

Interner Verteilerschlüssel:

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

**Datenblatt zur Zwischenentscheidung
vom 11. Juni 2024**

Beschwerde-Aktenzeichen: T 2175/15 - 3.X.X

Anmeldenummer: XXX

Veröffentlichungsnummer: XXX

IPC: X

Verfahrenssprache: DE

Bezeichnung der Erfindung:

-

Patentinhaber:

N.N.

Einsprechende:

N.N.

Relevante Rechtsnormen:

EPÜ Art. 24(3) Satz 2, 24(4), 114(2)

VOBK Art. 13(1) (2007), 13(3) (2007)

VOBK 2020 Art. 15(4), 20(1) Satz 1, 23

Schlagwort:

Verdacht auf Befangenheit - nach Kenntnis vom Ablehnungsgrund
vorgenommene Verfahrenshandlungen (offen gelassen) - den
Ausschluss rechtfertigende Befangenheit (nein) - willkürliche
Verfahrenshandlung (nein)

Zitierte Entscheidungen:

G 0001/05



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

Beschwerde-Aktenzeichen: T 2175/15 - 3.X.X

Z W I S C H E N E N T S C H E I D U N G
der Technischen Beschwerdekammer 3.X.X
vom 11. Juni 2024

Beschwerdeführer: N.N.
(Patentinhaber 1)

Beschwerdeführer: N.N.
(Patentinhaber 2)

Vertreter: N.N.

Beschwerdeführer: N.N.
(Einsprechende)

Vertreter: N.N.

Angefochtene Entscheidung: **Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung
des Europäischen Patentamts über die
Aufrechterhaltung des europäischen Patents
Nr. XXX in geändertem Umfang, zur Post
gegeben am 21. September 2015.**

Zusammensetzung der Kammer:

Vorsitzender N.N.
Mitglieder: N.N.
N.N.

Sachverhalt und Anträge

- I. Diese Zwischenentscheidung behandelt den ersten von insgesamt fünf Befangenheitsanträgen der Einsprechenden im vorliegenden Beschwerdeverfahren.
- II. Das Beschwerdeverfahren betraf ursprünglich die Beschwerden der Patentinhaber sowie der Einsprechenden gegen die Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung vom 21. September 2015, das Patent in geändertem Umfang aufrechtzuerhalten.
- III. In der mündlichen Verhandlung am 21. Januar 2021 vor der Kammer in ihrer ursprünglichen Besetzung stellten die Patentinhaber erstmals einen neuen Hilfsantrag I, welcher durch Streichung der erteilten Vorrichtungsansprüche nur die erteilten Verfahrensansprüche als Ansprüche 1 bis 6 umfasste. Es wurde sodann die Zulassung dieses Antrags diskutiert, wobei auf Seite 4 des Protokolls der mündlichen Verhandlung festgehalten ist, dass in diesem Zusammenhang insbesondere folgende Punkte erörtert wurden:

"1) Ob für die Frage der Zulassung des neuen Hilfsantrags I der Artikel 13 VOBK 2007 oder der Artikel 13 (2) VOBK 2020 anzuwenden sei.

2) Ob bei Anwendung des Artikels 13 VOBK 2007 auch der Artikel 13 (1) VOBK 2020 zur Anwendung käme, oder ob es der Kammer bei der Ausübung ihres Ermessens nach Artikel 13 VOBK 2007 freistehe, Kriterien heranzuziehen, die in Artikel 13 (1) VOBK 2020 genannt seien.

3) *Ob der neue Hilfsantrag I Fragen aufwerfe, deren Behandlung der Einsprechenden und der Kammer ohne Verlegung der mündlichen Verhandlung zuzumuten sei.*

4) *Ob es, bei einer Anwendung des Artikels 13 VOBK 2007, nach dem Wortlaut des Artikels 13 (3) VOBK 2007 überhaupt ein Ermessen der Kammer gäbe, einen in der mündlichen Verhandlung erstmals gestellten Antrag zuzulassen, auch wenn dies zu einer Verlegung der mündlichen Verhandlung führen würde. Oder ob nach der Rechtsprechung der Beschwerdekammern das Ermessen der Kammer nach Artikel 13 (1) VOBK 2007 auch im Falle des Artikels 13 (3) VOBK 2007 vorläge."*

Die Einsprechende wandte sich gegen eine Zulassung des Hilfsantrags I und beantragte eine Vertagung der mündlichen Verhandlung, da es für sie nicht zumutbar sei, sich in der mündlichen Verhandlung zu den Verfahrensansprüchen zu äußern. Im vorletzten Absatz auf Seite 6 des Protokolls ist sodann Folgendes ausgeführt:

"Auf Frage des Vorsitzenden, ob eine längere Unterbrechung der mündlichen Verhandlung von z.B. zwei Stunden der Einsprechenden zur Vorbereitung einer Diskussion über die Gewährbarkeit der Verfahrensansprüche genügen würde, erklärte die Einsprechende, dass dies nicht ausreichen würde, da es eine völlig neue Situation für sie sei und auch neuer Stand der Technik wie z.B. die Entgegenhaltung D4 oder D3 zu diskutieren sei."

Die Patentinhaber wandten sich gegen eine Vertagung, da es hierfür keine Notwendigkeit gebe. Sodann ist im Protokoll, Seite 7 Mitte bis Seite 8 unten, Folgendes festgehalten:

"Nach Fortsetzung der mündlichen Verhandlung teilte der Vorsitzende den Beteiligten mit, dass die Kammer beabsichtige, den neuen Hilfsantrag I in das Verfahren zuzulassen und die mündliche Verhandlung zu vertagen. Außerdem beabsichtige die Kammer, erst der Einsprechenden eine zweimonatige Frist, die mit der Zustellung der Niederschrift über die mündliche Verhandlung beginnen würde, zur Stellungnahme hinsichtlich der Gewährbarkeit des Hilfsantrags I zu setzen, und dann den Pateninhabern [sic] eine zweimonatige Frist für ihre Erwiderung auf die Eingabe der Einsprechenden.

