

Interner Verteilerschlüssel:

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

**Datenblatt zur Entscheidung
vom 12. Oktober 2011**

Beschwerde-Aktenzeichen: T 1644/07 - 3.3.03

Anmeldenummer: 01964679.3

Veröffentlichungsnummer: 1280834

IPC: C08F 8/44, A61L 15/00

Verfahrenssprache: DE

Bezeichnung der Erfindung:
Pulverförmige, an der Oberfläche vernetzte Polymerisate

Patentinhaber:
Evonik Stockhausen GmbH

Einsprechende:
Nippon Shokubai Company Limited
BASF SE

Stichwort:
-

Relevante Rechtsnormen:
EPÜ Art. 123(2), 84

Schlagwort:
"Änderungen - Anspruchserweiterungen (Haupt- und Hilfsanträge
1-3: bejaht)"
"Klarheit der Ansprüche wie in der Streitentscheidung
enthalten (verneint)"

Zitierte Entscheidungen:
T 0201/83, T 0075/06

Orientierungssatz:
-



Aktenzeichen: T 1644/07 - 3.3.03

ENTSCHEIDUNG
der Technischen Beschwerdekammer 3.3.03
vom 12. Oktober 2011

Beschwerdeführer: Evonik Stockhausen GmbH
(Patentinhaber) Bäckerpfad 25
D-47805 Krefeld (DE)

Vertreter: Herzog, Martin
Herzog Fiesser & Partner
Patentanwälte
Immermannstrasse 40
D-40210 Düsseldorf (DE)

Beschwerdeführer: Nippon Shokubai Company Limited
(Einsprechender 1) 1-1, Koraibashi 4-chome
Chuo-ku
Osaka-shi
Osaka 541 (JP)

Vertreter: Glawe, Delfs, Moll
Patentanwälte
Postfach 26 01 62
D-80058 München (DE)

Beschwerdeführer: BASF SE
(Einsprechender 2) Global Intellectual Property
GVX-C006
D-67056 Ludwigshafen (DE)

Vertreter: Reitstötter - Kinzebach
Patentanwälte
Postfach 86 06 49
D-81633 München (DE)

Angefochtene Entscheidung: **Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung
des Europäischen Patentamts vom 11. Juli 2007
über die Aufrechterhaltung des europäischen
Patents Nr. 1280834 in geändertem Umfang, zur
Post gegeben am 26. Juli 2007.**

Zusammensetzung der Kammer:

Vorsitzender: B. ter Laan
Mitglieder: A. Däweritz
R. Cramer

Sachverhalt und Anträge

I. Die Beschwerden der beiden Einsprechenden (Beschwerdeführerinnen I und II) und der Patentinhaberin (Beschwerdeführerin III) richteten sich gegen die am 11. Juli 2007 verkündete und am 26. Juli 2007 schriftlich ergangene Zwischenentscheidung, in der die Einspruchsabteilung festgestellt hatte, dass das europäische Patent 1 280 834 (Anmeldenummer 01 964 679.3) unter Berücksichtigung der im Einspruchsverfahren vorgenommenen Änderungen den Erfordernissen des EPÜ genüge.

II. Das Patent war auf Basis von 12 Ansprüchen erteilt worden:

"1. Pulverförmiges, an der Oberfläche nachvernetztes, Wasser oder wässrige Flüssigkeiten absorbierendes Polymerisat, aufgebaut aus polymerisierten gegebenenfalls vorvernetzten, teilneutralisierten Carboxylgruppen enthaltenden Monomeren, dadurch gekennzeichnet, dass das pulverförmige Polymerisat nach der Nachvernetzung mit der Lösung wenigstens eines Salzes eines mindestens dreiwertigen Kations umgesetzt worden ist."

Ansprüche 2 bis 5 waren abhängig von Anspruch 1.

"6. Verfahren zur Herstellung von pulverförmigem, an der Oberfläche nachvernetztem, Wasser oder wässrige Flüssigkeiten absorbierendem Polymerisat gemäss einem der Ansprüche 1-5, dadurch gekennzeichnet, dass dem pulverförmigen Polymerisat nach der Nachvernetzung eine Lösung wenigstens eines Salzes eines mindestens

dreiwertigen Kations zugesetzt wird und das pulverförmige Polymerisat und die Lösung vorzugsweise homogen durchmischt werden."

Anspruch 7 war abhängig von Anspruch 6.

"8. Pulverförmiges, Wasser oder wässrige Flüssigkeiten absorbierendes Polymerisat, erhältlich durch Verfahren gemäss einem der Ansprüche 6 oder 7."

"9. Verwendung des pulverförmigen Polymerisates gemäss einem der Ansprüche 1-5 und 8 als Absorptionsmittel für Flüssigkeiten, insbesondere Wasser und wässrige Flüssigkeiten."

"10. Verwendung einer Lösung wenigstens eines Salzes eines mindestens dreiwertigen Kations zur Wiederherstellung der Gelpermeabilität von durch mechanische Einwirkung geschädigten pulverförmigen Wasser oder wässrige Flüssigkeiten absorbierenden Polymerisaten, aufgebaut aus polymerisierten gegebenenfalls vorvernetzten, teilneutralisierten Carboxylgruppen enthaltenden Monomeren, dadurch gekennzeichnet, dass dem pulverförmigen Polymerisat nach der Nachvernetzung die Lösung des Salzes zugesetzt wird und das pulverförmige Polymerisat und die Lösung durchmischt werden."

"11. Verwendung des Polymerisates gemäss den Ansprüchen 1-4 oder hergestellt mit dem Verfahren gemäss den Ansprüchen 6 oder 7 als Absorptionsmittel für wässrige Flüssigkeiten, vorzugsweise in Konstruktionen zur Aufnahme von Körperflüssigkeiten, in geschäumten und nicht geschäumten Flächengebilden, in Verpackungs-

materialien, bei der Pflanzenaufzucht und als Bodenverbesserungsmittel; oder in Hygieneartikeln, insbesondere Windeln oder Tampons; oder als Trägersubstanz und/oder Stabilisator für Wirkstoffe, insbesondere für Düngemittel oder andere Wirkstoffe, die gegebenenfalls retardiert abgegeben werden."

"12. Hygiene Artikel, insbesondere Windeln aufweisend Polymerisate nach einem der Ansprüche 1 bis 4 oder hergestellt mit dem Verfahren gemäss den Ansprüchen 6 oder 7."

III. Grundlage des Einspruchsverfahrens waren drei am 4. November 2004, am 19. Januar 2005 und am 1. Februar 2005 eingereichte Einsprüche, in denen die Einspruchsgründe fehlender Neuheit und mangelnder erfinderischer Tätigkeit geltend gemacht worden waren. Der Einspruch der dritten Einsprechenden war am 15. August 2006 zurückgezogen worden.

IV. Am Ende des Einspruchsverfahrens war die Einspruchsabteilung zur Auffassung gelangt, dass der Gegenstand des Hilfsantrags 3 im Gegensatz zu denen der höherrangigen Anträge der Patentinhaberin die Erfordernisse der Artikel 123(2), 84, 54 und 56 EPÜ 1973 erfüllte. Anspruch 1 von diesem Hilfsantrag 3 lautete:

"1. Hygiene Artikel, insbesondere Windeln, aufgebaut aus einer körperzugewandten, flüssigkeitsdurchlässigen Abdeckung, einer flüssigkeitsabsorbierenden Sauglage sowie einer flüssigkeitsundurchlässigen, körperabgewandten Außenschicht, wobei die flüssigkeitsabsorbierende Sauglage Cellulosefasern oder

modifizierte Cellulosefasern und ein pulverförmiges, an der Oberfläche nachvernetztes, Wasser oder wässrige Flüssigkeiten absorbierendes Polymerisat enthält, welches aufgebaut ist aus polymerisierten, gegebenenfalls vorvernetzten, teilneutralisierten Carboxylgruppen enthaltenden Monomeren, welches nach der Nachvernetzung mit der Lösung wenigstens eines Salzes eines mindestens dreiwertigen Kations umgesetzt worden ist, dadurch gekennzeichnet, dass der Anteil des Polymerisates in bestimmten Bereichen der absorbierenden Sauglage zwischen 60 und 100 Gew.-% liegt."

