

Interner Verteilerschlüssel:

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

**Datenblatt zur Entscheidung
vom 8. Januar 2016**

Beschwerde-Aktenzeichen: T 0139/12 - 3.2.04

Anmeldenummer: 06007144.6

Veröffentlichungsnummer: 1817961

IPC: A22B3/00, A22C21/00

Verfahrenssprache: DE

Bezeichnung der Erfindung:

Verfahren zum tierschutzgerechten Töten von Vögeln

Patentinhaber:

Linde AG

Einsprechenden:

L'AIR LIQUIDE S.A.
Total Culling Concept group

Stichwort:

Relevante Rechtsnormen:

EPÜ Art. 56
VOBK Art. 13(3)

Schlagwort:

Erfinderische Tätigkeit - (ja)
Spät eingereichte Beweismittel -
Änderungen nach Anberaumung der mündlichen Verhandlung

Zitierte Entscheidungen:

Orientierungssatz:

siehe Gründe 4.1 - 4.6



**Beschwerdekammern
Boards of Appeal
Chambres de recours**

European Patent Office
D-80298 MUNICH
GERMANY
Tel. +49 (0) 89 2399-0
Fax +49 (0) 89 2399-4465

Beschwerde-Aktenzeichen: T 0139/12 - 3.2.04

**E N T S C H E I D U N G
der Technischen Beschwerdekammer 3.2.04
vom 8. Januar 2016**

Beschwerdeführer: L'AIR LIQUIDE S.A.
(Einsprechender 1) 75, Quai d'Orsay
75321 Paris Cedex 07 (FR)

Vertreter: Heine, Christian Klaus
KNH Patentanwälte Kahlhöfer Neumann
Rößler Heine PartG mbB
Postfach 10 33 63
40024 Düsseldorf (DE)

Beschwerdegegner: Linde AG
(Patentinhaber) Klosterhofstrasse 1
80331 München (DE)

Vertreter: Gellner, Bernd
Linde AG
Patente und Marken
Dr.-Carl-von-Linde-Strasse 6-14
82049 Pullach (DE)

**Weiterer
Verfahrensbeteiligter:** Total Culling Concept group
(Einsprechender 2) Asterweg 16
1031 HN Amsterdam (NL)

Angefochtene Entscheidung: **Entscheidung der Einspruchsabteilung des Europäischen Patentamts, die am 5. Dezember 2011 zur Post gegeben wurde und mit der der Einspruch gegen das europäische Patent Nr. 1817961 aufgrund des Artikels 101 (2) EPÜ zurückgewiesen worden ist.**

Zusammensetzung der Kammer:

Vorsitzender A. de Vries
Mitglieder: S. Oechsner de Coninck
 C. Heath

Sachverhalt und Anträge

- I. Die Beschwerdeführerin (Einsprechende) hat gegen die am 5. Dezember 2011 zur Post gegebenen Entscheidung der Einspruchsabteilung über die Zurückweisung des Einspruchs gegen das europäische Patent Nr. 1817961 am 19. Januar 2012 Beschwerde eingelegt, am gleichen Tag die Beschwerdegebühr entrichtet und die Beschwerdebegründung eingereicht.
- II. Mit dem Einspruch der Einsprechenden war das gesamte Patent im Hinblick auf Artikel 100(a) i.V.m. 52(1) und 56 EPÜ wegen mangelnder erfinderischen Tätigkeit angegriffen worden.

Die Einspruchsabteilung war der Auffassung, dass die genannten Einspruchsgründe der Aufrechterhaltung des Patents in unveränderter Form nicht entgegenstünden. Sie hat dabei die folgenden Entgegenhaltungen berücksichtigt:

D1: DK 113 295 A, mit seiner englischen Übersetzung;

D3: FR 2 578 390

D4: US 3 356 087

D5: M. Gerritzen et al.: "Slaughter of poultry during the epidemic of avian influenza in the Netherlands in 2003", Veterinary Record 2006, 159, 39-42,