Die Einsprechende fragte die Kammer, welche konkrete Rechtsprechung es trotz des eindeutigen Wortlauts des Artikels 13 (3) VOBK 2007 erlaube, einen in der mündlichen Verhandlung erstmals gestellten Antrag zuzulassen, auch wenn dies zu einer Vertagung der mündlichen Verhandlung führen würde.

Die mündliche Verhandlung wurde von 12.57 - 13.14 Uhr unterbrochen.

Nach Fortsetzung der mündlichen Verhandlung teilte die Kammer den Beteiligten mit, dass sie auf Anhieb keine konkrete Entscheidung nennen könne. Dies sei aber auch nicht notwendig, denn die Kammer sei der Auffassung, dass sie auch dann ein Ermessen nach Artikel 13 VOBK 2007 habe, den Hilfsantrag I in das Verfahren zuzulassen, wenn es zu einer Vertagung der mündlichen Verhandlung komme. Der Absatz 3 des Artikels 13 VOBK 2007 müsse in Zusammenschau mit dem Absatz 1 des Artikels 13 VOBK 2007 gelesen werden. Der Artikel 13 (3) VOBK 2007 könne auch im Hinblick auf Artikel 114 (2) EPÜ das Ermessen der Kammer, verspätetes Vorbringen zuzulassen, nicht völlig einschränken.

Die Einsprechende kündigte daraufhin an, einen Befangenheitsantrag stellen zu wollen.

Die mündliche Verhandlung wurde von 13.25 - 14.40 Uhr unterbrochen.

Nach Fortsetzung der mündlichen Verhandlung erklärte die Einsprechende, doch keinen Befangenheitsantrag stellen zu wollen und machte weitere Ausführungen zu der Frage der Zulassung des neuen Hilfsantrags I im Hinblick auf den Artikel 13 (3) VOBK 2007. Insbesondere trug sie vor, dass es wegen des Wortlauts des Artikels 13 (3) VOBK 2007 hohe Hürden geben müsse, einen Antrag in das Verfahren zuzulassen, wenn dieser Antrag eine Vertagung der mündlichen Verhandlung notwendig mache. Vorliegend gäbe es keinerlei Gründe, die für eine Zulassung sprechen würden. Auch gebe es vorliegend keine Entschuldigungsgründe oder eine besondere Situation.

Die Patentinhaber trugen vor, dass eine Streichung von erteilten Ansprüchen in einem Antrag eigentlich nicht als verspätet angesehen werden könne. Da es für die Kammer und die Einsprechende zumutbar sei, sich mit den erteilten Verfahrensansprüchen auseinanderzusetzen, sei eine Vertagung der Verhandlung als ein Entgegenkommen der Kammer für die Einsprechende zu sehen und nicht als eine Notwendigkeit."

Beide Beteiligten stellten im Anschluss einen Antrag auf anderweitige Kostenverteilung. Das Protokoll lautet sodann auf Seite 9 Mitte im Hinblick auf die im Anschluss erfolgte Beratung der Kammer wie folgt:

"Nach Fortsetzung der mündlichen Verhandlung teilte der Vorsitzende den Beteiligten mit, dass die Kammer der

Ansicht sei, dass sie ein Ermessen auch dann nach Artikel 13 (1) und (3) VOBK 2007 habe, wenn die mündliche Verhandlung verlegt werde. Im vorliegenden Fall ginge es nicht nur um die Streichung von erteilten Ansprüchen, sondern es gebe auch besondere Umstände. Zu den erteilten Verfahrensansprüchen gebe es ein obiter dictum der Einspruchsabteilung in der angefochtenen Entscheidung und dazu hätten die Pateninhaber [sic] Stellung genommen.

Die Kammer habe deshalb in Ausübung ihres Ermessens nach Artikel 13 VOBK 2007 entschieden, den von den Patentinhabern in der mündlichen Verhandlung eingereichten Hilfsantrag I in das Beschwerdeverfahren zuzulassen. Die mündliche Verhandlung werde vertagt."

- IV. Mit Schriftsatz vom 12. April 2021 lehnte die Einsprechende die Mitglieder der Kammer gemäß Artikel 24 (3) EPÜ wegen der Besorgnis der Befangenheit ab. Dieser Antrag stellt den hier streitgegenständlichen Befangenheitsantrag dar.
- V. Im weiteren Verlauf des Verfahrens haben die Beteiligten ihre jeweilige Beschwerden zurückgenommen. Die jeweiligen Kostenaufuerlegungsanträge der Beteiligten blieben bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor der hier erkennenden Ersatzkammer aufrechterhalten.
- VI. Die Einsprechende stellte außerdem im weiteren Verlauf des Verfahrens gegen die Kammermitglieder in ihrer ursprünglichen Besetzung sowie gegen einzelne Mitglieder der zur Entscheidung über die weiteren Befangenheitsanträge berufenen Ersatzkammern zeitlich gestaffelt vier weitere Befangenheitsanträge, über die die jeweiligen Ersatzkammern mit Zwischenentscheidung

vom 1. April 2022 (Befangenheitsantrag 2) sowie mit Zwischenentscheidungen vom 23. Juni 2023 (Befangenheitsanträge 3 bis 5) entschieden haben. Die Ersatzkammern kamen dabei jeweils zum Ergebnis, dass die Befangenheitsanträge unbegründet gewesen seien.