V. Gegen der Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung wurde am 26. September 2007 von der Einsprechenden 01/Beschwerdeführerin I sowie am 2. Oktober 2007 von der Einsprechenden 02/Beschwerdeführerin II und von der Patentinhaberin/ Beschwerdeführerin III jeweils unter Entrichtung der vorgeschriebenen Gebühr Beschwerde erhoben.

VI. Mit ihrer am 26. November 2007 eingegangenen Beschwerdebegründung beantragte die Patentinhaberin, die Streitentscheidung aufzuheben und die Einsprüche zurückzuweisen, d.h. das Patent in seiner erteilten Fassung oder hilfsweise auf Basis von einem der vier beigefügten Hilfsanträgen aufrechtzuerhalten.

Mit Schreiben vom 23. Juni 2008 zog die Patentinhaberin diese vier Hilfsanträge ausdrücklich zurück und reichte neun neue Hilfsanträge ein. Auch diese Hilfsanträge wurden in einem weiteren Schriftsatz der Patentinhaberin vom 2. November 2009 ebenso ausdrücklich nicht weiter aufrechterhalten und durch andere Hilfsanträge 1 bis 9 ersetzt.

VII. Die Einsprechenden widersprachen in ihren Beschwerdebegründungen, die am 26. November bzw. 3. Dezember 2007 eingegangen sind, jeweils der Beurteilung der von der Einspruchsabteilung aufrechterhaltenen Fassung und bekräftigten ihre in ihren Beschwerdeschriften bereits gestellten Anträge auf vollständigen Widerruf des Patents. Außerdem nahm die Einsprechende 01 mit Schreiben vom 14. April 2008, 29. Dezember 2008, 11. März 2011 und 12. September 2011 weiter Stellung. Auch die Einsprechende 02 reichte mit ihrer Erwidernng vom 16. Juni 2008 auf die Beschwerde der Patentinhaberin weitere Kommentare ein.

VIII. Die mündliche Verhandlung fand am 12. Oktober 2011 in Anwesenheit aller Parteien statt.

Während der Verhandlung teilte die Patentinhaberin mit, sie wolle verschiedene mit Schriftsatz vom 23. Juni 2008 vorgelegte Hilfsanträge anstelle der Anträge vom 2. November 2009 zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung machen. Sie reichte dazu Anspruchssätze der Hilfsanträge 2, 4 und 1 vom 23. Juni 2008 ein, die als Hauptantrag bzw. als Hilfsanträge 1 und 2 bezeichnet worden waren. Daran sollte sich der Hilfsantrag 1 vom 2. November 2009 als Hilfsantrag 3 anschließen. Nach Diskussion und Beratung übte die Kammer das ihr durch die VOBK (Artikel 10a und 10b VOBK, a.F., ABl. EPA 2004, 541; Artikel 12 und 13 VOBK, n.F., ABl. EPA 2007, 536) übertragene Ermessen im Lichte der vorgetragenen Argumente dahingehend aus, dass die in der mündlichen Verhandlung eingereichten neuen Anträge nicht zugelassen wurden. Die Verhandlung wurde daher gemäß der mit Schriftsatz vom 2. November 2009 geschaffenen Antragsituation fortgeführt.

Daraufhin teilte die Patentinhaberin mit, dass sie ihren damaligen Hauptantrag zurückziehe und die Hilfsanträge 1 bis 9 vom 2. November 2009 gemäß ihrer numerischen Reihenfolge als Hauptantrag bzw. Hilfsanträge 1 bis 8 weiterverfolge. Nach anschließender Diskussion zog die Patentinhaberin auch die als Hilfsanträge 2, 3, 4, 7 und 9 bezeichneten Anträge zurück und bestätigte, trotz der von der Kammer angedeuteten Möglichkeit, dass dies zur Zurückweisung ihrer Beschwerde führen könnte, keine weiteren Hilfsanträge stellen zu wollen.

Damit verblieben noch die als Hilfsanträge 1, 5, 6 und 8 bezeichneten Anspruchssätze im Verfahren. Deren unabhängige Ansprüche hatten folgenden Wortlaut:

Hauptantrag ("Hilfsantrag 1")

"1. Pulverförmiges, an der Oberfläche nachvernetztes, Wasser oder wässrige Flüssigkeiten absorbierendes Polymerisat, aufgebaut aus polymerisierten, gegebenenfalls vorvernetzten, teilneutralisierten Carboxylgruppen enthaltenden Monomeren, dadurch gekennzeichnet, dass das pulverförmige Polymerisat nach der Nachvernetzung mit einer Aluminiumsulfat-Lösung der [sic] umgesetzt worden ist, wobei die Konzentration des Aluminiumsulfates in der Lösung im Bereich von 25,68 bis 80 Gew.-%, wasserfrei berechnet, liegt."

"5. Verfahren zur Herstellung von pulverförmigem, an der Oberfläche nachvernetztem, Wasser oder wässrige Flüssigkeiten absorbierendem Polymerisat gemäß einem der Ansprüche 1 - 4, dadurch gekennzeichnet, dass dem pulverförmigen Polymerisat nach der Nachvernetzung eine

Aluminiumsulfat-Lösung zugesetzt wird und das pulverförmige Polymerisat und die Lösung vorzugsweise homogen durchmischt werden, wobei die Konzentration des Aluminiumsulfates in der Lösung im Bereich von 25,68 bis 80 Gew.-%, wasserfrei berechnet, liegt."

Erster Hilfsantrag ("Hilfsantrag 5")

"1. Pulverförmiges, an der Oberfläche nachvernetztes, Wasser oder wässrige Flüssigkeiten absorbierendes Polymerisat, aufgebaut aus polymerisierten, gegebenenfalls vorvernetzten, teilneutralisierten Carboxylgruppen enthaltenden Monomeren, dadurch gekennzeichnet, dass das pulverförmige Polymerisat nach der Nachvernetzung mit einer wässrigen Aluminiumsulfat-Lösung umgesetzt worden ist, wobei Wasser in einer Menge von 0,05 bis 0,5 Gew.-%, bezogen auf das Polymerisat, eingesetzt wurde."

"5. Verfahren zur Herstellung von pulverförmigem, an der Oberfläche nachvernetztem, Wasser oder wässrige Flüssigkeiten absorbierendem Polymerisat gemäß einem der Ansprüche 1 - 4, dadurch gekennzeichnet, dass dem pulverförmigen Polymerisat nach der Nachvernetzung eine wässrige Aluminiumsulfat-Lösung zugesetzt wird und das pulverförmige Polymerisat und die Lösung vorzugsweise homogen durchmischt werden, wobei Wasser in einer Menge von 0,05 bis 0,5 Gew.-%, bezogen auf das Polymerisat, eingesetzt wird."

