

Interner Verteilerschlüssel:

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

E N T S C H E I D U N G
vom 20. September 2001

Beschwerde-Aktenzeichen: T 1146/98 - 3.2.3

Anmeldenummer: 93920521.7

Veröffentlichungsnummer: 0636237

IPC: F25J 3/04

Verfahrenssprache: DE

Bezeichnung der Erfindung:

Verfahren zur Tieftemperaturzerlegung von Luft und
Luftzerlegungsanlage

Patentinhaber:

Linde Aktiengesellschaft

Einsprechender:

Praxair, Inc.

Stichwort:

-

Relevante Rechtsnormen:

EPÜ Art. 123(2)

Schlagwort:

"Disclaimer zulässig (nein)"

"Nichtberücksichtigung eines in der mündlichen Verhandlung
eingereichten Anspruchssatzes"

Zitierte Entscheidungen:

T 0161/82, T 0095/83, T 0934/97, G 0001/93

Orientierungssatz:

-



Europäisches
Patentamt

European
Patent Office

Office européen
des brevets

Beschwerdekammern

Boards of Appeal

Chambres de recours

Aktenzeichen: T 1146/98 - 3.2.3

E N T S C H E I D U N G
der Technischen Beschwerdekammer 3.2.3
vom 20. September 2001

Beschwerdeführer: Linde Aktiengesellschaft
(Patentinhaber) Abraham-Lincoln-Straße 21
D-65189 Wiesbaden (DE)

Vertreter: Kasseckert, Rainer
Linde Aktiengesellschaft
Zentrale Patentabteilung
D-82049 Höllriegelskreuth (DE)

Beschwerdegegner: Praxair, Inc.
(Einsprechender) 39 Old Ridgebury Road
Danbury, Ct., 06810-5113 (US)

Vertreter: Schwan, Gerhard, Dipl.-Ing.
Schwan Schwan Schorer
Patentanwälte
Elfenstraße 32
D-81739 München (DE)

Angefochtene Entscheidung: Entscheidung der Einspruchsabteilung des
Europäischen Patentamts, die am
23. November 1998 zur Post gegeben wurde und
mit der das europäische Patent Nr. 0 636 237
aufgrund des Artikels 102 (1) EPÜ widerrufen
worden ist.

Zusammensetzung der Kammer:

Vorsitzender: C. T. Wilson
Mitglieder: J. B. F. Kollar
M. K. S. Aúz Castro

Sachverhalt und Anträge

I. Die am 11. Dezember 1998 unter gleichzeitiger Zahlung der vorgeschriebenen Gebühr eingelegte Beschwerde der Patentinhaberin, im folgenden Beschwerdeführerin, richtet sich gegen die Entscheidung der Einspruchsabteilung vom 26. Oktober 1998, zur Post gegeben am 23. November 1998, mit der sie das Patent Nr. 0 636 237 wegen mangelnder erfinderischer Tätigkeit widerrufen hat, wobei der für das Beschwerdeverfahren relevante Stand der Technik noch folgende Entgegenhaltungen umfaßt:

- D1: V.P. Alekseer, A.E. Poberezkin, V.M. Braun,
"Column with stacked packing for film
fractionation of air", Übersetzung von
Khimicheskoe i Neftyanoe Mashinostroenie, No. 5,
Seiten 40-41, Mai 1971
- D2: V.P. Alekseer, Y.D. Navrotskii, V.M. Braun,
A.E. Poberezkin, "How mesh packings can be used
in the rectification towers of air separation
plants", Übersetzung von Khimicheskoe i Neftyanoe
Mashinostroenie, No. 9, Seiten 18-19, September
1966,
- D4: V.P. Alekseer, A.E. Poberezkin, V.M. Braun,
"Investigation of the efficiency of slotted
packings for low-temperature rectification of
argon fractions", Übersetzung von Khimicheskoe i
Neftyanoe Mashinostroenie, No. 4, Seiten 16-17,
April 1968,
- D6: V.P. Alekseer, A.E. Poberezkin, P.V. Gerassimov,
"Packed columns for air rectification: advantages

of regular shaped packing", veröffentlicht vom International Institute of Refrigeration in "Reliability and safety of air separation plant", Seiten 17-27, 1973,

D9: EP-A-0 467 395.