- VII. Im Hinblick auf den noch zu behandelnden ersten Befangenheitsantrag, der sich aufgrund des zwischenzeitlichen Ausscheidens eines Mitglieds aus der Kammer noch gegen die zwei verbliebenen Mitglieder der Kammer in ihrer ursprünglichen Besetzung richtet, wurde gemäß Artikel 5 des Geschäftsverteilungsplans der Technischen Beschwerdekammern für 2023 die Besetzung einer Ersatzkammer festgelegt. Die beiden als befangen abgelehnten Mitglieder haben sodann eine Stellungnahme im Sinne von Artikel 3 (2) VOBK abgegeben, die den Beteiligten zur Kenntnis gebracht wurde.
- VIII. Die hier erkennende Ersatzkammer lud im Hinblick auf den ersten Befangenheitsantrag und die Kostenaufwerlegungsanträge zu einer mündlichen Verhandlung am 11. Juni 2024 und erließ eine Mitteilung gemäß Artikel 15 (1) VOBK, in der sie ihre vorläufige Auffassung hinsichtlich des Befangenheitsantrags äußerte. In der mündlichen Verhandlung vor der Ersatzkammer beantragte die Einsprechende bezüglich des Befangenheitsantrags abschließend, die Mitglieder der Kammer in ihrer ursprünglichen Besetzung zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vom 21. Januar 2021 wegen Besorgnis der Befangenheit gemäß Artikel 24 (3) EPÜ abzulehnen. Die Patentinhaber beantragten abschließend bezüglich des Befangenheitsantrags dessen Verwerfung als unzulässig oder hilfsweise dessen Zurückweisung als unbegründet.

IX. Die Argumente der Einsprechenden lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- a) Der Befangenheitsantrag sei nicht gemäß Artikel 24 (3) Satz 2 EPÜ unzulässig, da sich der Ablehnungsgrund erst mit endgültiger Zulassung des Hilfsantrags I durch die Kammer am Ende der mündlichen Verhandlung ergeben habe.

- b) Die Kammer habe entgegen des eindeutigen Wortlauts von Artikel 13 (3) VOBK 2007 den erst in der mündlichen Verhandlung gestellten Hilfsantrag I zugelassen, obwohl hierdurch eine Vertagung der mündlichen Verhandlung notwendig geworden sei. Die Kammermitglieder hätten hierdurch die für sie durch Artikel 13 (3) VOBK 2007 kodifizierten Grenzen mit Absicht aufgrund persönlicher Befangenheit willkürlich durchbrochen und damit den Patentinhabern einen ungebührlichen Vorteil verschafft, der diesen tatsächlich nicht zustand. Andere Erklärungen, warum die für die Beschwerdekammer verbindliche Verfahrensordnung willentlich und wissentlich missachtet werde, seien nicht ersichtlich.

- c) Die persönliche Befangenheit werde auch dadurch illustriert, dass das juristische Mitglied und ihm folgend die gesamte Kammer als Grundlage für die Zulässigkeit eines Vertagens und gleichzeitigen Zulassens des Hilfsantrags auf die vermeintliche Existenz einschlägiger Rechtsprechung verwiesen habe, eine solche aber trotz Suche während einer Verhandlungsunterbrechung nicht habe konkret identifizieren können. Eine solche Rechtsprechung existiere tatsächlich auch nicht, wie die Kammer offensichtlich während der

Verhandlungsunterbrechung und durch eine vergebliche Recherche in der (damals aktuellen) 9. Auflage der Rechtsprechungsübersicht der Beschwerdekammern habe feststellen müssen. Gleichwohl habe die Kammer an ihrem Vorgehen festgehalten. Die in einem neuen Kapitel in der 10. Auflage der Rechtsprechungsübersicht aufgenommenen Entscheidungen zur hier streitgegenständlichen Frage sowie die einschlägigen Kapitel in der 9. Auflage würden die Auffassung der Kammer ebenfalls nicht tragen, sondern im Gegenteil die Auffassung der Einsprechenden bestätigen.

- d) Zwar sei im Protokoll der mündlichen Verhandlung nicht explizit festgehalten, dass die Kammer bei der Frage der Zulassung des Hilfsantrags Artikel 13 (3) VOBK 2007 angewandt und eine Vertagung der Verhandlung für notwendig erachtet habe. Beide Umstände ergäben sich jedoch ohne Weiteres aus einer objektiven Lesart des Protokolls, die nicht "*gegen den Strich*", sondern in verständiger Würdigung ("*with a mind willing to understand*") erfolgen müsse.
- e) Dass die Kammer auf Grundlage von Artikel 13 (3) VOBK 2007 entschieden habe, folge zudem aus dem Umstand, dass während der mündlichen Verhandlung das juristische Mitglied die Frage in den Raum gestellt habe, ob eine Vertagung auch ohne Notwendigkeit möglich sei, der Vorsitzende eine Diskussion hierüber aber mit dem Hinweis unterbunden habe, dass die Kammer in jedem Fall ein Ermessen auch gemäß Artikel 13 (3) VOBK 2007 habe. Hätte die Kammer tatsächlich die Auffassung vertreten, dass eine Vertagung der mündlichen

Verhandlung auch ohne deren Notwendigkeit möglich sei, hätte diese Frage in der mündlichen Verhandlung diskutiert werden müssen.

X. Die Argumente der Patentinhaber lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- a) Der Befangenheitsantrag sei unzulässig, weil die Einsprechende in der mündlichen Verhandlung nach ihrer Ankündigung, einen Befangenheitsantrag stellen zu wollen, als Verfahrenshandlung im Sinne von Artikel 24 (3) Satz 2 EPÜ einen Antrag auf anderweitige Kostenverteilung gestellt habe. Überdies beruhe die beantragte Ablehnung auf rein subjektiven, unbegründeten Zweifeln, so dass sie auch aus diesem Grund nach ständiger Rechtsprechung als unzulässig zurückzuweisen sei.
- b) Der Befangenheitsantrag sei auch unbegründet, da die Verdächtigungen der Einsprechenden und der äußere Anschein allein jedenfalls nicht ausreichend auf eine tatsächliche Befangenheit hindeuteten.
- c) Es sei ohne weiteres möglich, dass sich das juristische Mitglied an ältere Entscheidungen erinnert habe, die dann in die 10. Auflage der Rechtsprechungsübersicht aufgenommen wurden und denen zufolge eine Kammer auch auf dem Boden von Artikel 13 (3) VOBK 2007 ein Ermessen habe, erst in der mündlichen Verhandlung eingereichte Hilfsanträge zuzulassen.
- d) Vorliegend gehe es bestenfalls um einen Ermessens Fehlgebrauch durch die Kammer bei der Frage der Zulassung des Hilfsantrags; ein solcher (tatsächlich nicht gegebener) Ermessens Fehlgebrauch

sei aber nicht ausreichend für die objektive Besorgnis der Befangenheit. Hierfür müsste aus Sicht eines objektiven Dritten vielmehr ein willkürliches Verhalten der Kammer zum bewussten Nachteil einer Partei gegeben sein. Dahingehende Anhaltspunkte lägen aber tatsächlich nicht vor.