Zweiter Hilfsantrag ("Hilfsantrag 6")

"1. Verfahren zur Herstellung von pulverförmigem, an der Oberfläche nachvernetztem, Wasser oder wässrige Flüssigkeiten absorbierendem Polymerisat gemäß einem der Ansprüche 1 - 4, dadurch gekennzeichnet, dass dem pulverförmigen Polymerisat nach der Nachvernetzung eine wässrige Aluminiumsulfat-Lösung zugesetzt wird und das pulverförmige Polymerisat und die Lösung vorzugsweise homogen durchmischt werden, wobei Wasser in einer Menge von 0,05 bis 0,5 Gew.-%, bezogen auf das Polymerisat, eingesetzt wird."

sigkeiten absorbierenden Polymerisat aufgebaut aus polymerisierten gegebenenfalls vorvernetzten, teilneutralisierten Carboxylgruppen enthaltenden Monomeren, welches nach der Nachvernetzung mit einer Aluminiumsulfat-Lösung umgesetzt worden ist, dadurch gekennzeichnet, dass dem pulverförmigen Polymerisat nach der Nachvernetzung eine Aluminiumsulfat-Lösung zugesetzt wird und das pulverförmige Polymerisat und die Lösung vorzugsweise homogen durchmischt werden, wobei das pulverförmige, an der Oberfläche nachvernetzte Polymerisat vor dem Zusatz der Lösung einen Feinstaubanteil als eine Kornfraktion kleiner 150 µm in einer Menge von 1,1 bis 15 Gew.-% enthält."

"3. Verwendung einer Aluminiumsulfat-Lösung zur Wiederherstellung der Gelpermeabilität von durch mechanische Einwirkung geschädigten pulverförmigen Wasser oder wässrige Flüssigkeiten absorbierenden Polymerisaten, aufgebaut aus polymerisierten gegebenenfalls vorvernetzten, teilneutralisierten Carboxylgruppen enthaltenden Monomeren, dadurch gekennzeichnet, dass dem pulverförmigen Polymerisat nach der Nachvernetzung die Lösung zugesetzt wird und das pulverförmige Polymerisat und die Lösung durchmischt werden, wobei das pulverförmige, an der Oberfläche nachvernetzte Polymerisat vor dem Zusatz der Lösung einen Feinstaubanteil als eine Kornfraktion kleiner 150 µm in einer Menge von 1,1 bis 15 Gew.-% enthält."

Dritter Hilfsantrag ("Hilfsantrag 8")

"1. Verfahren zur Herstellung von pulverförmigem, an der Oberfläche nachvernetztem, Wasser oder wässrige Flüssigkeiten absorbierenden Polymerisat aufgebaut aus

polymerisierten gegebenenfalls vorvernetzten, teilneutralisierten Carboxylgruppen enthaltenden Monomeren, welches nach der Nachvernetzung mit der Lösung wenigstens eines Salzes eines mindestens dreiwertigen Kations umgesetzt worden ist, dadurch gekennzeichnet, dass dem pulverförmigen Polymerisat nach der Nachvernetzung eine Lösung wenigstens eines Salzes eines mindestens dreiwertigen Kations zugesetzt wird und das pulverförmige Polymerisat und die Lösung vorzugsweise homogen durchmischt werden, wobei dem pulverförmigen, an der Oberfläche nachvernetzten Polymerisat vor dem Zusatz der Lösung ein Feinstaubanteil als eine Kornfraktion kleiner 150 µm zum Recyclieren [sic] von Feinanteilen zugesetzt wird."

"3. Verwendung einer Lösung wenigstens eines Salzes eines mindestens dreiwertigen Kations zur Wiederherstellung der Gelpermeabilität von durch mechanische Einwirkung geschädigten pulverförmigen Wasser oder wässrige Flüssigkeiten absorbierenden Polymerisaten, aufgebaut aus polymerisierten, gegebenenfalls vorvernetzten, teilneutralisierten Carboxylgruppen enthaltenden Monomeren, dadurch gekennzeichnet, dass dem pulverförmigen Polymerisat nach der Nachvernetzung die Lösung des Salzes zugesetzt wird und das pulverförmige Polymerisat und die Lösung durchmischt werden, wobei dem pulverförmigen, an der Oberfläche nachvernetzten Polymerisat vor dem Zusatz der Lösung ein Feinstaubanteil als eine Kornfraktion kleiner 150 µm zum Recyclieren [sic] von Feinanteilen zugesetzt wird."

IX. Die zu den einzelnen Anträgen vorgetragenen entscheidungserheblichen Argumente der Patentinhaberin lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Hauptantrag ("Hilfsantrag 1")

- a) Zum neu in die beiden Ansprüchen 1 und 6 aufgenommene Merkmal der Konzentration des Aluminiumsulfats (wasserfrei berechnet) in seiner Lösung im Bereich von 25,68 bis 80 Gew.-% verwies die Patentinhaberin als Basis für die Bereichsobergrenze auf Seite 13, Absatz 2 und als Basis für die Bereichsuntergrenze auf die Mengenangaben in Beispiel 20 zur dort eingesetzten wässrigen $\text{Al}_2(\text{SO}_4)_3 \cdot 18 \text{H}_2\text{O}$ -Lösung, aus der sich ein Gehalt von 25,68 Gew.-% Aluminiumsulfat (wasserfrei) errechnen lasse. Dieser Wert sei nicht so eng mit den anderen Merkmalen der Beispiele verknüpft, als dass ihn der Fachmann nicht als gängige allgemeine Konzentrationsangabe für die Al-Salz-Menge erkennen würde. Folglich sei die Generalisierung des Einzelwertes aus Beispiel 20 zulässig und genüge diese Änderung beider Ansprüche den Erfordernissen von Artikel 123(2) EPÜ.

Erster Hilfsantrag ("Hilfsantrag 5")

- b) Zum neu in die unabhängigen Ansprüche dieses Antrags aufgenommenen Merkmal "wobei Wasser in einer Menge von 0,05 bis 0,5 Gew.-%, bezogen auf Polymerisat, zugesetzt wurde" benannte die Patentinhaberin als Basis der Bereichsuntergrenze die Aussage auf Seite 5, Absatz 2, Zeile 11, und verwies zur Obergrenze auf die Beispiele, namentlich auf Beispiel 1. Genau wie bei der aus einem Beispiel stammenden Bereichsgrenze im Hauptantrag ("Hilfsantrag 1") sah die Patentinhaberin auch hier die Bereichsobergrenze der Wassermenge von 0,5 Gew.-%, bezogen auf Polymer, ebenso wenig als mit den besonderen anderen

Bedingungen der Beispiele so stark verknüpft an, als dass dieser Wert aus einem Beispiel nicht als Grenzwert für die Obergrenze der Wassermenge im Anspruch gewählt werden könne. Folglich sei Artikel 123(2) EPÜ erfüllt.

- c) Außerdem seien die Erfordernisse von Artikel 84 EPÜ erfüllt.

Zweiter Hilfsantrag ("Hilfsantrag 6")

- d) Zum Merkmal, das an die auf den erteilten Ansprüchen 6 bzw. 10 basierenden Verfahrensansprüche dieses Hilfsantrags angefügt worden ist und einen Feinstaubgehalt des pulverförmigen, an der Oberfläche nachvernetzten Polymerisats von 1,1 bis 15 Gew.-% einer Kornfraktion <150 µm verlangt, verwies die Patentinhaberin als Quelle zum einen für die Obergrenze des Mengenbereichs auf Seite 16, Absatz 2 des Urtextes ("Feinstaubanteil mit einem mittleren Korndurchmesser kleiner 150 µm bis zu 15 Gew.-%") und zum anderen bezüglich des Wertes 1,1 Gew.-% für die Bereichsuntergrenze auf die Beispielsbeschreibung im letzten Absatz von Seite 31 (Beispiel 20). In Absatz 5 auf Seite 16 werde explizit als positives Merkmal offenbart, dass das Polymerisat nach der Nachvernetzung Feinstaubanteile aufweisen könne, also der Wert 0% nicht gemeint sei, sondern vorzugsweise ein Wert gemeint sei, der auf jeden Fall >0% sei. In den ursprünglichen Unterlagen sei also ganz klar und bewusst die Anwesenheit von Feinstaubanteilen beschrieben worden.

