



**Interner Verteilerschlüssel:**

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

**Datenblatt zur Entscheidung  
vom 10. Juli 2018**

**Fallnummer:** R 0001/17  
**Beschwerde-Aktenzeichen:** T 1789/12 - 3.4.02  
**Veröffentlichungsnummer:** 0882955  
**IPC:** G01F23/284  
**Verfahrenssprache:** DE

**Bezeichnung der Erfindung:**

Mit Mikrowellen arbeitendes Füllstandsmessgerät

**Patentinhaberinnen:**

Endress + Hauser GmbH + Co. KG  
Endress+Hauser (Deutschland) AG+Co. KG

**Einsprechende:**

ifm electronic gmbh

**Stichwort:**

Überprüfungsantrag/IFM ELECTRONIC

**Relevante Rechtsnormen:**

EPÜ Art. 112a(2)c), 113(1),  
EPÜ R. 106, 109(2)b)

**Schlagwort:**

„Verletzung des rechtlichen Gehörs (nein) - Äußerungsrecht  
gewährleistet - aktive Rolle der Parteien erforderlich“  
„Überprüfungsantrag als unbegründet zurückgewiesen“

**Zitierte Entscheidungen:**

R 0002/08, R 0012/09, R 0015/10, R 0006/11, R 0009/11,  
R 0013/11, R 0012/12, R 0001/13, R 0017/12

**Orientierungssatz:**

-



**Große Beschwerdekammer**  
**Enlarged Board of Appeal**  
**Grande Chambre 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

Fallnummer: R 0001/17

**E N T S C H E I D U N G**  
**der Großen Beschwerdekammer**  
**vom 10. Juli 2018**

**Antragstellerin:**  
(Einsprechende)

ifm electronic gmbh  
Friedrichstraße 1  
D - 45128 Essen

**Vertreter:**

Michalski Hüttermann & Partner Patentanwälte mbB  
Speditionstraße 21  
D - 40221 Düsseldorf

**Antragsgegnerinnen:**  
(Patentinhaberinnen)

Endress + Hauser GmbH + Co. KG  
Hauptstraße 1  
D - 79689 Maulburg

Endress+Hauser (Deutschland) AG+Co. KG  
Colmarer Straße 6  
D - 79576 Weil am Rhein

**Zu überprüfende Entscheidung:**

**Entscheidung der Technischen Beschwerdekammer  
T 1789/12 des Europäischen Patentamts vom  
29. November 2016.**

**Zusammensetzung der Kammer:**

**Vorsitzender:** C. Josefsson  
**Mitglieder:** G. Weiss  
W. Chandler  
R. Moufang  
W. Sekretaruk

## **Sachverhalt und Anträge**

- I. Der Antrag auf Überprüfung betrifft die Entscheidung der Beschwerdekammer 3.4.02 vom 29. November 2016 in dem Verfahren T 1789/12. Bei der Antragstellerin handelt es sich um die Einsprechende und Beschwerdeführerin. Mit der genannten Entscheidung hat die Beschwerdekammer die Beschwerde zurückgewiesen.
- II. Die schriftliche Entscheidung der Beschwerdekammer wurde den Parteien mit Schreiben vom 22. Dezember 2016 per Post zugestellt. Der Überprüfungsantrag gegen die der Beschwerdeführerin (nachstehend „Antragstellerin“) zugestellte Entscheidung der Beschwerdekammer wurde am 7. Februar 2017 unter gleichzeitiger Entrichtung der Überprüfungsgebühr sowie der Begründung des Antrags eingereicht.
- III. Das Überprüfungsverfahren ist auf die Verletzung des rechtlichen Gehörs gestützt (Artikel 112a (2) c) EPÜ). Es wird geltend gemacht, dass die Schlussfolgerung der Beschwerdekammer, die in den Abschnitten [0010] bis [0012] der Patentschrift beschriebenen Messgeräte gehörten nicht zum Stand der Technik, weder schriftlich noch mündlich diskutiert worden war und damit der Anspruch der Antragstellerin auf rechtliches Gehör nach Artikel 113 (1) EPÜ in schwerwiegender Weise verletzt wurde.
- IV. Die Große Beschwerdekammer in der Besetzung nach Regel 109 (2) a) EPÜ entschied am 11. Januar 2018, den Antrag der Großen Beschwerdekammer in der Besetzung gemäß Regel 109 (2) b) EPÜ vorzulegen. Daraufhin wurde eine Aufforderung zur Stellungnahme an die andere Partei

(Patentinhaberinnen und Beschwerdegegnerinnen)  
zugestellt, die mit Schreiben vom 28. März 2018 zu dem  
Überprüfungsantrag Stellung nahm.