Entscheidungsgründe

1. *Zulässigkeit des Befangenheitsantrags*
 - 1.1 Die Kammer in ihrer ursprünglichen, aufgrund des zwischenzeitlichen Ausscheidens eines abgelehnten Mitglieds abgeänderten Besetzung hat keine Entscheidung zur Frage der Zulässigkeit des hier streitgegenständlichen Befangenheitsantrags getroffen, sondern vielmehr das Verfahren zur Bildung der Ersatzkammer gemäß Artikel 24 (4) EPÜ eingeleitet (siehe oben Ziffer VII.). Dieser Umstand zeigt, dass die Kammer in ihrer ursprünglichen, abgeänderten Besetzung offensichtlich zu dem Ergebnis gekommen ist, dass der Befangenheitsantrag aus ihrer Sicht jedenfalls nicht offensichtlich unzulässig sei.
 - 1.2 Es entspricht ständiger Rechtsprechung (vgl. Rechtsprechung der Beschwerdekammern des Europäischen Patentamts, 10. Aufl. 2022 ("RSBK"), III.J.3.1), dass die Ersatzkammer die Frage der Zulässigkeit des Befangenheitsantrags von Amts wegen und damit unabhängig von der (etwaigen) vorangegangenen - gegebenenfalls inzidenten - Entscheidung hierüber durch die Kammer in ihrer ursprünglichen Besetzung zu prüfen hat.

- 1.3 In Artikel 24 (3) Satz 2 EPÜ ist als ausdrückliche Zulässigkeitsvoraussetzung bestimmt, dass der den Ablehnungsantrag stellende Beteiligte keine Verfahrenshandlungen vorgenommen haben darf, obwohl er bereits den Ablehnungsgrund kannte.
- 1.4 Die Rechtsprechung der Beschwerdekammern verlangt darüber hinaus als ein weiteres, ungeschriebenes Zulässigkeitskriterium unter anderem, dass eine Ablehnung ausreichend substantiiert sein muss und nicht auf rein subjektiven, unbegründeten Zweifeln basieren darf (vgl. RSBK, III.J.3.3).
- 1.5 Die erkennende Kammer sieht das gerade genannte, von der Rechtsprechung entwickelte Zulässigkeitskriterium vorliegend als erfüllt an. Die Einsprechende hat ihren Befangenheitsantrag ausführlich und sachlich begründet und sich hierbei auf Umstände gestützt, die sich aus dem Verlauf der mündlichen Verhandlung vom 21. Januar 2021 ergeben. Die Kammer kann hierin nicht auf den ersten Blick ein Vorbringen von rein subjektiven Zweifeln erkennen. Ebenso wenig kann auf den ersten Blick gesagt werden, dass die Begründung der Einsprechenden den Befangenheitsantrag nicht trägt und dieser damit offensichtlich unbegründet ist. Tatsächlich bedarf es einer eingehenden Prüfung, ob die vorgebrachten Gründe überzeugen; dies ist nicht eine Frage der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit.
- 1.6 Die Einsprechende hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 21. Januar 2021 aufgrund der von der Kammer beabsichtigten Zulassung des Hilfsantrags I zunächst die Stellung eines Befangenheitsantrags angekündigt (siehe oben Ziffer III. mit der diesbezüglichen Wortlautwiedergabe des Protokolls), diesen jedoch letztlich nicht in der mündlichen

Verhandlung, sondern erst mit Schriftsatz vom 12. April 2021 gestellt. Zwischen Ankündigung des Befangenheitsantrags und dessen tatsächlicher Stellung beantragte die Einsprechende in der mündlichen Verhandlung als Verfahrenshandlung eine anderweitige Kostenverteilung. Vor diesem Hintergrund stellt sich die von den Parteien kontrovers diskutierte Frage, ob der Befangenheitsantrag die Zulässigkeitsvoraussetzung gemäß Artikel 24 (3) Satz 2 EPÜ erfüllt.

1.7 Angesichts der nachfolgenden Ausführungen zur Begründetheit des Befangenheitsantrags sieht die erkennende Kammer jedoch davon ab, eine Entscheidung zu dieser Frage zu treffen.

2. *Begründetheit des Befangenheitsantrags*

2.1 Nach ständiger Rechtsprechung der Beschwerdekammern (siehe RSBK, III.J.1.5) ist die Frage der Befangenheit eines abgelehnten Mitglieds anhand folgender zwei Prüfungen zu bestimmen:

- Erstens ist eine "subjektive" Prüfung durchzuführen, die Beweise einer tatsächlichen Befangenheit des betreffenden Mitglieds erfordert.
- Zweitens ist eine "objektive" Prüfung durchzuführen, bei der die Kammer beurteilt, ob die Umstände des Falls Anlass zu einer objektiv berechtigten Besorgnis der Befangenheit geben.

2.2 Die Einsprechende hat keinen Beweis für eine tatsächliche Befangenheit der abgelehnten Mitglieder vorgebracht. Vielmehr stützt sie sich auf Umstände, die ihrer Ansicht nach eine objektiv berechnete Besorgnis der Befangenheit begründen. Letztere ist daher im

Rahmen einer objektiven Prüfung zu beurteilen, für die die nachfolgend dargestellten Grundsätze gelten.