- II. Mit der am 10. März 1999 eingegangenen Beschwerde- begründung wurden neue Anspruchssätze gemäß einem Hauptantrag und Hilfsanträgen 1 und 2 eingereicht, deren jeweilige unabhängige Ansprüche folgenden Worlaut haben:

Hauptantrag

- "1. Verfahren zur industriellen Tieftemperaturzerlegung von Luft, bei dem gereinigte und abgekühlte Luft in ein mindestens eine Rektifiziersäule aufweisendes Destilliersystem geleitet und dort durch Gegenstrom-Stoffaustausch zwischen einer Dampf- und einer Flüssigkeitsphase rektifiziert wird, wobei der Stoffaustausch in mindestens einem Teilbereich mindestens einer Rektifiziersäule durch eine geordnete Packung bewirkt wird, die keine durchgehenden vertikalen Kanäle besitzt, **dadurch gekennzeichnet**, daß die geordnete Packung eine spezifische Oberfläche von mehr als $1000 \text{ m}^2/\text{m}^3$ aufweist.
7. Verfahren zur Tieftemperaturzerlegung von Luft, bei dem gereinigte und abgekühlte Luft in ein Destilliersystem geleitet wird, das mindestens zwei Rektifiziersäulen, darunter eine Niederdrucksäule und eine Rohargonsäule, aufweist, und dort durch Gegenstrom-Stoffaustausch zwischen jeweils einer Dampf- und einer Flüssigkeitsphase rektifiziert

wird, wobei bei dem Verfahren ein argonhaltiger Sauerstoffstrom aus der Niederdrucksäule entnommen und in der Rohargonsäule in Rohargon und in eine Restfraktion zerlegt wird und der Stoffaustausch in mindestens einem Teilbereich der Rohargonsäule durch eine geordnete Packung bewirkt, die keine durchgehenden vertikalen Kanäle besitzt, **dadurch gekennzeichnet**, daß die geordnete Packung eine spezifische Oberfläche von mehr als $1000 \text{ m}^2/\text{m}^3$ aufweist.

15. Industrielle Luftzerlegungsanlage mit einem Destilliersystem, das mindestens eine Rektifiziersäule aufweist, die Stoffaustauschelemente enthält, wobei die Stoffaustauschelemente in mindestens einem Teilbereich einer Rektifiziersäule durch eine geordnete Packung gebildet werden, die keine durchgehenden vertikalen Kanäle besitzt, **dadurch gekennzeichnet**, daß die geordnete Packung eine spezifische Oberfläche von mehr als $1000 \text{ m}^2/\text{m}^3$ aufweist.

21. Luftzerlegungsanlage mit einem Destilliersystem, das eine Niederdrucksäule und eine Rohargonsäule aufweist, die Stoffaustauschelemente enthalten und über eine Argonübergangsleitung miteinander verbunden sind, wobei die Stoffaustauschelemente mindestens in einem Teilbereich der Rohargonsäule durch eine geordnete Packung gebildet werden, die keine durchgehenden vertikalen Kanäle besitzt, **dadurch gekennzeichnet**, daß die geordnete Packung eine spezifische Oberfläche von mehr als $1000 \text{ m}^2/\text{m}^3$ aufweist."