V. Am 6. Juni 2018 wurden die Parteien zur mündlichen  
Verhandlung vor der Großen Beschwerdekammer am 10. Juli  
2018 geladen.

VI. Die Begründung des Überprüfungsantrags durch die  
Antragstellerin lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- Die Frage, ob die in den Abschnitten [0010] bis [0012]  
der Patentschrift beschriebenen Messgeräte zum Stand  
der Technik gehören oder nicht, wurde in dem gesamten  
Verfahren einschließlich des erstinstanzlichen  
Einspruchsverfahrens nicht diskutiert. Auch in der  
ausführlichen Ladung der Beschwerdekammer zur  
mündlichen Verhandlung wurde dieser Punkt nicht  
angesprochen. In der mündlichen Verhandlung vor der  
Beschwerdekammer haben die Patentinhaberinnen  
(Beschwerdegegnerinnen) laut Entscheidungsgründen Nr.  
3.6.3 ausgeführt, dass die beschriebenen Messgeräte  
nicht zum Stand der Technik gehören. Die  
Beschwerdekammer stufte den Inhalt dieser Absätze  
[0010] bis [0012] nicht als Stand der Technik ein.  
Dies ist auch aus den Entscheidungsgründen 3.6.6,  
3.6.7 und 3.7.3 zu entnehmen.
- Die für die Einsprechende in der mündlichen  
Verhandlung vor der Beschwerdekammer anwesenden  
Personen, die Herren Feuerstein und Hoch, können sich  
nicht erinnern, dass die Patentinhaberinnen  
vorgebracht hatten, dass, wie in der Entscheidung  
ausgeführt (vgl. Entscheidungsgründe Nr. 3.6.3), es

wohl die Meinung des Erfinders gewesen sei, dass es sich bei den in den genannten Absätzen beschriebenen Messgeräten um Stand der Technik gehandelt hätte, sowie dass der Erfinder nicht mehr erreichbar gewesen sei. Entsprechende Erklärungen der Herren Feuerstein und Hoch wurden dem Überprüfungsantrag als Anlagen Ü1 und Ü2 beigelegt.

- Die Frage, ob der Inhalt der Absätze [0010] bis [0012] zum Stand der Technik gehört oder nicht, war in hohem Maße entscheidungserheblich für die Entscheidung über die Einspruchsbeschwerdesache. Sollte er zum Stand der Technik gehören, wäre das Patent zu widerrufen. Aus der Entscheidungsbegründung ergibt sich, dass das (angebliche) Vorbringen der Patentinhaberinnen, der Erfinder habe die entsprechenden Angaben gemacht, er sei aber nicht mehr auffindbar, für die Entscheidung der Beschwerdekammer unmittelbar entscheidungserheblich gewesen ist. Die Einsprechende und nun Antragstellerin konnte sich jedoch zu diesem wichtigen Punkt nicht äußern, weil er in der mündlichen Verhandlung nicht diskutiert wurde. Sie ist somit von diesem Vorbringen, das erstmals in der Entscheidungsbegründung aufscheint, überrascht und in ihrem Recht auf rechtliches Gehör verletzt worden (s. R 16/13). Überdies weiche die Entscheidung von anderen früheren Entscheidungen ab. So wurde in T 1449/05 eine analoge, erst in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Argumentation der Patentinhaberin nicht akzeptiert.
  
- Aus der Tatsache, dass zum ersten Mal derartige Ausführungen in der Entscheidung selbst erscheinen,

folgt, dass eine Rüge gemäß Regel 106 EPÜ nicht möglich war.