- e) Aus Seite 16, letzter Absatz gehe hervor, was in den Beispielen bestätigt werde, dass die Definition der Menge sich auf den Zeitpunkt zwischen Nachvernetzung und Zugabe der Salzlösung beziehe. Der Fachmann könne auf dieser Grundlage die im Anspruch 1 beschriebene Handlungsanweisung nachvollziehen, ein nachvernetztes Polymerisat mit einem Feinanteil von 1,1 bis 15 Gew.-% einer Behandlung mit einer wässrigen Aluminiumsulfat-Lösung zu unterziehen.
- f) Zur Frage der Korndurchmesser bzw. mittleren Korndurchmesser der Kornfraktion verwies die Patentinhaberin auf Seite 16, letzter Absatz und Beispiel 7 (vermutlich war 8 gemeint).

Folglich seien die Erfordernisse von Artikel 123(2) EPÜ erfüllt.

Dritter Hilfsantrag ("Hilfsantrag 8")

- g) Als Basis für das zusätzliche Merkmal am Ende von Anspruch 1 zitierte die Patentinhaberin aus dem letzten Absatz auf Seite 16, Absatz 5 der ursprünglichen Beschreibung, wo ihrer Ansicht nach der Zugabezeitpunkt der Salzlösung gemäß Anspruch 1 eindeutig offenbart wurde. Den ursprünglichen Unterlagen sei zu entnehmen, dass Feinstaubanteile dem Polymerisatpulver nach der Nachvernetzung und vor dem Zusatz der Salzlösung zugesetzt werden könnten und dass sich daher das Verfahren auch zum Recyclieren von Feinstaubanteilen eigne.

Der Anspruch betreffe daher ein Verfahren zur Herstellung von Polymerisaten, bei dem zugleich auch

Feinstaubanteile recycelt würden, die letztendlich auch im Endprodukt enthalten seien.

Zur Terminologie im Text verwies die Patentinhaberin auf die Beispiele, die ihrer Ansicht nach keinen Zweifel daran ließen, dass mit den Begriffen "Feinstaubanteil" und "Feinanteil" dasselbe gemeint war, und zwar die Kornfraktion mit Teilchengrößen unter 150 µm. Dies sei auch aus Absatz 1 von Seite 27 ersichtlich.

Daher erfülle der Anspruch 1 die Erfordernisse des Artikels 123(2) EPÜ.

Durch die Einspruchsabteilung aufrechterhaltene Fassung ("Hilfsantrag 3")

- h) Die von der Einspruchsabteilung aufrechterhaltene Fassung war zu keinem Zeitpunkt während des Beschwerdeverfahrens von der Patentinhaberin zurückgenommen und war somit immer noch Teil des Verfahrens.

- i) Die Patentinhaberin verwies auf die Definition des Begriffs "Konstruktion" als bevorzugte Ausführungsform einer im Brückenabsatz der Seite 19/20 erwähnten Sauglage. Diese Konstruktion, die aus den dort genannten Fasern sowie superabsorbierenden Polymeren bestehe, sei auch im letzten Satz von Absatz 2 der Seite 20 im Zusammenhang mit 60 bis 100% Superabsorber verwendet worden und verknüpfe damit diesen Bereich mit der Sauglage. Daraus folge, dass der Begriff "Sauglage" im Anspruch belassen werden könne.

j) Zur geltend gemachten Unklarheit der Formulierung "*in bestimmten Bereichen*", die aus der Passage in Absatz 2 der Seite 20 stamme, verwies die Patentinhaberin auf die US-A-5 669 894, auf die im selben Absatz explizit Bezug genommen worden sei. Diese Druckschrift erläutere in Spalte 28, Absatz 1, wie diese Formulierung zu verstehen sei. Dort heiÙe es: "*In measuring the concentration of hydrogel-forming absorbent polymer in a given region of an absorbent member, the percent by weight of the hydrogel-forming polymer relative to the combined weight of hydrogel-forming polymer and any other components (e.g., fibers, thermoplastic material, etc.) ... is used.*" Es sei also unter Bezugnahme auf die Offenbarung in dieser Druckschrift klar, dass hier der Anteil an Superabsorber bezogen auf das Gesamtgewicht aller Komponenten gemeint sei und dass die Bereiche zumindest so groÙ seien, dass sie sich in eine gravimetrischen Analyse bestimmen lieÙen, wie sich aus der Formulierung "*in a given region of an absorbent member, the percent by weight of the hydrogel-forming polymer*" ergebe. Es mÙsse zumindest mÙglich sein, das Verhàltnis Superabsorber zu Fasermaterial gewichtstechnisch zu ermitteln.

Nach Ansicht der Patentinhaberin sei daher die Formulierung "*in bestimmten Bereichen*" als klar anzusehen.

X. Die zu den einzelnen Antràgen vorgetragenen entscheidungserheblichen Argumente der Einsprechenden lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Hauptantrag ("Hilfsantrag 1")

- a) Die Salzkonzentration sei ein klassisches Beispiel für ein Merkmal, das mit einer Vielzahl anderer Merkmale des Beispiels sehr eng verknüpft ist. Folglich stehe die Verallgemeinerung der Konzentrationsangabe des Beispiels mit den Erfordernissen von Artikel 123(2) EPÜ nicht im Einklang.

Während sich außerdem die Angabe in Anspruch 1 auf die Menge des wasserfreien Salzes in der Lösung (d.h. das Mengenverhältnis des wasserfreien Salzes zur Lösung insgesamt) beziehe, verweise die Beschreibung (Seite 5, Absatz 2) auf die Salzmenge, die dem Lösemittel (vorzugsweise Wasser) zugesetzt werden müsse. Es sei somit zumindest fraglich, ob gemäß der Definition in der Beschreibung das im Salz gebundene Kristallwasser der Menge des Lösemittels zugerechnet werden könne. Daher werde auch in Frage gestellt, ob die Obergrenze des Mengenbereichs in der Beschreibung hinsichtlich Artikel 123(2) EPÜ eine zutreffende Basis für die Angabe im Anspruch biete. Der in den Ansprüchen dieses Antrags beanspruchte Gegenstand sei daher nicht klar und eindeutig offenbart.

Im Widerspruch zu den Angaben in Beispielen, in denen unter anderem auch von Aluminiumsulfatgehalten von 50 Gew.-% in der wässrigen Lösung die Rede sei, liege in wässriger Lösung der Höchstgehalt gelösten Aluminiumsulfats (wasserfrei berechnet) bei 100°C bekanntermaßen bei nur 47 Gew.-%, also unter 50 Gew.-%, und bei 20°C sogar nur bei etwa 26 Gew.-%. Hierzu stünden also nicht nur die Beispiele, sondern auch

die allgemeine Beschreibung und die Ansprüche (mit einer Obergrenze von 80 Gew.-%) im Widerspruch.

Daher verstoße Anspruch 1 des Antrags gegen Artikel 123(2) EPÜ.