8. Juli 2006.

- III. Mit Schreiben vom 4. Dezember 2015 hat die Beschwerdeführende die folgenden weiteren Beweismittel eingereicht:
- D5a: Ausdruck eines E-Mails von M. Gerritzen zur Veröffentlichungsdatum von D5
- D6: Auszug aus Inform – Das Magazin der Unfallkasse Hessen, Heft 4, Dezember 2005, S. 1 bis 7;
- D7: Bundesarbeitsblatt, Nr. 10-2003, S. 68, 69,;

- D8: M. A. Gerritzen et al.: "Euthanasia of Chicken Flocks during the 2003 avian influenza epidemic in the netherlands" , Animal Sciences Group of Wageningen University and Research Center, NL;
- D8a: Lieferschein von subito zur Lieferung von D8
- D8b: M. Gerritzen, "Acceptable Methods for Large Scale On-Farm Killing of Poultry for Disease Control", These, Universität Utrecht, 2006, S.117-118, Liste der Veröffentlichungen
- D9: Richtlinie 93/119/EG des Rates vom 22. Dezember 1993 über den Schutz von Tieren zum Zeitpunkt der Schlachtung oder Tötung, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Nr. L 340/21, 31.12.93 e;
- D10: Verordnung zum Schutz von Tieren im Zusammenhang mit der Schlachtung oder Tötung vom 3. März 1997, veröffentlicht im Bundesgesetzblatt I S. 405;
- D11: Ausdruck einer Internetseite mit Phasendiagramm von Kohlendioxid (www.cumschmidt.de/sm_co2_zustandsdiag.htm);
- D12: Auszug aus Brockhaus, Enzyklopädie in zwanzig Bänden, 17. Auflage, 1968, Sechster Band, S. 391;
- IV. Am 8. Januar 2016 wurde vor der Kammer zur Sache mündlich verhandelt.
- V. Die Beschwerdeführerin beantragt, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und das Patent im gesamten Umfang zu widerrufen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen. Hilfsweise wurde beantragt, die Beschwerde aufzuheben und das Patent mit dem mit Schreiben vom 10. Dezember 2015 eingereichten Hilfsanträgen 1 bis 2 aufrechtzuerhalten.

VI. Die zum Zeitpunkt der vorliegenden Entscheidung maßgebende Fassung des unabhängigen Anspruchs 1 des Hauptantrags (wie erteilt) lautet wie folgt:

"Verfahren zum tierschutzgerechten Töten von Tieren, insbesondere Vögeln, wobei die Tiere an ihrem Aufbewahrungsort einer Kohlendioxid-Atmosphäre ausgesetzt werden, wobei dem Aufbewahrungsort flüssiges Kohlendioxid zugeführt wird, dadurch gekennzeichnet, dass das flüssige Kohlendioxid einem Stall zugeführt wird."

VII. Die Beschwerdeführerin trug im Wesentlichen folgendes vor.

- Im Patent sei der Begriff "Stall" nicht weiter definiert, deswegen sei er auch in Anspruch 1 breit auszulegen. Ausgehend von D1 liege die Aufgabe darin, das bekannte Verfahren zum Töten von Tieren zu verbessern. Die Aufbewahrungsräume von D4 fallen unter den Begriff Stall im breitesten Sinne, demnach werde der Fachmann diese Lehre anwenden und ohne erfinderisches Zutun zur beanspruchten Zuführung des flüssigen Kohlendioxids in den Stall gelangen.

- Die mit Schreiben von 4. Dezember 2015 vorgebrachte neuen Dokumente D6 bis D12, den Neuheitseinwand basierend auf D5, D6, D7 oder D8, sowie der Angriff der mangelnder erfinderischen Tätigkeit ausgehend von einem der D6 oder D7 in Kombination mit dem Fachwissen, seien zwar verspätet, angesichts ihrer hohen Relevanz aber ins Verfahren einzuführen. Diese Entgegenhaltungen seien kurz und überschaubar und liegen auch auf einem einfachen technischen Gebiet, was das Verfahren nicht erschwere. D5a belege durch Abgabe zur Veröffentlichung des Schriftsatzes D5 sein Veröffentlichungsdatum, während die Vorveröffentlichung der D8 aus der D8a und D8b abzuleiten sei.