- 2.2.1 Es ist zu fragen, ob eine vernünftige, objektive und informierte Person angesichts der Sachlage mit gutem Grund befürchten würde, dass der Richter den Fall nicht unvoreingenommen behandeln wird; ein vernünftiger Betrachter müsste somit unter Berücksichtigung der Umstände des Falls zu dem Schluss gelangen, dass der Beteiligte die Unbefangenheit des abgelehnten Mitglieds mit gutem Grund in Zweifel ziehen könnte (vgl. G 1/05 vom 7. Dezember 2006, ABl. EPA 2007, 362, Gründe 20).
- 2.2.2 Eine den Ausschluss rechtfertigende Befangenheit setzt dabei voraus, dass ein an der Entscheidung mitwirkendes Kammermitglied einem Beteiligten gegenüber voreingenommen ist, also ein Beteiligter bewusst begünstigt wird, indem ihm Rechte eingeräumt werden, die ihm nicht zustehen, oder wenn die Rechte des anderen Beteiligten absichtlich missachtet werden. Mängel, Fehlverhalten oder Verfahrensfehler, so schwerwiegend sie auch sein mögen, können eine Ablehnung wegen Befangenheit nicht begründen, soweit sie nicht auf Voreingenommenheit oder Vorsatz zurückzuführen sind (vgl. RSBK, III.J.5.3.2).
- 2.2.3 Für das Vorliegen einer objektiv berechtigten Besorgnis der Befangenheit ist außerdem zu beachten, dass die bloße Möglichkeit der Befangenheit - als einer von mehreren denkbaren, gleichberechtigt nebeneinander stehenden Gründen für eine bestimmte Verhaltensweise des Mitglieds - nicht ausreichend ist. Vielmehr müssen besondere Umstände hinzutreten, aus denen ein objektiver Betrachter gerechtfertigterweise (also "mit gutem Grund", siehe oben Ziffer 2.2.1) schließen kann, dass das Verhalten des Mitglieds gerade auf eine

Voreingenommenheit gegenüber einem Beteiligten zurückzuführen ist. Eine solche Voreingenommenheit muss sich also dem objektiven Betrachter aufgrund der Umstände des Einzelfalls aufdrängen und damit mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit vorliegen. Solche Umstände könnten zum Beispiel gegebenenfalls dann angenommen werden, wenn Kammermitglieder abwertende Bemerkungen im Hinblick auf einen Beteiligten oder dessen Vertreter machen, oder etwa eine Rechtsanwendung oder Verfahrenshandlungen vornehmen, die so grob falsch oder unvertretbar sind, dass sie den Schluss auf Willkür zulassen. Bei Vorliegen solcher besonderen Umstände wäre es - worauf die Einsprechende in der mündlichen Verhandlung vor der erkennenden Kammer richtigerweise hingewiesen hat - nicht ausreichend für die Ablehnung der Besorgnis der Befangenheit, wenn ein anderer Grund für das Verhalten des Mitglieds lediglich denkbar ist, sich aber nicht aufdrängt und damit nicht ebenso wahrscheinlich ist.

- 2.3 Im vorliegenden Fall sieht die Einsprechende als maßgebliches, die objektive Besorgnis der Befangenheit der Mitglieder der Kammer in ihrer ursprünglichen Besetzung begründendes Verhalten die Zulassung des Hilfsantrags I bei gleichzeitiger Vertagung der mündlichen Verhandlung an. Hierdurch habe die Kammer willkürlich den insofern eindeutigen Wortlaut von Artikel 13 (3) VOBK 2007 ignoriert, demzufolge *"Änderungen des Vorbringens [...] nach Anberaumung der mündlichen Verhandlung nicht zugelassen [werden], wenn sie Fragen aufwerfen, deren Behandlung der Kammer oder dem bzw. den anderen Beteiligten ohne Verlegung der mündlichen Verhandlung nicht zuzumuten ist"*.
- 2.4 Die Argumentation der Einsprechenden setzt also als notwendige Vorbedingung für die behauptete Befangenheit

der Kammermitglieder voraus, dass die Kammer in der mündlichen Verhandlung vom 21. Januar 2021 im eröffneten Anwendungsbereich des Artikels 13 (3) VOBK 2007 gehandelt hat. Aus den nachfolgend erläuterten Gründen ist die erkennende Kammer jedoch nicht davon überzeugt, dass hierfür hinreichende Anhaltspunkte bestehen.

2.4.1 Die erkennende Kammer hält es in diesem Zusammenhang für sachgerecht, für die Beantwortung der Vorfrage, ob die Kammer tatsächlich Artikel 13 (3) VOBK 2007 als maßgeblich angesehen hat, denselben Maßstab heranzuziehen wie für die - bei Bejahung der Vorfrage - sich im Anschluss zu stellende Frage, ob eine objektiv berechnete Besorgnis der Befangenheit besteht. Mit anderen Worten muss die genannte Vorfrage nicht mit Sicherheit bejaht werden können; es genügt aber auf der anderen Seite auch nicht, dass nur die bloße Möglichkeit besteht, dass die Kammer bei ihrer Entscheidung, den Hilfsantrag zuzulassen und die mündliche Verhandlung zu vertagen, die Anwendbarkeit von Artikel 13 (3) VOBK 2007 bejaht hat. Letzteres muss sich dem objektiven Betrachter vielmehr aufdrängen, d.h. es muss hierfür eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen.

2.4.2 Dafür, dass die Kammer in der mündlichen Verhandlung tatsächlich Artikel 13 (3) VOBK 2007 angewandt hat, spricht die ausführliche Diskussion zu dessen Anwendbarkeit und seiner Voraussetzungen während der mündlichen Verhandlung (siehe oben den Protokollauszug in Ziffer III.). Hierfür spricht ferner der Umstand, dass die Kammer bei der von ihr gegebenen Begründung, warum sie ein Ermessen zur Zulassung des Hilfsantrags auch dann habe, wenn die mündliche Verhandlung verlegt werde, Artikel 13 (3) VOBK 2007 gemeinsam mit

Artikel 13 (1) VOBK 2007 zitierte (vgl. Protokoll, Seite 9, viertletzter Absatz). Zudem liegt die erste Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Vorschrift, nämlich die Einreichung des Hilfsantrags I durch die Patentinhaber als *"Änderung des Vorbringens nach Anberaumung der mündlichen Verhandlung"*, unstreitig vor.