Erster Hilfsantrag ("Hilfsantrag 5")

- b) Die Einsprechenden argumentierten wie zum Hauptantrag ("Hilfsantrag 1"). So beziehe sich die fragliche Bereichsobergrenze von 0,5 Gew.-% Wasser, bezogen auf Polymerisat, wiederum auf einen Wert, der die Salzlösung definiere. Daher träfen die gleichen Zusammenhänge und Argumente wie beim Hauptantrag ("Hilfsantrag 1") zu. Zudem zeige der letzte Satz auf Seite 5 des Urtextes, dass die Obergrenze der Wassermenge direkt mit der Salzmenge zusammenhänge. Damit werde gezeigt, dass die Obergrenze der Wassermenge nicht unabhängig von den anderen Merkmalen des beanspruchten Gegenstandes gesehen werden könne. Folglich könne die Verallgemeinerung des in Beispielen offenbarten Wertes nicht zulässig sein.
- c) Als weiteren Punkt, im Hinblick auf die Umsetzung des nachvernetzten Polymerisates "mit einer wässrigen Aluminiumsulfat-Lösung" in Anspruch 1, könne die "wässrige Lösung", laut Satz 3 des letzten Absatzes auf Seite 5 des Urtextes, neben Wasser auch noch andere organische Lösemittel enthalten. Gemäß dem darauf direkt folgenden Satz, der die Konzentration des Salzes im Lösemittel betreffe, werde dann Wasser als das bevorzugte Lösungsmittel bezeichnet und dessen Menge definiert, darunter auch die nun im

Anspruch 1 enthaltene Bereichsuntergrenze von 0,05 Gew.-%. Abgesehen von der Diskrepanz, dass der Wert 0,05 Gew.-% auf Seite 5 nur für Wasser gelte, der Anspruch aber auf eine wässrige Lösung Bezug nehme, stelle sich auch hier erneut die schon angesprochene das Kristallwasser betreffende Frage, ob es als Bestandteil des Lösemittels oder als Bestandteil des Salzes zu werten ist. Die deutlichen Auswirkungen unterschiedlicher Zuordnung des Kristallwassers auf die mengenmäßigen Zusammensetzungen in den Beispielen zeigten sich nach Ansicht der Einsprechenden/ Beschwerdeführerin I in den Ergebnissen der Berechnungen in der ihrem Schriftsatz vom 11. März 2011 als Annex A beigefügten Tabelle. Auch daraus ergebe sich, dass aus den Beispielen keine eindeutige Grenze für die Menge eingesetzten Wassers im Anspruch abgeleitet werden könne.

- d) Außerdem wurde die Klarheit des ersten Hilfsantrags bemängelt.

Zweiter Hilfsantrag ("Hilfsantrag 6")

- e) Zunächst stellten die Einsprechenden zu diesem Hilfsantrag fest, dass für den Feinstaubanteil erstmals eine Untergrenze eingeführt worden sei. Die zitierte Stelle auf Seite 16 offenbare jedoch eine Mengenbegrenzung eines solchen Anteils nur nach oben, nämlich Obergrenzen von "Vorzugsweise ... bis zu 15 Gew.%, besonders bevorzugt bis zu 10 Gew.% und ganz bevorzugt bis zu 5 Gew.%". Zudem werde auf Seite 1 der Beschreibung angegeben, dass üblicherweise die Kornfraktion von 150 bis 850 µm für praktische Zwecke verwendet werde. Insgesamt offenbare der

Anmeldungstext, dass der Feinstaubanteil eigentlich klein gehalten werden solle. Der Fachmann verstehe die Beschreibung keinesfalls so, dass die Feinstaubanteile erwünscht seien oder sogar enthalten sein müssten. Der Anmeldungstext zeige eher andere Wege als die Absiebung auf, um Nachteile zu verringern, nicht jedoch, dass man diese Feinstaubanteile extra haben wolle.

- f) Vor allem aber habe der Anmeldungstext keine Offenbarung in Richtung auf eine Untergrenze enthalten, geschweige denn deren klare Definition. Unabhängig von der Frage, ob die Zahlenangabe in Beispiel 20 mit den anderen Merkmalen des Beispiels zusammenhänge, sei nicht erkennbar, dass es sich bei dem Wert von 1,1 Gew.-% um eine Untergrenze handele. Vielmehr sei dieser Wert eher mit der in der Beschreibung offenbarten Obergrenze zu korrelieren. Dies bestätige auch das grundsätzliche Argument gegen die Einführung einer Untergrenze für einen solchen Feinstaubanteil, deren Zahlenwert noch dazu wieder einem Beispiel entnommen worden sei, der wiederum mit anderen Merkmalen des Beispiels zusammenhänge.
- g) Der Zeitpunkt der Zugabe der Salzlösung, zu dem der Feinstaubanteil im Bereich von Anspruch 1 liegen müsse, sei klar und eindeutig weder definiert noch der Beschreibung zu entnehmen. Auf Seite 16 wurde nur auf die Anwesenheit von Feinanteilen vor dem Zusatz der Lösung hingewiesen. Aus Seite 1 ließe sich aber schließen, dass auch die Obergrenze von bis zu 15 Gew.-% im vorletzten Satz der beiden Absätze von Seite 16 sich jeweils auf das Endprodukt beziehe. Damit sei der Zeitpunkt, wann der Feinstaubanteil im

Bereich von Anspruch 1 liegen müsse, weder in der ursprünglichen Beschreibung definiert noch ihr zu entnehmen.

- h) Außerdem gebe es eine Diskrepanz zwischen einem "*mittleren Korndurchmesser kleiner 150 µm*", einer Formulierung in Absatz 2 von Seite 16, die nichts über die maximale Teilchengröße des Feinstaubanteils aussage, und der Definition im Anspruch 1 "*Kornfraktion kleiner 150 µm*", wie sie bei einer entsprechenden Siebung erhalten werde.
- i) Insgesamt zeige sich daher, dass auch dieser Antrag gegen Artikel 123(2) EPÜ verstoße.

Dritter Hilfsantrag ("Hilfsantrag 8")

- j) In Absatz 5 der Seite 16 gebe es keine klare Verbindung zwischen dem dortigen Hinweis auf die Kornfraktion <150 µm und den Feinstaubanteilen, die nach der dortigen Offenbarung entweder im Polymerpulver vorhanden sein oder ihm zugesetzt werden könnten. Auch enthalte Anspruch 1 keine Mengenbegrenzung eines Feinstaubanteils, obgleich aus der allgemeinen Beschreibung und Beispielen hervorgehe, dass größere Feinstaubanteile zu deutlichen Einbußen bei der Gelpermeabilität führten.
- k) Daneben gäbe es noch Fragen unter den Artikeln 84 und 123(3) EPÜ im Hinblick auf die Ansprüche 1 und 3 des dritten Hilfsantrags.

*Durch die Einspruchsabteilung aufrechterhaltene Fassung
("Hilfsantrag 3")*

- 1) Neben der Tatsache, dass keine weiteren Anträge der Patentinhaberin vorlägen und damit die Beschwerde der Patentinhaberin zurückzuweisen sei, bezweifelten die Einsprechenden, dass dieser "Hilfsantrag 3" überhaupt noch im Verfahren anhängig sei, da er von der Patentinhaberin im Beschwerdeverfahren nicht weiterverfolgt worden sei.

- m) Zur Sache selbst verwiesen die Einsprechenden auf die im Zusammenhang mit ihrer Argumentation zu Artikel 123(2) EPÜ geltend gemachte fehlende Basis des einzigen Merkmals "dass der Anteil des Polymerisates in bestimmten Bereichen der absorbierenden Sauglage zwischen 60 und 100 Gew.-% liegt" im kennzeichnenden Teil des aufrechterhaltenen einzigen Anspruchs. So sei gemäß der Passage auf Seite 20, letzter Satz von Absatz 2 des Urtexts, diese Definition im Gegensatz zum Wortlaut des Anspruchs jedoch nur mit dem "Saugkern", nicht aber mit der "Sauglage" verknüpft gewesen. Auch zeige der Vergleich dieses Satzes mit dem vorherigen, dass der Anteil zunächst als Verhältnis der Gesamtmengen an superabsorbierendem Polymer und an Cellulosefasern bzw. versteiften Cellulosefasern im Saugkern definiert worden sei, der zwischen 0:100 bis 80:20%, lokal aber beim Vorliegen eines Gradienten oder bei schichtweisem Aufbau auch bis zu 100% betragen könne. Es sei nicht klar, ob der Anteil von 60 bis 100 Gew.-% im Anspruch wirklich dem Anteil an der Gesamtmenge von Polymer und (versteiften) Cellulosefasern entspräche oder ob noch andere Komponenten enthalten

sein könnten. Folglich verstoße der Anspruch nicht nur gegen Artikel 123(2) EPÜ, sondern auch gegen Artikel 84 EPÜ.