- VIII. Die Beschwerdegegnerin hat folgendes vorgetragen:
- Ein Stall sei normalerweise als ein Aufbewahrungsort auszulegen, wo Tiere lebten. Diese Möglichkeit bestehe bei den Boxen von D4 nicht. Deshalb entnehme der Fachmann aus D4 keine gültige Lehre, um das Verfahren der D1 in einem Stall anzuwenden.
 - Das neue Vorbringen im Schreiben der Beschwerdeführerin von 4. Dezember 2015 sei eindeutig zu spät und nicht ins Verfahren zuzulassen. Insbesondere seien die Vorveröffentlichungen der D5 und D8 vor dem Prioritätsdatum nicht zweifellos belegt, und deshalb unmöglich während der mündlichen Verhandlung zu klären.

Entscheidungsgründe

1. Die Beschwerde ist zulässig.
2. Erfinderische Tätigkeit - Hauptantrag
 - 2.1 Anwendungsgebiet der Erfindung-Auslegung des Anspruchs 1
Die Erfindung betrifft ein Verfahren zum tierschutzgerechten Töten von Tieren, insbesondere Vögeln, wobei die Tiere an ihrem Aufbewahrungsort einer Kohlendioxid-Atmosphäre ausgesetzt werden, wobei dem Aufbewahrungsort flüssiges Kohlendioxid zugeführt wird. Gemäß Anspruch 1 des Patents wird dieses Verfahren, dadurch gekennzeichnet, dass das flüssige Kohlendioxid einem Stall zugeführt wird.
 - 2.2 Nach Ansicht der Beschwerdeführerin solle der in Anspruch 1 verwendete Begriff "Stall" so interpretiert werden, dass er irgendwelchen Behältern zum Aufbewahren von mehreren Tieren entspreche. Der Anspruch 1 werde nicht auf bestimmte Tierarten begrenzt, er dürfe somit

im Falle von kleineren Tieren relativ engen Behältern entsprechen, solange mehrere Tieren untergebracht sein könnten.

- 2.3 Die Kammer teilt jedoch die Auffassung der Beschwerdegegnerinnen, wonach der Begriff "Stall" enger, nämlich als ein Aufbewahrungsort auszulegen ist, worin Tiere normal leben können. Das Patent gibt dem Begriff keine besondere Bedeutung, dementsprechend ist die gängige Auslegung des Fachmanns auf dem Gebiet der Landwirtschaft zu verwenden. Eine gängige Bezeichnung eines Stalls ist zum Beispiel ein zur separaten Unterbringung von Tieren dienendes Gebäude. Dementsprechend wird unter "Stall" eine Unterkunft für Tiere verstanden, in der gewöhnliche Lebensbedingungen herrschen. Unter anderem wird dies normalerweise so verstanden, dass die Tiere darin geschützt sind und schlafen, fressen oder trinken können. Mit diesem Verständnis wird das erfindungsgemäße Verfahren direkt in der normalen Umgebung der Tiere angewendet, und dabei entstehen die in Absatz 0012 der Patentschrift angegebenen Vorteile, dass die Tiere nicht in spezielle Behälter oder Kammern umgesetzt werden müssen und deswegen weniger gestresst sind.

3. Kombination von D1 mit D4

- 3.1 D1 beschreibt ein Verfahren und eine Einrichtung zum Töten von Schweinen, wobei mehrere hintereinander stehenden Boxen für ein einziges Tier in eine Grube gesenkt wird. In der Grube sprüht eine Einspritzvorrichtung flüssiges Kohlendioxid ein (Seite 6, Zeile 26- Seite 7, Zeile 21 der englischen Übersetzung).

- 3.2 Unbestritten unterscheidet sich der Gegenstand des Anspruchs 1 durch das kennzeichnende Merkmal, wonach das flüssige Kohlendioxid einem *Stall* zugeführt wird.