2.4.3 Es ist jedoch aus Sicht der erkennenden Kammer bei verständiger Würdigung des Protokolls der mündlichen Verhandlung keineswegs ersichtlich, dass auch die zweite Voraussetzung in Artikel 13 (3) VOBK 2007 - nämlich dass durch die Änderung des Vorbringens Fragen aufgeworfen wurden, *"deren Behandlung der Kammer oder dem bzw. den anderen Beteiligten ohne Verlegung der mündlichen Verhandlung nicht zuzumuten ist"* - von der Kammer bejaht wurde.

- a) Wie sich aus Frage 3) des Fragenkatalogs auf Seite 4 des Protokolls ergibt, wurde zwar die genannte zweite Voraussetzung diskutiert. Eine explizit zum Ausdruck gekommene Auffassung der Kammer hierzu enthält jedoch das Protokoll an keiner Stelle, wie auch die Einsprechende einräumte.
- b) Der Vorsitzende hat ausweislich des Protokolls, Seite 6, die Einsprechende gefragt, ob ihr eine längere Unterbrechung der mündlichen Verhandlung von z.B. zwei Stunden zur Vorbereitung einer Diskussion über die Gewährbarkeit der Verfahrensansprüche genügen würde. Während die Einsprechende dies und damit eine Zumutbarkeit im Sinne von Artikel 13 (3) VOBK 2007 verneinte, zeigt die Frage des Vorsitzenden, dass möglicherweise aus Sicht der Kammer eine Zumutbarkeit für die Kammer

selbst und die Einsprechende durchaus gegeben war. Aus dem Umstand, dass tatsächlich vertagt wurde, ergibt sich dagegen noch kein logischer Schluss, dass die Kammer die Vertagung der mündlichen Verhandlung zur Vorbereitung auf die Erörterung des neuen Hilfsantrags I als (für sich selbst und/oder für die Einsprechende) notwendig erachtet hat.

- c) Die Kammer hat in der mündlichen Verhandlung lediglich kundgetan, dass sie eine Zulassung des Hilfsantrags I im Rahmen ihres Ermessens auch dann für möglich hielt, wenn dies zu einer Vertagung der mündlichen Verhandlung führe (vgl. Protokoll, den Seite 7 und Seite 8 überbrückenden Absatz sowie Seite 9, viertletzter Absatz). Diese Feststellung weist aber nur auf den Fakt einer Vertagung hin und lässt offen, ob diese von der Kammer auch als notwendig erachtet wurde.
- d) Die Patentinhaber haben während der mündlichen Verhandlung die Auffassung vertreten, dass eine Vertagung der mündlichen Verhandlung "*als ein Entgegenkommen der Kammer für die Einsprechende zu sehen [sei] und nicht als eine Notwendigkeit*" (vgl. Protokoll, Seite 8, vorletzter Absatz). Vor diesem Hintergrund ist es ohne Weiteres als normaler Vorgang in einem kontradiktorischen Verfahren denkbar, dass die Kammer der Ansicht einer der Parteien, hier der Patentinhaber, gefolgt ist.
- e) Während außerdem an einigen Stellen im Protokoll die Vorschrift des Artikels 13 (3) VOBK 2007 ausdrücklich zitiert ist, hat die Kammer am Ende der mündlichen Verhandlung ihre Entscheidung über die Zulassung des Hilfsantrags "*in Ausübung ihres Ermessens nach Artikel 13 VOBK 2007*" verkündet

(vgl. Protokoll, Seite 9, drittletzter Absatz) und damit die Anwendung von Artikel 13 (3) VOBK 2007 offengelassen. Die Zulassung des Hilfsantrags konnte aber auch auf Grundlage des während der mündlichen Verhandlung ebenfalls erörterten Artikels 13 (1) VOBK 2007 erfolgen.

- f) Der von der Einsprechenden geschilderte, oben in Ziffer IX. e) wiedergegebene (im Protokoll jedoch nicht enthaltene) Sachverhalt hinsichtlich der unterbliebenen Diskussion während der mündlichen Verhandlung über die Frage, ob eine Vertagung auch ohne Notwendigkeit möglich sei, gibt keinen näheren Aufschluss darüber, ob die Kammer die Vertagung für notwendig erachtet hat. Die Begründung, mit der laut der Einsprechenden der Vorsitzende die Diskussion unterbunden habe (die Kammer habe in jedem Fall, also auch bei Anwendung von Artikel 13 (3) VOBK 2007 ein Ermessen zur Zulassung des Hilfsantrags) sagt nichts darüber aus, ob die Kammer anschließend tatsächlich diese Vorschrift angewandt hat oder nicht. Der Einwand der Einsprechenden in diesem Zusammenhang - die genannte Frage hätte in der mündlichen Verhandlung diskutiert werden müssen, wenn die Kammer tatsächlich die Auffassung vertreten hätte, dass eine Vertagung der mündlichen Verhandlung auch ohne deren Notwendigkeit möglich sei - überzeugt die erkennende Kammer nicht: Ist bei Änderungen des Vorbringens nach Anberaumung der mündlichen Verhandlung eine Behandlung dieses Vorbringens für die Kammer und die anderen Beteiligten in der mündlichen Verhandlung zumutbar, ist deren Vertagung nicht notwendig, so dass sich die Frage der Zulassung des geänderten Vorbringens (nur) nach Artikel 13 (1) VOBK 2007 richtet. Die Frage einer

gleichwohl vorzunehmenden Vertagung der Verhandlung ist in diesem Fall von der Frage der Zulassung des Hilfsantrags losgelöst und wurde tatsächlich zwischen den Beteiligten in der mündlichen Verhandlung diskutiert.