- n) Weiterhin sei das einzige kennzeichnende Merkmal des Anspruchs wegen des hinsichtlich seiner Abmessungen und Lage im Hygieneartikel völlig unbestimmten Ausdrucks "in bestimmten Bereichen der absorbierenden Sauglage" auch deswegen nicht klar im Sinne von Artikel 84 EP, weil der fragliche Bereich am Rand oder im Zentrum liegen oder mangels genauerer Definition im Anspruch sogar nur genau ein herausgegriffenes Polymerteilchen umfassen müsse. Nicht einmal eine Größenordnung des zu messenden Bereichs sei offenbart. Die sei aber Voraussetzung für eine sinnvolle Messung. Zudem werde die Frage berührt, ob die Offenbarung überhaupt hinreichend sei (Artikel 83 EPÜ).
- o) Zur Interpretation der Formulierung des kennzeichnenden Merkmals im fraglichen Anspruch durch die US-Patentschrift wurde auf die Entscheidung T 75/06 vom 4. März 2008 (nicht im ABl. EPA veröffentlicht), insbesondere auf Nr. 4.7 der Entscheidungsgründe, hingewiesen, in der das europäische Gegenstück zur US-Patentschrift wegen des unklaren Begriffs "region" widerrufen worden sei.

XI. Die Antragslage stellte sich anschließend wie folgt dar:

Die Einsprechenden beantragten die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und den Widerruf des Streitpatents.

Die Patentinhaberin beantragte die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Aufrechterhaltung des Streitpatents im Umfang des mit Schreiben vom 2. November 2009 eingereichten Hilfsantrag 1 (Hauptantrag), bzw. im Umfang der mit diesem Schreiben eingereichten Hilfsanträgen 5, 6 oder 8 (Hilfsanträge 1, 2 bzw. 3).

Entscheidungsgründe

1. Die Beschwerden sind zulässig.

Hauptantrag (Anspruchssatz "Hilfsantrag 1")

2. Der im Hinblick auf Artikel 123(2) EPÜ strittige Punkt betraf die Basis für die Grenzen des Zahlenbereichs des Merkmals "wobei die Konzentration des Aluminiumsulfates in der Lösung im Bereich von 25,68 bis 80 Gew.-%, wasserfrei berechnet, liegt" im kennzeichnenden Teil von Anspruch 1.
 - 2.1 Dazu muss die Frage entschieden werden, ob der aus den Angaben in Beispiel 20 errechnete Zahlenwert als Untergrenze des Konzentrationsbereichs auf die Gesamtbreite des Anspruchsgegenstands verallgemeinert angewendet werden kann. Die Beispiele befassten sich nämlich allesamt mit der Behandlung einiger spezieller Polymerisate auf der Basis von Acrylsäure.
 - 2.2 Die Salz-Konzentration der zur Nachbehandlung des Polymerisats verwendete Salz-Lösung ist zwar ein wichtiger Faktor, er stellt aber nur im Zusammenhang mit der Menge der Lösung, bezogen auf das Polymerisat, eine sinnvolle Aussage dar. Darüber hinaus spielen auch die Art des Polymerisats, die Art seiner Vernetzung und

seiner Nachvernetzung und sein Vernetzungsgrad sowie der Anteil an enthaltenen Feinteilchen und damit verbunden die Aufnahmegeschwindigkeit des Wassers eine wesentliche Rolle. Es sei hier nur ergänzend auf die Aussage im Brückenabsatz der Seiten 2 und 3 hingewiesen, dass Abrieb von Polymerisat-Teilchen, also Feinstaub, insbesondere die Fähigkeit eines gequollenen Absorbergels verschlechtert, weitere Flüssigkeit zu transportieren (das sogenannte Gelblocking). Die Kammer sieht dies als generell für alle derartigen Polymerisate gültig an, zumal keine dies widerlegende Ausführungen vorgebracht worden sind. Diese Feststellungen lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass es in einem solchen System also eine Vielzahl von Wechselwirkungen gibt, aufgrund derer die Verallgemeinerung eines solchen Einzelwertes für die Salzkonzentration auf die Gesamtbreite der Ansprüche nicht zulässig sein kann.

2.3 In anderen Worten, von einer Unabhängigkeit des Zahlenwertes "25,68 Gew.-%" in Beispiel 20 von den anderen genannten Randbedingungen dieses Beispiels kann nicht die Rede sein und der Zahlenwert erfüllt somit nicht die Kriterien, die für die Zulässigkeit der Verallgemeinerung dieses Wertes und seine Verwendung als Grenze in den weit über das Beispiel hinausgehenden unabhängigen Ansprüchen gelten. Zu diesen Kriterien kann auf die Entscheidung T 201/83 (ABl. EPA 1984, 481) verwiesen werden. Somit ist die Untergrenze des in den Ansprüchen 1 und 5 eingefügten Konzentrationsbereiches von 25,68 Gew.-% nicht als durch die ursprünglichen Unterlagen direkt und eindeutig offenbart anzusehen.

2.4 Bereits aus diesem Grund ist der als Hauptantrag vorliegende als Hilfsantrag 1 bezeichnete Anspruchssatz

nicht gewährbar, da er somit wegen der neuen Definition des Konzentrationsbereiches gegen die Erfordernisse von Artikel 123(2) EPÜ verstößt. Deshalb erübrigt sich, auch noch auf die zur Bereichsobergrenze vorgetragenen Argumente einzugehen.

2.5 Der Hauptantrag wird daher zurückgewiesen.

Erster Hilfsantrag (Anspruchssatz "Hilfsantrag 5")

3. Ähnlich gelagert ist die Situation hinsichtlich des ersten Hilfsantrags, in dessen unabhängigen Ansprüchen 1 und 5 jeweils als Teil des kennzeichnenden Merkmals die folgende Formulierung enthalten ist: "wobei Wasser in einer Menge von 0,05 bis 0,5 Gew.-%, bezogen auf das Polymerisat eingesetzt wurde" bzw. "wird".

3.1 Wie bereits im Zusammenhang mit dem Hauptantrag ("Hilfsantrag 1") angegeben, bestehen auch hier die dort angesprochenen und festgestellten Wechselbeziehungen zwischen dem Polymer, seiner Vernetzung und darin vorhandenen Feinanteilen einerseits und der Zusammensetzung und der eingesetzten Menge der wässrigen Lösung von Aluminiumsulfat andererseits. Dies wird auch z.B. durch den letzten Satz auf Seite 5 verdeutlicht, wo explizit auf einen Zusammenhang zwischen Wassermenge und Salzgehalt hingewiesen wird. Außerdem ist das Argument der Einsprechenden, dass die "wässrige Lösung" gemäß Seite 5, Absatz 2 des Urtextes neben dem bevorzugten Wasser auch andere organische Lösungsmittel enthalten dürfe, eine Untergrenze von 0,05 Gew.-% aber nur für reines Wasser offenbart worden sei, von der Patentinhaberin nicht widerlegt worden.

3.2 Demgemäß ist die Kammer zur Meinung gelangt, dass die neu in die unabhängigen Ansprüche 1 und 5 des ersten Hilfsantrags eingefügten Bereichsgrenzen für die eingesetzte Wassermenge aus der ursprünglich eingereichten Fassung der Unterlagen nicht direkt und eindeutig zu entnehmen sind und die Formulierungen dieser beiden Ansprüche folglich gegen Artikel 123(2) EPÜ verstoßen.