VII. Die Antragsgegnerinnen (Patentinhaberinnen) haben wie folgt vorgetragen:

- Eine Diskussion, ob die Abschnitte [0010]-[0012] zum Stand der Technik nach Artikel 54 (2) EPÜ zu rechnen sind, hat im gesamten Verfahren (Einspruchsschrift, Entscheidung der Einspruchsabteilung, Beschwerdebegründung) bis zu dem von der Beschwerdeführerin und nun Antragstellerin eingereichten Schriftsatz vom 28. Oktober 2016 nicht stattgefunden. Erst mit dem letztgenannten Schriftsatz wurde erstmals ein Angriff, gestützt auf das Dokument D1 i.V.m. dem Dokument D12 (D12 wurde im Gegensatz zu der Einspruchsabteilung von der Beschwerdekammer nach dem Ladungsbescheid in das Beschwerdeverfahren während der mündlichen Verhandlung zugelassen) und dem allgemeinen Fachwissen aus den Passagen [0010]-[0012] erwähnt. Der verspätete vorgebrachte Angriff wurde angemessen während der mündlichen Verhandlung diskutiert, und die Ausführungen in der Entscheidung sind korrekt wiedergegeben. Dagegen sind die aufgestellten Behauptungen von Herrn Feuerstein und Herrn Hoch nicht korrekt. Herr Hoch begleitete den Vertreter der Beschwerdeführerin als technischer Sachverständiger, gab aber keine technische Stellungnahme während der mündlichen Verhandlung ab.
  
- In den 11 Jahren, die sich das Einspruchs-/Beschwerdeverfahren im vorliegenden Fall nun bereits hinzieht, ist es der Antragstellerin/

Beschwerdeführerin nicht gelungen, auch nur ein Dokument zu nennen, das belege, was in den Absätzen [0010]-[0012] als "Stand der Technik" genannt ist. Das einzige Dokument, das die Antragstellerin/Beschwerdeführerin finden konnte und das erst mit der Beschwerdebeurteilung in das Verfahren eingebracht wurde, wurde von der Beschwerdekammer in der mündlichen Verhandlung noch zugelassen.

- Die von der Antragstellerin angeführte Entscheidung T 1449/05 betrifft einen Sachverhalt, der von demjenigen im vorliegenden Verfahren stark abweicht.

VIII. Am Ende der mündlichen Verhandlung vor der Großen Beschwerdekammer wurden abschließend die folgenden Anträge festgestellt:

Die Antragstellerin beantragt:

- a) die Aufhebung der Entscheidung T 1789/12 vom 29. November 2016 und die Wiedereröffnung des Verfahrens, und
- b) die Anordnung, die Antragsgebühr zurückzuzahlen.

Die Antragsgegnerinnen beantragen, den Überprüfungsantrag zurückzuweisen.

IX. Nach Beratung verkündete der Vorsitzende die Entscheidung der Großen Beschwerdekammer.

## **Entscheidungsgründe**

### *Zulässigkeit*

1. Der Überprüfungsantrag ist rechtzeitig unter Einzahlung der vorgeschriebenen Gebühr eingelegt worden (Artikel 112a (4) Satz 2 EPÜ). Er erfüllt auch alle übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Artikel 112a in Verbindung mit Regel 107 EPÜ. Gemäß Regel 106 EPÜ ist ein Antrag nach Artikel 112a (2) a) bis d) EPÜ nur zulässig, wenn der Verfahrensmangel während des Beschwerdeverfahrens beanstandet wurde und die Beschwerdekammer den Einwand zurückgewiesen hat, es sei denn, der Einwand konnte im Beschwerdeverfahren nicht erhoben werden. Nach dem Vortrag der Antragstellerin konnte sie die geltend gemachte Verletzung des rechtlichen Gehörs erst aufgrund der schriftlichen Entscheidungsgründe erkennen, da sich aus ihnen ergab, dass die Beschwerdekammer bestimmten Erklärungen der Antragsgegnerinnen entscheidungserhebliche Bedeutung zumaß, ohne der Antragstellerin die Gelegenheit gegeben zu haben, sich zu diesen Erklärungen zu äußern und angemessen auf sie zu reagieren. Die in Regel 106 EPÜ vorgesehene Ausnahme von der Rügepflicht greift daher zugunsten der Antragstellerin ein.

### *Begründetheit des Antrags*

2. Zur Beantwortung der Frage, ob der Antragstellerin in dem Verfahren vor der Beschwerdekammer das rechtliche Gehör nach den Artikeln 112a (2) c) und 113 (1) EPÜ in schwerwiegender Weise versagt worden ist, ist zu untersuchen, ob und inwieweit während der mündlichen Verhandlung vor der Beschwerdekammer erörtert wurde, dass die in den Absätzen [0010] bis [0012] der



Patentschrift beschriebenen Messgeräte möglicherweise nicht zum Stand der Technik gehörten, und ob sich die Antragstellerin zu diesem Thema äußern konnte.