- g) Wie zudem die Ersatzkammer bereits in Ziffer 3.3.2 e) der Zwischenentscheidung vom 23. Juni 2023 über den dritten Befangenheitsantrag der Einsprechenden ausgeführt hat, steht es im freien und grundsätzlich nicht überprüfbaren Ermessen eines Vorsitzenden, die mündliche Verhandlung auch ohne rechtliche Notwendigkeit zu vertagen, um eine *"faire, ordnungsgemäße und effiziente Durchführung der mündlichen Verhandlung"* sicherzustellen, siehe Artikel 15 (4) VOBK. Mögliche Gründe für eine solche Vertagung sind beispielsweise ein Entgegenkommen gegenüber einem Beteiligten, der ein entsprechendes Bedürfnis geäußert hat, die Ermöglichung eines wohlvorbereiteten Vortrags von ausstehenden Fragen zur Steigerung der Effizienz des Verfahrens, (drohende) zeitliche Engpässe oder etwa die Vermeidung oder Beendigung von Konfliktsituationen. Aus Sicht eines objektiven Betrachters erscheint es ohne Weiteres möglich, dass die Kammer die mündliche Verhandlung aus einem der genannten Gründe vertagt hat.

- 2.4.4 Aus den eben genannten Erwägungen stehen aus Sicht einer vernünftigen, objektiven und informierten Person die beiden in Betracht kommenden Alternativen - also die Vornahme der fraglichen prozessualen Handlungen durch die Kammer entweder auf Grundlage von Absatz 3 oder aber von Absatz 1 des Artikels 13 VOBK 2007 - als gleichberechtigte Möglichkeiten nebeneinander, ohne

dass die Umstände des Einzelfalls eine der beiden Alternativen als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen.

2.4.5 Somit steht für die erkennende Kammer nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit fest, dass die Kammer in ihrer ursprünglichen Besetzung gerade in Anwendung von Artikel 13 (3) VOBK 2007 den Hilfsantrag zugelassen und die mündliche Verhandlung vertagt hat. Ist es also ebenso gut möglich, dass die Kammer damals davon ausging, dass diese Vorschrift nicht zur Anwendung kommt, können die gerade genannten Verfahrenshandlungen der Kammer von vornherein nicht auf der von der Einsprechenden behaupteten willkürlichen Rechtsanwendung beruhen. Bereits aus diesem Grund ist daher der Befangenheitsantrag als unbegründet zurückzuweisen.

2.5 Selbst wenn man aber vorliegend zu Diskussionszwecken unterstellen würde, dass die Kammer in ihrer ursprünglichen Besetzung tatsächlich den Anwendungsbereich von Artikel 13 (3) VOBK 2007 als eröffnet sah - sie also die Notwendigkeit einer Vertagung bejahte -, kann die erkennende Kammer keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein willkürliches Verhalten der als befangen abgelehnten Kammermitglieder, das die objektive Besorgnis der Befangenheit begründen könnte, erkennen.

2.5.1 Der Willkürvorwurf der Einsprechenden gründet auf ihrer Rechtsansicht, dass nach dem Wortlaut von Artikel 13 (3) VOBK 2007 ("Änderungen [...] werden [...] *nicht zugelassen*, [...]"; Hervorhebung durch die erkennende Kammer) eine Kammer verspätetes Vorbringen nicht zulassen dürfe und sie also kein dahingehendes Ermessen eingeräumt bekomme bzw. ihr Ermessen auf Null

reduziert sei, wenn durch die Zulassung eine Vertagung der Verhandlung notwendig würde. Eine Rechtsanwendung entgegen einem eindeutigen Vorschriftwortlaut spreche also nach Auffassung der Einsprechenden für ein willkürliches Vorgehen.

2.5.2 Die erkennende Kammer merkt in diesem Zusammenhang zunächst an, dass die gerade genannte Auffassung nicht ohne Weiteres zutrifft. Der objektive Betrachter, auf den es bei der Beurteilung der Besorgnis der Befangenheit ankommt, steht an der Stelle der Einsprechenden, so dass hinsichtlich seines Wissensstands die gleichen Anforderungen zu stellen sind wie an einen Beteiligten eines Beschwerdeverfahrens. Es ist also davon auszugehen, dass er - ebenso wie die durch zwei zugelassene Vertreter vertretene Einsprechende - hinreichende juristische Kenntnisse für die Durchführung eines Beschwerdeverfahrens haben muss. Ihm ist daher bekannt, dass eine Auslegung einer Vorschrift entgegen ihrem Wortlaut nicht schlichtweg unzulässig und damit willkürlich ist. Vielmehr kann sich zum Beispiel eine zur Anwendung kommende Auslegung einer Vorschrift gemäß der Auslegungsmethode der sog. "teleologischen Reduktion" mit dem Wortlaut der Vorschrift in Widerspruch setzen, um dem Sinn und Zweck der Vorschrift Geltung zu verschaffen. Eine solche Auslegung wäre auch durch Artikel 32 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge gedeckt. Mit anderen Worten kann nicht schon aus dem Umstand allein, dass eine Rechtsanwendung dem Wortlaut einer auf den Sachverhalt anwendbaren Vorschrift zuwiderläuft, auf die Willkür dieser Rechtsanwendung geschlossen werden.

2.5.3 Die Einsprechende scheint im Übrigen selbst nicht davon auszugehen, dass eine Rechtsanwendung entgegen dem

Wortlaut einer Vorschrift uneingeschränkt willkürlich ist. Ausweislich des Protokolls hat sie nämlich in der mündlichen Verhandlung am 21. Januar 2021 vorgetragen, "*dass es wegen des Wortlauts des Artikels 13 (3) VOBK 2007 hohe Hürden geben müsse, einen Antrag in das Verfahren zuzulassen, wenn dieser Antrag eine Vertagung der mündlichen Verhandlung notwendig mache*" (Hervorhebung durch die erkennende Kammer).