3.3 Da dieser Hilfsantrag schon aus diesem Grund nicht gewährt werden kann, braucht auch hier auf die erhobenen Klarheitseinwände nicht eingegangen werden.

Zweiter Hilfsantrag (Anspruchssatz "Hilfsantrag 6")

4. Im zweiten Hilfsantrag ist ebenfalls ein spezieller im Rahmen der Beispiele auf Seite 31 im letzten Absatz offener Zahlenwert verallgemeinert und als Untergrenze für einen Mengenbereich, nämlich einen Feinstaubanteil <150 µm von 1,1 bis 15 Gew.-%, in die beiden unabhängigen Ansprüche 1 und 5 eingefügt worden.

4.1 Die Passage auf Seite 31 bezieht sich auf ein "Pulver eines an der Oberfläche nachvernetzten, zu 70 Mol.% mit Natronlauge teilneutralisierten Polyacrylsäurepolymerisats mit einem Feinstaubanteil <150 µm von 1,1 Gew.-%". Die Basis für die Obergrenze bezog sich auf zwei Aussagen auf Seite 16, Absatz 2 bzw. Absatz 5:
"Vorzugsweise beträgt der Feinstaubanteil mit einem mittleren Korndurchmesser kleiner 150 µm bis zu 15 Gew.%, besonders bevorzugt bis zu 10 Gew.% und ganz bevorzugt bis zu 5 Gew.%" bzw. "Vorzugsweise beträgt die Kornfraktion <150 µm bis zu 15 Gew.%, besonders bevorzugt bis zu 10 Gew.% und ganz bevorzugt bis zu 5

Gew.%" (Unterstreichung durch die Kammer). Diese beiden Aussagen finden sich nochmals im vorletzten Absatz von Seite 8 bzw. auf Seite 10, vorletzter Absatz. Daran schloss sich an jeder der vier zitierten Stellen ein Satz an, demzufolge für den Einsatz in der Hygieneindustrie eine obere Korngröße vom 1000 bzw. bevorzugt von 850 µm bewährt habe. Von einer Untergrenze ist nirgends die Rede.

Dies korreliert mit dem letzten Satz auf Seite 2 des Urtextes, aus dem hervorgeht, dass Feinanteile < 150 µm wegen ihres Staubverhaltens und ihrer inhalationstoxischen Eigenschaften bei solchen Produkten unerwünscht sind und abgesiebt werden (vgl. Seite 2, letzter Absatz, Zeile 3).

- 4.2 Keinesfalls lässt sich aus den ursprünglichen Unterlagen herauslesen, dass der Wert von 1,1 Gew.-% in Beispiel 20 als ein Mindestwert für einen für den beanspruchten Patentgegenstand wesentlichen Bestandteil zu verstehen sein soll. Vielmehr umfassen die oben erwähnten bzw. zitierten Aussagen auf den Seiten 8, 10 und 16 stets auch den Fall, dass keine Feinstaubanteile enthalten sind. Jede von Null verschiedene Untergrenze verletzt deshalb das Gebot von Artikel 123(2) EPÜ.
- 4.3 Auch das Argument der Patentinhaberin, dass im Absatz 5 auf Seite 16 der Zusatz von Feinstaub als positives Merkmal offenbart sei, kann die Kammer nicht davon überzeugen, dass die Untergrenze von 1,1 Gew.-% in den ursprünglichen Unterlagen eine direkte und eindeutige Basis hätte. Auf Seite 16 wird nur ausgesagt, dass ein solcher Feinanteil beim Trocknen, Mahlen und/oder Nachvernetzen (Seite 16, Absatz 2) bzw. in der Nach-

vernetzung (Seite 16, Absatz 5) entstanden sein oder dem Polymerpulver zugesetzt werden kann. Dort wird jedoch keinerlei Aussage über die Zugabe einer bestimmten Menge von Feinstaub gemacht. Auch die Angabe auf Seite 31, letzter Absatz (Beispiele 20 bis 24) gibt nur einen Gesamtgehalt an Feinstaub an, nicht aber dass überhaupt Recyclmaterial zugesetzt worden ist, geschweige denn eine Menge solchen Materials.

Ebenso wenig kann den vorstehend angesprochenen Stellen der ursprünglichen Unterlagen entnommen werden, dass ein Wert von 1,1 Gew.-% für die Gesamtbreite der unabhängigen Ansprüche gelten sollte. Die Beispiele beziehen sich nur auf eine kleine Gruppe (einiger spezieller Acrylsäurepolymerisate) innerhalb der in den Ansprüchen enthaltenen viel breiteren Definition von Polymerisaten.

4.4 Aus diesen Feststellungen zieht die Kammer daher den Schluss, dass das neue Merkmal der beiden unabhängigen Ansprüche des zweiten Hilfsantrags, namentlich der Zusatz einer Mindestmenge von 1,1 Gew.-% Feinstaub, den ursprünglichen Unterlagen weder unmittelbar noch eindeutig zu entnehmen ist. Folglich verletzt auch dieser Antrag die Erfordernisse von Artikel 123(2) EPÜ. Er wird daher zurückgewiesen.

4.5 Damit erübrigt es sich, noch auf die Diskussion über die auf Seite 16 verwendeten Ausdrücke "*mittlere Korngröße*" und "*Kornfraktion*" einzugehen.

Dritter Hilfsantrag (Anspruchssatz "Hilfsantrag 8")

5. Die unabhängigen Ansprüche 1 und 3 des dritten Hilfsantrags gehen zurück auf die erteilten Ansprüche 6

und 10, wovon sie sich durch das angefügte folgende Merkmal unterscheiden:

"... wobei dem pulverförmigen, an der Oberfläche nachvernetzten Polymerisat vor dem Zusatz der Lösung ein Feinstaubanteil als eine Kornfraktion kleiner 150 µm zum Recyclieren [sic] von Feinanteilen zugesetzt wird."

- 5.1 Gemäß den ersten vier Zeilen der Absätze 2 und 5 von Seite 16 kann das Polymerpulver vor dem Zusatz der Salzlösung Feinstaubanteile aufweisen, die gemäß der zweiten dort angesprochenen Alternative zum Zwecke der Recyclierung zugesetzt worden sein können. Jedoch ist keinem der beiden Absätze von Seite 16 direkt und eindeutig zu entnehmen, dass dieser Zusatz *nach der Oberflächennachvernetzung des Polymers* zu erfolgen habe.
- 5.2 Diese Beschreibungsstellen geben nur an, dass gemäß der erstgenannten Alternative im pulverförmigen Polymer enthaltene Feinstaubanteile beim Trocknen, Mahlen und/oder Nachvernetzen entstanden sein können. Insoweit ist die gegenüber Absatz 2 engere Formulierung dieser Alternative in Absatz 5, also der Zeitpunkt der Entstehung des Feinanteils beim Nachvernetzen, für die hier jetzt zu entscheidende Frage zu Artikel 123(2) EPÜ unerheblich.
- 5.3 Da diese Feststellungen zur Schlussfolgerung führen, dass das den beiden unabhängigen Ansprüchen des dritten Hilfsantrags hinzugefügte Merkmal in seiner vorliegenden Form den ursprünglichen Unterlagen nicht entnommen werden kann und diese Ansprüche folglich gegen Artikel 123(2) EPÜ verstoßen, muss auch der dritte Hilfsantrag zurückgewiesen werden.

- 5.4 Damit erübrigt sich, die weiteren erhobenen Einwände der Einsprechenden im Zusammenhang mit diesem Hilfsantrag noch zu behandeln.

