beschwerdeführerin-Einsprechende selbst erläutert. Desweiteren ist eine allgemeine *Positionierung* des Schlusses nicht mit einem Kontakt des Schlusses mit der Unterlage gleichzusetzen, sondern kann beispielsweise auch eine Positionierung auf der Unterseite des Croissants meinen, wie in Fig. 3 der D13 dargestellt. So scheinen z.B. auch im Video D3e Croissants so auf ein niedrigeres Transportband zu *fallen*, dass sie auf ihrem Schluss zu liegen kommen.

- 6.2.2 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin-Einsprechenden stellt D13 als Patentschrift an sich weder einen Beleg oder ein Beispiel für Fachwissen dar, noch können die Beschwerdeführerin-Patentinhaberin und alle Kammermitglieder der in Niederländisch abgefassten D13 die beanspruchten Merkmale als übliche Ausführung einer Höhen- und Längenverstellung nach D2a entnehmen. Im Gegenteil ist dort in keiner der Figuren eine geneigte Unterlage zu sehen, auf der Croissants abrollen könnten. Fig. 3 zeigt eine Positionierung des Schlusses als tiefsten Punkt des Croissants, nicht in (Erst-)Kontakt mit der Unterlage nach einem Abrollen des Croissants.
- Selbstverständlich ist die Beschwerdeführerin-Einsprechende nicht verpflichtet, schriftliche Beweismittel in einer der Amtssprachen einzureichen. Allerdings obliegt es jeder Partei, die Tatsachen, auf die sie sich beruft - hier Passagen aus D13 - zu beweisen, RSdBK, 10. Auflage, III.G.5.1.1. Es ist nicht Aufgabe der Kammer, eine Partei auf geeignete Beweismittel, also gegebenenfalls eine Übersetzung, aufmerksam zu machen, geschweige denn, solche

einzufordern. Dies könnte im Gegenteil zurecht als Parteilichkeit angesehen werden. Im vorliegenden Fall hatte überdies bereits die Einspruchsabteilung auf Seite 9, sechster Absatz ihrer Entscheidung auf den eingeschränkten Offenbarungsgehalt von Dokumenten in niederländischer Sprache hingewiesen.

6.2.3 Die Beschwerdeführerin-Einsprechende argumentiert in der mündlichen Verhandlung zu **T0864/22**, der Fachmann sei wohl grundsätzlich in der Lage, die beanspruchte Erfindung auszuführen, also die Neigung einer Unterlage so einzustellen, dass die gewünschte Wirkung eines Abrollens bis zur definierten Schlussposition in Kontakt mit der Unterlage erzielt wird, obwohl im Streitpatent keine exakten Winkelangaben gemacht würden. Folglich würde er auch die in D2a enthaltenen Angaben so umsetzen.

Ob der Fachmann in der Lage ist, die Neigung in der D2a so einzustellen, dass die Wirkung nach dem erteilten Anspruch 1 erzielt wird, ist aber irrelevant für die Frage, ob die D2a eine solche Neigung und Wirkung eindeutig und unmittelbar offenbart.

6.3 In der der Kammer vorliegenden Fassung der technischen Zeichnung D2b ist bei der Teilenummer 29, soweit diese überhaupt mit der Listenummer 29 der D2a für das Transportband übereinstimmt, keine geneigte Unterlage zu erkennen. Auch aus dem Pixelsprung, auf den sich die Beschwerdeführerin-Einsprechende in der mündlichen Verhandlung zu **T0864/22** beruft, kann nicht unmittelbar und eindeutig auf eine Neigung geschlossen werden. Selbst bei 600facher Vergrößerung in Adobe Acrobat DC/Reader ändert sich die Auflösung nicht. Falls, wie die Beschwerdeführerin-Einsprechende geltend macht, die Zeichnung mit höherer Auflösung lediglich mit einem anderen Viewer bei bestimmter Tastenkombination gezeigt

würde, hätte sie dies sehr viel früher und nicht erst in der mündlichen Verhandlung vor der Kammer zu **T0864/22** vorbringen müssen. Zudem ist es weder der Kammer, noch der anderen Partei in der mündlichen Verhandlung zu **T0864/22** gelungen, D2b unter Befolgung der Anweisungen der Beschwerdeführerin-Einsprechenden in höherer Auflösung auf ihren Rechnern darzustellen. Somit vermag die Kammer nichts anderes zu schließen, als dass D2b, wie eingereicht, die genannten Merkmale nicht eindeutig und unmittelbar offenbart.