Die Aufgabe kann, wie von der Beschwerdeführerin vorgeschlagen, durch die Anwendung vor Ort darin gesehen werden, die Effizienz des bekannten Verfahrens so zu verbessern, dass eine größere Anzahl von Tieren getötet werden kann. Dies entspricht der in Absatz 0012 der Patentsschrift dargestellten Teilaufgabe, eine Massentötung zu ermöglichen.

Nach dem Vortrag der Beschwerdeführerin befasst sich die D1 mit der gleichen Aufgabe, da sie z.B. bezweckt, Kohlendioxidverluste zu vermeiden. Weiterhin sind aus D4 verschiedene Behälter zum temporären Aufbewahren von mehreren Tieren offenbart. Diese Behälter fallen unter die breite Definition eines Stalls und dürfen als solcher betrachtet werden. Wenn der Fachmann zur Lösung der gestellten Aufgabe nicht bereits auf sein Fachwissen zurückgreifen wird, dann würde er spätestens die D4 heranziehen, um das Verfahren nach D1 auf einen Behälter als Stall in breitesten Sinne anzuwenden und ohne erfinderisches Zutun zu der beanspruchten Zuführung des flüssigen Kohlendioxids in einem solchen Stall zu gelangen.

- 3.3 Ein Wesensmerkmal der Lehre der D1 ist die Grube, da Kohlendioxid, das dichter als Luft ist, daraus schwer entweichen kann und so Verluste vermieden werden können.

Im Gegensatz zu der in D1 verwendeten Grube, wo das Kohlendioxid nicht entweichen soll, ist ein Stall so konzipiert, dass er undicht ist, damit die darin gehaltene Tiere frei und normal atmen können. Dies

setzt einen freien Luftaustausch zwischen dem Innenraum des Stalles und der Umgebung voraus.

Die Grube der D1 bezweckt genau das Gegenteil, da durch die versenkte, umschlossene Lage eine schnelle Erhöhung der Kohlendioxidkonzentration erzielt werden soll. Aus diesen Gründen, weil es der Lehre der D1 wesensfremd ist, würde der Fachmann das durch D1 bekannte Verfahren nicht für die Verwendung in einem Stall in Betracht ziehen. Wie von der Beschwerdegegnerin argumentiert, würde die Verwendung des Verfahrens nach D1 in einem Stall von dem Fachmann als eine Zweckentfremdung angesehen werden. Im Gegensatz zu der von der Beschwerdeführerin im schriftlichen Verfahren vorgetragene Argumentationslinie gegen die erfinderische Tätigkeit, würde der Fachmann somit nicht unter Hinzunahme seines fachmännlichen Könnens das Verfahren wie in D1 umwandeln und auf einem Stall anwenden.

- 3.4 Aus dem gleichen Grund, nämlich dass es der Lehre der D1, eine Grube zu verwenden, wesensfremd ist, würde der Fachmann nicht erwägen, diese Lehre auf einen beweglichen Einschläferungsbehälter nach D4 anzuwenden. Aber auch wenn er das tun würde, würde er nicht zum Erfindungsgegenstand gelangen. Wie bereits unter Punkt 2.3 erwähnt, sollte der Stall als ein bestimmter Aufbewahrungsort ausgelegt werden, worin die Tiere normal leben können. Demgegenüber müssen die Behälter in D4, die zur Einschläferung mit Gas dienen (Spalte 4, Zeilen 60-67), gasdicht sein, und somit untauglich, Tiere darin langfristig lebendig unterzubringen (siehe hierzu Spalte 3, Zeilen 59-64). Selbst wenn wie bei kleineren Tieren wie Vögeln das größere Gehäuse 12 das Volumen eines Stalls aufweisen könnte, so würde der Fachmann dieses Gehäuse 10,11 oder 12 nicht als einen

Stall betrachten. Die Gehäuse sind eindeutig nur zum Einschläfern konzipiert, und erlauben auch keine Unterkunft für Tiere, in der gewöhnliche Lebensbedingungen herrschen. Ebenso wenig bieten sie im Gegensatz zur vorgebrachten Argumentation eine temporäre Aufbewahrung an. Somit führt die vorgeschlagene Kombination mit D4 nicht zum beanspruchten Gegenstand.