3. Nach dem übereinstimmendem Vortrag der Parteien ist die Zugehörigkeit dieser Messgeräte zum Stand der Technik im schriftlichen Verfahren vor der Beschwerdekammer zunächst nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens gewesen. Weder in der Beschwerdebegründung noch in der Beschwerdeerwiderung finden sich Ausführungen über diese Absätze. Auch vor der Einspruchsabteilung war diese Frage nicht Gegenstand des Verfahrens. Vielmehr wurde auf diese Absätze [0010] bis [0012] erstmalig in dem Ladungsbescheid der Beschwerdekammer vom 6. Juli 2016 eingegangen: *„Der Fachmann [...] würde zum Beispiel die handelsüblichen Messgeräte konsultieren, wie sie in Absatz 10 in der Patentschrift genannt sind und die dort genannte galvanische Trennung im Eingangsmodul übernehmen [...] (vgl. Seite 5, erster Absatz) und „Es gibt nur eine Anregung, die galvanische Trennung in einem Eingangsmodul vorzusehen (vgl. Absatz 10 des Patentschrift)“ (vgl. Seite 6, Absatz 4.6.3). Daraufhin hat die Antragstellerin in ihrer schriftlichen Eingabe vom 28. Oktober 2016 Stellung genommen und auch über den in den Absätzen [10] bis [12] beschriebenen Stand der Technik ausführlich vorgetragen.*
  
4. Während der mündlichen Verhandlung vor der Beschwerdekammer haben laut Entscheidungsgründen Nr. 3.6.3 die Antragsgegnerinnen hierzu Stellung genommen, in dem sie u.a. zum Ausdruck brachten, dass die in den Absätzen [0010] bis [0012] beschriebenen Messgeräte **nicht** zum Stand der Technik gehörten: [Satz 2:] *„Ihnen sei aber nicht bekannt, dass die in den Absätzen 0010*

*bis 0012 der Patentschrift beschriebenen Messgeräte zum Stand der Technik gehörten." [Satz 3:] „Es sei wohl die Meinung des Erfinders gewesen, dass es sich dabei um handelsübliche Messgeräte handele." [Satz 4:] „Der Erfinder sei aber nicht mehr erreichbar, um das zu bestätigen." [Satz 5:] „Im Übrigen sei es Aufgabe der Einsprechenden nachzuweisen, dass die in der Patentschrift beschriebenen Messgeräte zum Stand der Technik gehörten." [Satz 6:] „Da dies nicht erfolgt sei, müsse davon ausgegangen werden, dass die dort beschriebenen Messgeräte nicht zum Stand der Technik gehörten, sondern einen internen Stand beschrieben." (Satzangabe von der Großen Beschwerdekammer hinzugefügt)*

5. Die Antragstellerin hat in ihrem Überprüfungsantrag bestritten (s. Seite 5, dritter und vierter Absatz), dass die Patentinhaberinnen/Antragsgegnerinnen die in den Entscheidungsgründen Nr. 3.6.3 (Sätze 3 und 4) wiedergegebenen Äußerungen während der mündlichen Verhandlung vor der Beschwerdekammer tatsächlich getätigt haben. Entsprechende Erklärungen der Herren Feuerstein und Hoch wurden dem Überprüfungsantrag beigelegt. Hingegen wurde von der Antragstellerin nicht bestritten, dass die Patentinhaberinnen die Meinung geäußert haben, dass die in den Absätzen [0010] bis [0012] der Patentschrift beschriebenen Messgeräte nicht zum Stand der Technik gehörten (vgl. Satz 2). Etwas Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus den Erklärungen der Herren Feuerstein und Hoch. Die Große Beschwerdekammer kommt deshalb zu der Schlussfolgerung, dass die Frage, ob die in den Absätzen [0010] bis [0012] der Patentschrift beschriebenen Messgeräte zum Stand der Technik gehören oder nicht, in der mündlichen

Verhandlung thematisiert wurde. Dies wurde von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor der Großen Beschwerdekammer auch ausdrücklich bestätigt. Infolgedessen besteht kein Zweifel daran, dass die Antragstellerin die Möglichkeit hatte, sich dazu zu äußern.