2.5.4 Allerdings könnte aus Sicht eines objektiven Betrachters ein Indiz für willkürliches Verhalten gegeben sein, wenn eine Kammer eine Rechtsanwendung entgegen dem Wortlaut einer Vorschrift vornimmt, ohne dies in irgendeiner Weise hinreichend nachvollziehbar zu erläutern, sozusagen "aus einer Laune heraus". So verhält es sich aber vorliegend gerade nicht. Vielmehr hat die Kammer in der mündlichen Verhandlung ausweislich des Protokolls mehrere Gründe angegeben, warum sie der Ansicht war, dass sie - auch im Falle der Anwendung von Artikel 13 (3) VOBK 2007 - ein Ermessen zur Zulassung von verspätetem Vorbringen habe, selbst wenn es hierdurch zu einer Vertagung der mündlichen Verhandlung komme:

- Absatz 3 des Artikels 13 VOBK 2007 müsse in Zusammenschau mit dem Absatz 1 des Artikels 13 VOBK 2007 gelesen werden.
- Artikel 13 (3) VOBK 2007 könne auch im Hinblick auf Artikel 114 (2) EPÜ das Ermessen der Kammer, verspätetes Vorbringen zuzulassen, nicht völlig einschränken.
- Im vorliegenden Fall ginge es nicht nur um die Streichung von erteilten Ansprüchen, sondern es gebe auch besondere Umstände. Zu den erteilten

Verfahrensansprüchen gebe es ein obiter dictum der Einspruchsabteilung in der angefochtenen Entscheidung und dazu hätten die Patentinhaber Stellung genommen.

Die genannten Gründe sind aus Sicht eines objektiven Betrachters durchaus vertretbar und jedenfalls nicht schlechthin irrelevant oder auf den ersten Blick unzutreffend (siehe insbesondere zum zweiten oben aufgeführten Grund Artikel 23 VOBK - wonach die Verfahrensordnung für die Beschwerdekammern (nur dann) verbindlich ist, soweit sie nicht zu einem mit dem Geist und Ziel des EPÜ unvereinbaren Ergebnis führt - und zum dritten oben aufgeführten Grund die Ausführungen der Ersatzkammer in ihrer Zwischenentscheidung vom 23. Juni 2023 über den dritten Befangenheitsantrag, Ziffer 3.3.3). Es kommt dagegen für die Frage der Willkür und damit der Besorgnis der Befangenheit nicht darauf an, ob die Gründe tatsächlich auch überzeugend sind und damit ausreichen, um mit den Worten der Einsprechenden die "*hohen Hürden*" für die Zulässigkeit der vorgenommenen Rechtsanwendung zu überwinden. Würden die Gründe es nicht tun - eine Frage, die die Ersatzkammer nicht zu beantworten braucht -, läge lediglich ein nicht die Besorgnis der Befangenheit begründender Mangel oder Verfahrensfehler vor.

- 2.5.5 Darüber hinaus wäre es nach Auffassung der erkennenden Kammer aus Sicht eines objektiven Betrachters auch kein hinreichendes Indiz für eine willkürliche Rechtsanwendung, wenn eine Kammer in ihrer Entscheidung von einer ständigen Rechtsprechung abweichen würde oder sich dabei nicht auf eine bereits bestehende Rechtsprechung stützen könnte. Würde sich in diesen Fällen eine Kammer stets einem Willkürvorwurf (und

damit in der Konsequenz dem Vorwurf der Besorgnis der Befangenheit) ausgesetzt sehen, wäre eine Neubildung, Fortbildung oder Änderung der Rechtsprechung faktisch unmöglich oder jedenfalls deutlich erschwert.

Entscheidend, aber auch notwendig ist in diesen Fällen vielmehr, dass die konkrete Rechtsanwendung angemessen und sorgfältig begründet wird. Die selbstverständliche Möglichkeit einer abweichenden Rechtsprechung bei gleichzeitiger Begründung hierfür ist im Übrigen in Artikel 20 (1) Satz 1 VOBK ausdrücklich vorgesehen.

2.5.6 Anhaltspunkte dafür, dass die Kammer in ihrer ursprünglichen Besetzung diesem Begründungserfordernis nicht gerecht geworden wäre, sind aber nicht ersichtlich; vielmehr ist die Kammer durch die Angabe der oben aufgeführten Gründe für ihre Auffassung in der mündlichen Verhandlung diesem Erfordernis bereits gerecht geworden und hat damit zugleich deutlich gemacht, dass sie diesem Erfordernis auch in der schriftlichen Entscheidungsbegründung nachkommen wird.

2.5.7 Es kann daher vorliegend dahinstehen, ob es für die (hier unterstellte) Rechtsanwendung der Kammer entgegen dem Wortlaut von Artikel 13 (3) VOBK 2007 tatsächlich bereits Rechtsprechung gab, die eine solche Rechtsanwendung bestätigte, oder auch Rechtsprechung, die im Widerspruch zu einer solchen Rechtsanwendung stand, und ob solche Rechtsprechungen in der 9. oder 10. Auflage der Rechtsprechungsübersicht tatsächlich aufgeführt waren oder nicht. Es ist daher auch irrelevant, ob die Erinnerung des juristischen Mitglieds an eine bestätigende Rechtsprechung richtig war oder nicht. In jedem Fall gäbe es keine hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Kammer ihre (hier unterstellte) Rechtsanwendung in Abweichung vom

Wortlaut des Artikels 13 (3) VOBK 2007 in willkürlicher Art und Weise vorgenommen hat.

- 2.6 Da der Befangenheitsantrag der Einsprechenden jedenfalls unbegründet ist, konnte die Frage der Zulässigkeit des Befangenheitsantrags offen bleiben.

Entscheidungsformel

Aus diesen Gründen wird entschieden:

Der Antrag der Einsprechenden vom 12. April 2021, die Mitglieder der Kammer in ihrer ursprünglichen Besetzung zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vom 21. Januar 2021 wegen Besorgnis der Befangenheit gemäß Artikel 24 (3) EPÜ abzulehnen, wird zurückgewiesen.

Die Geschäftsstellenbeamtin:

Der Vorsitzende:



N.N.

N.N.

Entscheidung elektronisch als authentisch bestätigt