3.5 Die gleichen Überlegungen gelten auch für die schriftlich vorgetragene Kombination mit D3. In ähnlicher Weise wie in D4, wird dort ein gasdichtes Gehäuse 1 beschrieben, in das die Tiere eingebracht und eingeschläfert werden (Seite 2, Zeilen 37-41), das der Fachmann aber nicht als einen Stall im Sinne des Anspruchs erkennen würde. Wenn der Fachmann überhaupt auf der Gedanken käme, die Lehre der D1 auf einen Behälter wie in der D3 anzuwenden, würde er somit wiederum nicht zum Erfindungsgegenstand gelangen. Der Fachmann entnimmt sonst aus der D3 auch keine Anregung, in einem gasundichten Großraum wie einem Stall zu arbeiten.

3.6 Folglich kommt die Kammer zu dem Schluss, dass ausgehend von der D1 und unter Hinzunahme allgemeinen Fachwissens oder in Zusammenschau mit der D3 oder der D4 der Gegenstand des Anspruchs 1 des Hauptantrags auf einer erfinderischen Tätigkeit beruht, und dass dieser Einspruchsgrund der Aufrechterhaltung des erteilten Patentes nicht im Wege steht. Damit bestätigt die Kammer den Befund der angegriffenen Entscheidung.

4. Verspätetes Vorbringen

4.1 In ihrem Schreiben vom 4. Dezember 2015 hat die Beschwerdeführerin die neuen Beweismittel D6 bis D12

eingereicht und zum ersten Mal die Neuheit basierend auf D5, D6, D7 oder D8 angegriffen, sowie einen neuen Angriff der mangelnden erfinderischen Tätigkeit ausgehend von einem der D6 oder D7 in Kombination mit dem Fachwissen, belegt durch die Dokumente D9 bis D12 vorgebracht.

- 4.2 Es ist unstrittig, dass die Argumente und Beweismittel D5 bis D12 nicht mit der Beschwerdebeurteilung vorgebracht wurden, obwohl diese nach Art 12(2) VOBK den vollständigen Sachvortrag der Beschwerdeführerin enthalten haben sollte. In der Beschwerdebeurteilung wurde nur die erfinderische Tätigkeit in Frage gestellt, und zwar auf Grund der oben diskutierten Kombination von D1 mit dem allgemeinen Fachwissen, D3 oder D4. Diese neuen Argumente und Beweismittel, die zudem nach Anberaumung der mündlichen Verhandlung vor der Kammer eingereicht wurden, sind somit als Änderungen des Vorbringens im Sinne des Artikels 13(3) VOBK zu betrachten. Gemäß Artikel 13(3) VOBK sind solche Änderungen nicht zuzulassen, wenn sie Fragen aufwerfen, deren Behandlung der Kammer oder der Beschwerdegegnerin ohne Verlegung der mündlichen Verhandlung nicht zuzumuten ist.
- 4.3 Die Kammer stellt zunächst fest, dass keine Rechtfertigung für das verspätete Vorbringen vorliegt. Dass ein Vertreterwechsel stattgefunden hat, kann nach ständiger Rechtsprechung nicht als Rechtfertigung gelten, siehe Rechtsprechung der Beschwerdekammern des EPA, 7. Auflage, 2013 (RdBK), IV.C.1.4 e).
- 4.4 D5 war zur Prüfung der Neuheit von der Einspruchsabteilung in ihrer Entscheidung bereits von Amts wegen berücksichtigt worden. Sie war aber zum Ergebnis gekommen, dass eine Vorveröffentlichung der D5

nicht zweifelsfrei bewiesen sei. Insbesondere, so stellte die Einspruchsabteilung fest, dass dieses Dokument ein Veröffentlichungsdatum vom 8. Juli 2006 aufweist, und somit nach dem Prioritätstag des Patents am 10. Februar 2006 veröffentlicht wurde.

Anhand einer Email eines der Autoren von D5, siehe das neue Beweismittel D5a, vertritt die Beschwerdeführerin nun die Meinung, dass spätestens bei der Abgabe des Artikels Ende 2004 beim Verlag die Veröffentlichung stattgefunden haben soll.