- 6.4 Im siebten Punkt auf Seite 1 von D2c erklärt ein Angestellter der Beschwerdeführerin-Einsprechenden, Herr van Wees, alle vier zuvor erwähnten Produktionslinien, unter ihnen D2 mit der Bestellnummer 7378, hätten ein Transportband mit der *Möglichkeit* ("possibility") aufgewiesen, Winkel und Länge der ansteigenden Neigung zu ändern/zu regulieren, um die Croissants rückwärts zu ihrer Schlussposition ("to their tip position") rollen zu lassen, "und/oder" die *Möglichkeit* aufgewiesen, die Geschwindigkeiten zweier aneinander anschließender Förderbänder unabhängig voneinander einzustellen. Zum einen geht daraus schon nicht eindeutig hervor, dass D2 überhaupt einen Verstellmechanismus für Winkel bzw. Neigung des Transportbandes aufwies. Selbst wenn die Verstellmöglichkeit mit der in D2a erwähnten Einstellung von Länge und Höhe des Transportbandes übereinstimmte, ginge daraus noch immer nicht unmittelbar und eindeutig hervor, dass diese Vorrichtung tatsächlich so eingestellt war, dass das Verfahren gemäß Anspruch 1 ausgeführt wurde.
- 6.5 Die im ersten Punkt auf Seite 2 von D2c erwähnten Filme D1d und D1e datieren unbestritten 10 Jahre nach dem Verkauf der Produktionslinie 7378 im Jahr 2009 und

somit nach dem Prioritätsdatum des Patents. Wie im Fall von D1 wird dazu pauschal erklärt, dass an der in D1d und D2e zu sehenden Produktionslinie seit 2009 keine weiteren Umbauten oder Veränderungen erfolgt sind. Allerdings ist zu Beginn von D2d ein Informationsschild vom November 2018 zu sehen, auf das die Kammer in Punkt 6.3 ihrer Mitteilung hingewiesen hat. Was genau in D1d und D1e zu sehen ist, und inwieweit es seit 2009 völlig unverändert ist, konnte nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abschließend geklärt werden, auch weil die Beschwerdeführerin-Einsprechende in der mündlichen Verhandlung zu **T0864/22** einen Nachweis der Vorbenutzung D2 ohne Rückgriff auf die beiden Filme erbringen wollte. Darüber hinaus ist der Unterzeichner der formlosen Erklärung D2c, Herr van Wees, obwohl er bei beiden mündlichen Verhandlungen (**T0864/22** und **T0866/22**) anwesend war, nie als Zeuge benannt und entsprechender Beweis angeboten worden.

Die weitere Erklärung D7 enthält keine Einzelheiten zur Vorrichtung oder Informationen zu den Filmen.

Diese Beweismittel können somit nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit belegen, dass die geltend gemachte Vorbenutzung D2 alle Merkmale des beanspruchten Verfahrens nach Anspruch 1 aufwies.

6.6 Die Kammer schließt aus diesen Gründen, dass das Verfahren des Anspruchs 1 neu ist im Sinne von Artikel 54(1), (2) EPÜ gegenüber der technischen Offenbarung der angezogenen D2a, D2b und D2c.