6. Nach ständiger Rechtsprechung der Großen Beschwerdekammer sind die Parteien (hier: die Antragstellerin) und ihre Vertreter für die Durchführung ihres Falles verantwortlich, und es ist ihre Aufgabe, die notwendigen Argumente zur Unterstützung ihres Falles von sich aus und zu gegebener Zeit vorzulegen (siehe R 2/08 vom 11. September 2008, Nr. 8.5 und 9.10 der Gründe; R 13/11 vom 20. April 2012, Nr. 18 der Gründe; R 9/11 vom 7. Dezember 2012, Nr. 3.1.6 der Gründe; R 12/12 vom 14. Januar 2013, Nr. 6 *in fine* der Gründe; R 1/13 vom 17. Juni 2013, Nr. 17 und 19.3 der Gründe; R 17/12 vom 8. Juli 2013, Nr. 2.11 der Gründe). Es obliegt deshalb den Parteien, einen Punkt, den sie für relevant halten, anzusprechen und - gegebenenfalls mit einem formalen Antrag - auf seiner Behandlung zu bestehen. Gibt eine Kammer dann einer Partei nicht die Gelegenheit, ihre Argumente vorzubringen, kann dies ein Anlass für den Einwand sein, der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Artikel 113 (1) EPÜ sei verletzt worden. Dies trifft aber im vorliegenden Falle nicht auf die Antragstellerin zu. Wie oben schon festgestellt, konnte sich die Antragstellerin zu der Frage, ob die in den Abschnitten [0010] bis [0012] der Patentschrift beschriebenen Messgeräte zum Stand der Technik gehören oder nicht, äußern. Dass sie dies nicht getan hat, liegt in ihrer alleinigen Verantwortung.

7. Die Antragstellerin trägt vor, dass sie durch das Vorbringen der Antragsgegnerinnen überrascht wurde. Eine solche Überraschung mag eine verständliche subjektive Reaktion sein, kann aber nichts daran ändern, dass die Antragstellerin die Fragen kannte, die in der mündlichen Verhandlung vor der Beschwerdekammer angesprochen wurden, und ausreichende Gelegenheit hatte, dazu Stellung zu nehmen (siehe R 12/09 vom 15. Januar 2010, Nr. 13 der Gründe; R 15/10 vom 25. November 2010, Nr. 11 der Gründe; R 6/11 vom 4. November 2011, Nr. 5.3 der Gründe; R 13/11 vom 20. April 2012, Nr. 18 der Gründe). Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass aufgrund des späten Vorbringens der Antragsgegnerinnen, der Inhalt der Absätze [0010] bis [0012] gehöre nicht zum Stand der Technik, die Kammer die mündliche Verhandlung hätte vertagen und der Antragstellerin eine Frist zur Suche nach einschlägigem Stand der Technik einräumen oder zumindest die Gelegenheit für einen solchen „Fristantrag“ (vgl. Überprüfungsantrag, Seite 7, 4. Absatz) geben müssen. Die Kammer war aber zu einem derartigen Vorgehen – ohne einen entsprechenden Antrag oder Vortrag der Antragstellerin – nicht nach Artikel 113 (1) EPÜ verpflichtet. Aus der Tatsache, dass sich die Antragstellerin hierzu offenbar nicht weiter geäußert hat, kann geschlossen werden, dass es ihr entweder damals nicht in den Sinn kam, solche Anträge zu stellen, oder sie sich entschieden hatte, das zur Diskussion stehende Vorbringen der Antragsgegnerinnen nicht weiter zu vertiefen, möglicherweise in der Hoffnung, dass die Beschwerdekammer sich hiervon nicht würde überzeugen lassen. Jedenfalls hat sie es unterlassen, ihre Interessen bezüglich dieses Streitpunkts aktiv wahrzunehmen.

8. Dem Vorbringen der Antragstellerin im Rahmen ihres Überprüfungsantrags ist nicht zu entnehmen, dass die Kammer ihr die Möglichkeit verweigert hätte, zu dem Vorbringen der Antragsgegnerinnen Stellung zu nehmen. Eine Verletzung des in Artikel 113 EPÜ gewährleisteten Rechts auf rechtliches Gehör kann somit nicht festgestellt werden. Daher erübrigt es sich, auf die Argumente der Antragstellerin, dass die behauptete Verletzung schwerwiegend war, einzugehen. Da kein Verstoß gegen Artikel 113 EPÜ vorliegt, ist der Antrag zurückzuweisen.

### **Entscheidungsformel**

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

Der Antrag wird als unbegründet zurückgewiesen.

Der Geschäftsstellenbeamte:

Der Vorsitzende:

P. Cremona

C. Josefsson