*Durch die Einspruchsabteilung aufrechterhaltene Fassung
("Hilfsantrag 3")*

6. Während die Beschwerden der beiden Einsprechenden während des gesamten Beschwerdeverfahrens den vollständigen Widerruf des Streitpatents angestrebt haben, wurden seitens der Patentinhaberin zu verschiedenen Zeitpunkten des Beschwerdeverfahrens unterschiedliche Anträge gestellt, die alle die Erweiterung des durch die angefochtene Zwischenentscheidung aufrechterhaltenen Streitpatents über den damaligen Hilfsantrag 3 hinaus zum Ziel hatten.
- 6.1 Von diesen unterschiedlichen Anträgen der Patentinhaberin konnten nur die mit Schriftsatz vom 2. November 2009 gestellten Anträge als Grundlage für die mündliche Verhandlung am 12. Oktober 2011 dienen (Siehe Punkt VIII oben).
- 6.1.1 Diese Tatsache wurde schon durch die Wortwahl in den Schriftsätzen der Patentinhaberin vom 23. Juni 2008 und 2. November 2009 deutlich, in den ausdrücklich dargelegt wurde: "Nicht mehr Aufrechterhalten werden hingegen die mit Schriftsatz vom eingereichten Hilfsanträge ...". Diese Aussagen sind als eindeutiger Verzicht auf die genannten Hilfsanträge zu verstehen.
- 6.1.2 Die Parteien waren unterschiedlicher Meinung, ob diese Aussagen ebenfalls als Verzicht auf den in der Streitentscheidung aufrechterhaltenen Hilfsantrag 3

verstanden werden müssen. Da der Gegenstand dieses Antrags jedoch aus folgenden Gründen nicht den Erfordernissen des EPÜ entspricht, erübrigt es sich, auf diese Frage einzugehen.

7. Der in Rede stehende Wortlaut des einzigen in der Streitentscheidung aufrechterhaltenen Anspruchs enthält in seinem kennzeichnenden Teil nur das Merkmal "dass der Anteil des Polymerisates in bestimmten Bereichen der absorbierenden Sauglage zwischen 60 und 100 Gew.-% liegt". Dieses Merkmal war in keinem der Ansprüche der erteilten Fassung des Streitpatents enthalten und stellt demgemäß eine Änderung dar, die unter anderem auch auf die Erfüllung der Erfordernisse des Artikels 84 EPÜ untersucht werden muss.

- 7.1 Wie auf Seite 20, Absatz 2 des Urtexts und in Absatz [0062] des Streitpatents gezeigt wird, fehlt im vorliegenden Fall jegliche Aussage oder gar zahlenmäßige Beschränkung hinsichtlich der Eigenschaften des flüssigkeitsabsorbierenden Teils des beanspruchten Hygieneartikels. Die Lage und Größe der bestimmten Bereiche können mangels näherer Definition nur als völlig unbestimmt, also willkürlich bezeichnet werden. Jeder absorbierendes Polymerisat enthaltende flüssigkeitsabsorbierende Teil eines Hygieneartikels, wie er beansprucht wird, lässt sich bei nicht homogener Verteilung des Polymerisats, wie sie auf Seite 20, Absatz 2 ausdrücklich als Möglichkeit vorgesehen ist, willkürlich in Unterbereiche unterteilen, in denen die Prozent-Bedingung des vorliegenden Anspruchs erfüllt wird, und in andere, auf die dies nicht zutrifft. Diese Feststellung wird auch durch das Argument der Patentinhaberin nicht widerlegt, demzufolge es zumindest

möglich sein müsse, das Verhältnis Superabsorber zu Fasermaterial gewichtstechnisch zu ermitteln.

- 7.2 Mit der Entscheidung T 75/06 wurde das EP-Patent 0 752 892 widerrufen, ein Parallelschutzrecht zur Druckschrift US-A-5 669 894, die von der Patentinhaberin als Basis für die fragliche Formulierung zitiert worden ist (Seite 20, Zeile 18 des Urtexts bzw. Absatz [0062] des Streitpatents). Im Anspruch 1 des widerrufenen EP-Patents 0 752 892 war neben weiteren zahlenmäßig begrenzten Parametern, darunter auch die zusätzliche Definition eines Mindest-SFC-Werts für die Gelpermeabilität, von "*at least one region comprising hydrogel-forming absorbent polymer in a concentration of from 60 to 100 % ... by weight*" bzw. im Anspruch 1 des US-Patents von "*at least one region ... from about 60 to 100 % by weight*" die Rede, zudem noch von "*in a given region*" an der zitierten Stelle von Spalte 28 der US-Patentschrift bzw. im Absatz [0121] der EP-Patentschrift. Trotz der zusätzlichen Parameter im Anspruch 1 der EP-Patentschrift, von denen zumindest der SFC-Wert direkt von der Zusammensetzung des saugfähigen Teils ("*absorbent member*") des beanspruchten Gegenstands beeinflusst wird, gelangte die Kammer im dortigen Fall zum Schluss, dass die Identifizierung der "*region*", also des Bereichs, der das hydrogel-bildende absorbierende Polymer enthält und die zusätzlich dort verlangten Parameter erfüllt, notwendig ist, um den dort beanspruchten absorbierenden Artikel identifizieren zu können (Nr. 4.1 der Entscheidungsgründe). Dieser Fall werde aber nur erfüllt, wenn dieser Bereich mit dem "*absorbent member as a whole*" identisch ist. Dies treffe jedoch nicht zu, wie dort aus der Formulierung "*at least one region*" im Anspruch und aus weiteren Stellen der

dortigen Beschreibung ersichtlich sei (Nrn. 4.2 und 4.3 der Entscheidungsgründe).

Hier sei dazu nur auf die Zeichnungen und die Definition von "absorbent member" in Spalte 8, Zeilen 2 bis 7 der US-Patentschrift (bzw. [0037] und [0038] in EP-B) sowie Nr. 4.7 der Entscheidungsgründe in T 75/06 (oben) verwiesen:

"The percentage of the hydrogel-forming polymer relative to other possible components (e.g. fibres, thermoplastic material, etc.) that are present in the region containing the polymer is specified in claim 1 as lying between 60 and 100%. However, the result will vary, depending on whether this percentage of hydrogel-forming polymer is calculated by including or excluding neighbouring areas. It will also depend on whether superabsorbent is present, upon the type of superabsorbent present (SFC/PUP), and the choice of the specific boundaries of the regions. There is no teaching as regards how much of the area abutting an area covered by the claimed hydrogel-forming absorbent polymer has to be included, how to define neighbouring regions or whether non-uniform regions (profiled regions) of the claimed hydrogel-forming polymer form one region or a plurality of regions. The definition of a "region" thus involves an arbitrary choice, in particular as regards the innumerable embodiments according to which the absorbent article comprises more than one absorbent member, which in turn comprise more than one region."

Die Feststellungen in der zitierten Entscheidung T 75/06 bezüglich der zur Grundlage der Prozentangabe gemachten Lage und Größe der "regions" treffen auch auf die hiesigen "bestimmten Bereiche(n)" zu.

- 7.3 Daher beinhaltet dieses Merkmal keine klare und eindeutige Definition des beanspruchten Gegenstands. Dem Anspruch fehlt es daher an der für eine Aufrechterhaltung notwendigen Klarheit gemäß Artikel 84 EPÜ.
- 7.4 Bei dieser Sachlage erübrigt es sich, auf die anderen Einwände der Einsprechenden auch noch getrennt einzugehen.
8. Da keine weiteren Anträge der Patentinhaberin vorliegen, die die Erfordernisse der Konvention erfüllen, kann das Streitpatent aus den vorstehend genannten Gründen nicht aufrechterhalten werden.

Entscheidungsformel

Aus diesen Gründen wird entschieden:

1. Die angefochtene Entscheidung wird aufgehoben.
2. Das Patent wird widerrufen.

Die Geschäftsstellenbeamtin:

Die Vorsitzende:

E. Görgmaier

B. ter Laan