7. **Hauptantrag - Anspruch 1 - erfinderische Tätigkeit ausgehend von D1**

Da die Kammer die Offenkundigkeit der geltend gemachten

Vorbenutzung D1 nicht anerkannt hat, ist D1 kein Stand der Technik, auf den ein Einwand mangelnder erfinderischer Tätigkeit gestützt werden könnte. Die Beschwerdeführerin-Einsprechende hat davon abgesehen, in der mündlichen Verhandlung zu **T0864/22** zur erfinderischen Tätigkeit des Gegenstands von Anspruch 1 gemäß Hauptantrag ausgehend von D1 in Kombination mit D13 vorzutragen. Andere Argumentationslinien in Kombination mit D10A und D14 sind überdies nicht zum Beschwerdeverfahren zugelassen worden, siehe oben Punkt 5.

Daher schließt die Kammer, dass das Verfahren des Anspruchs 1 gemäß Hauptantrag unter Berücksichtigung der zu D1 zitierten Dokumente auf erfinderischer Tätigkeit im Sinne von Artikel 56 EPÜ beruht.

8. **Hauptantrag - Anspruch 2 - erfinderische Tätigkeit**

8.1 Die Kammer hat in ihrer Mitteilung nach Artikel 15(1) VOBK zur erfinderischen Tätigkeit des Anspruchs 2 folgende vorläufige Ansicht geäußert:

"Die Beschwerdeführerin-Einsprechende scheint nicht darzulegen, warum und wie der Fachmann das Verfahren des Anspruchs 2 auf naheliegende Weise aus dem Stand der Technik erhält - einmal dahingestellt, ob D1, D2 und D3 überhaupt zum Stand der Technik gehören. Dies kann durch einen pauschalen Verweis auf die Einheitlichkeit der in den Ansprüchen 1 und 2 definierten Erfindungen wie auf Seite 5 ihrer Beschwerdebegründung nicht ersetzt werden. Damit scheint das Vorliegen der Voraussetzungen des Artikels 100a) EPÜ i.V.m. Artikel 56 EPÜ hinsichtlich erfinderischer Tätigkeit nicht substantiiert worden zu sein.

Im übrigen scheint der direkte Zusammenhang zwischen Einheitlichkeit und erfinderischer Tätigkeit, auf den sich die Beschwerdeführerin-Einsprechenden beruft, nicht zu bestehen. Auch einheitliche unabhängige Ansprüche sind nicht identisch, sondern weisen unterschiedliche Merkmale auf, die jeweils erfinderische Tätigkeit begründen können oder nicht.

Da sich die zusätzlichen Merkmale des Anspruchs 2 bezüglich des Bürstenantriebs nicht in naheliegender Weise aus D1, D2 oder D3 ableiten zu lassen scheinen, scheint sein Verfahren auf erfinderischer Tätigkeit zu beruhen."

- 8.2 Hierzu erfolgte keine Stellungnahme der Beschwerdeführerin-Einsprechenden, weder schriftlich, noch in der mündlichen Verhandlung, so dass die Kammer bestätigt, dass das Verfahren des Anspruchs 2 gemäß Hauptantrag auf erfinderischer Tätigkeit im Sinne von Artikel 56 EPÜ beruht.

9. **Ergebnis**

Mit ihrer Beschwerde ficht die Patentinhaberin letztlich erfolgreich die Feststellung der Einspruchsabteilung an, das Verfahren des erteilten Anspruchs 1 sei nicht neu gegenüber der von der Einsprechenden geltend gemachten Vorbenutzung D1. Somit ist die Entscheidung aufzuheben. Keiner der weiteren, zum Verfahren zugelassenen Einwände, die die Einsprechende mit ihrer Beschwerde erhebt, steht der Aufrechterhaltung des Patents in erteilter Fassung entgegen, Art 101(2) EPÜ, zweiter Satz.

Entscheidungsformel

Aus diesen Gründen wird entschieden:

1. Die angefochtene Entscheidung wird aufgehoben.
2. Das Patent wird in unveränderter Fassung aufrechterhalten.

Der Geschäftsstellenbeamte:

Der Vorsitzende:



G. Magouliotis

A. de Vries

Entscheidung elektronisch als authentisch bestätigt