Nach Meinung der Kammer ist das Datum, an dem ein Artikel zur Publikation beim Verlag abgegeben wird, nicht ohne weiteres gleichzusetzen mit dem Veröffentlichungstag des tatsächlich veröffentlichten Artikels. Dies hängt von den Umständen ab, ob zum Beispiel ein Peer-Review stattgefunden hat und unter welchen Bedingungen, und ob sich zwischen Abgabe und tatsächlicher Publikation inhaltlich etwas geändert hat, wie bei Fachartikeln durchaus üblich. Zu diesen genauen Umständen ist weder ausgeführt, noch sind Belege eingereicht worden. Die genauen Umstände und etwaige Änderungen festzustellen, ist im Rahmen der mündlichen Verhandlung nicht möglich.

- 4.5 D8 ist die Kopie eines Fachaufsatzes, dessen Inhalt nach den Ausführungen der Beschwerdeführerin unter Verweis auf D8a und D8b während einer Konferenz in der Türkei (XXII World's Poultry Congress in 2004 in Istanbul) vorgestellt wurde.

Die Zahl der Seiten sowie ihre Nummerierung nach Angabe der D8a und D8b (2 Seiten 762 - 763) entsprechen aber nicht denen der D8 (4 dichtgedruckte Seiten 1 bis 4). Auch der in D8a und D8b angegebene Titel ("Euthanasia

of flocks of chicken...") ist nicht identisch mit dem Titel der D8 (" Euthanasia of Chicken Flocks..."). Es bestehen somit nicht völlig unbegründete Zweifel, ob D8a und D8b auf die D8 Bezug nehmen und so sein Veröffentlichungsdatum belegen. Wie auch von der Beschwerdeführerin eingeräumt, lag es nicht im Rahmen der mündlichen Verhandlung, diese Zweifel auszuräumen.

Aus den bevorstehenden Gründen hat die Kammer in Ausübung ihres Ermessens nach Artikel 13(3) VOBK beschlossen, den neuen Vortrag zu D5 und D8 sowie die Beweismittel D5a, D8, D8a und D8b nicht in das Verfahren zuzulassen.

4.6 Spätes Vorbringen in Bezug auf die Dokumente D6, D7, D9 bis D12

Der auf D6 oder D7 basierende Neuheitseinwand, sowie der Angriff auf die erfinderische Tätigkeit ausgehend von D6 und D7 in Kombination mit dem Fachwissen belegt durch D9, D10 und D11 stellt eine völlig neue Argumentation auf Grund neuer Beweismittel dar, die über den Umfang und Rahmen des Beschwerdeverfahrens, wie durch die Beschwerdebegründung und die Erwiderung darauf festgelegt, hinausgeht. Sie stellen einen neuen Fall ("fresh case") dar, dessen Zulassung normalerweise eine Zurückverweisung zur Folge haben müsste, um die Möglichkeit einer Prüfung durch zwei Instanzen zu gewähren (siehe z.B. RdBK, IV.E.7.2.1) - wie auch von der Beschwerdeführerin befürwortet -, mindestens aber zur Aussetzung der Verhandlung führen müsste, damit der Beschwerdegegnerin die Gelegenheit geboten wird, darauf angemessen zu reagieren. In beiden Fällen ist dann eine Behandlung dieses Vorbringens im Rahmen der mündlichen Verhandlung weder für die Kammer noch für die Beschwerdegegnerin zumutbar.

Daher entschied die Kammer in Anwendung von Artikel 13(3) VOBK i.Z.m. Artikel 114(2) EPÜ, die mit dem Schreiben der Beschwerdeführerin vom 4. Dezember 2015 vorgelegten Dokumente D6 bis D12 und das darauf basierende Vorbringen nicht in das Verfahren zuzulassen.

Entscheidungsformel

Aus diesen Gründen wird entschieden:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen

Der Geschäftsstellenbeamte:

Der Vorsitzende:



G. Magouliotis

A. de Vries

Entscheidung elektronisch als authentisch bestätigt