1. Hilfsantrag

- "1. [Verfahren wie im Oberbegriff des Anspruchs 1 gemäß Hauptantrag], **dadurch gekennzeichnet**, daß die geordnete Packung eine spezifische Oberfläche von mindestens $1100 \text{ m}^2/\text{m}^3$ aufweist.
7. [Verfahren wie nach Anspruch 7 gemäß Hauptantrag.]
15. [Industrielle Luftzerlegungsanlage wie im Oberbegriff des Anspruchs 15 gemäß Hauptantrag, **dadurch gekennzeichnet**], daß die geordnete Packung eine spezifische Oberfläche von mindestens $1100 \text{ m}^2/\text{m}^3$ aufweist.
21. [Luftzerlegungsanlage wie nach Anspruch 21 gemäß Hauptantrag.]"

2. Hilfsantrag

- "1. Verfahren zur Tieftemperaturzerlegung von Luft, bei dem gereinigte und abgekühlte Luft in ein Destilliersystem geleitet wird, das mindestens zwei Rektifiziersäulen, darunter eine Niederdrucksäule und eine Rohargonsäule, aufweist, und dort durch Gegenstrom-Stoffaustausch zwischen jeweils einer Dampf- und einer Flüssigkeitsphase rektifiziert wird, wobei bei dem Verfahren ein argonhaltiger Sauerstoffstrom aus der Niederdrucksäule entnommen und in der Rohargonsäule in Rohargon und in eine Restfraktion zerlegt wird und der Stoffaustausch in mindestens einem Teilbereich der Rohargonsäule durch eine geordnete Packung bewirkt, die keine durchgehenden vertikalen Kanäle besitzt, **dadurch**

gekennzeichnet, daß die geordnete Packung eine spezifische Oberfläche von mehr als $1000 \text{ m}^2/\text{m}^3$ aufweist.

9. [Luftzerlegungsanlage wie nach Anspruch 21 gemäß Hauptantrag.]"

III. Die Beschwerdekammer hat die Parteien in einer Mitteilung vom 14. Februar 2001 gemäß Artikel 11 (2) VerfOBK darauf hingewiesen, daß die Einfügung der Bestimmung "industriell" in die unabhängigen Verfahrens- und Anlageansprüche gemäß Haupt- und 1. Hilfsantrag den Erfordernissen des Artikels 123 (2) und (3) EPÜ zu genügen scheint, daß aber die Einfügung des Merkmals "keine vertikalen Kanäle" in die Verfahrens- und Anlageansprüche gemäß dem Haupt- sowie 1. und 2. Hilfsantrag im Hinblick auf Artikel 123 (2) EPÜ nicht zulässig zu sein scheint. Außerdem wurde das Vorliegen einer erfinderischen Tätigkeit im Gegenstand der Ansprüche nach den vorgelegten Anträgen im Hinblick auf Druckschrift D2 und D6 angezweifelt. Die Beteiligten wurden zu der von ihnen hilfsweise beantragten mündlichen Verhandlung geladen.

IV. Am 20. September 2001 fand eine mündliche Verhandlung statt, in der die Parteien ihre Anträge begründeten. Nachdem der Vorsitzende die vorliegenden Anträge bestätigt und erklärt hatte, die sachliche Debatte über die ursprüngliche Offenbarung des Hauptantrags und über den 1. und 2. Hilfsantrag zur Beratung der Kammer schließen zu wollen, wurden die neuen Patentansprüche 1 bis 16 als 3. Hilfsantrag überreicht, wobei die unabhängigen Ansprüche 1 und 9 folgenden Wortlaut haben:

- "1. Verfahren zur Tieftemperaturzerlegung von Luft, bei dem gereinigte und abgekühlte Luft in ein Destilliersystem geleitet wird, das mindestens zwei Rektifiziersäulen, darunter eine Niederdrucksäule und eine Rohargonsäule, aufweist, wobei das Destilliersystem eine Drucksäule und eine Niederdrucksäule aufweist, wobei mindestens ein Teil der gereinigten und abgekühlten Luft in die Drucksäule eingeleitet wird und eine sauerstoffangereicherte und eine stickstoffreiche Fraktion aus der Drucksäule in die Niederdrucksäule eingeleitet werden, und dort durch Gegenstrom-Stoffaustausch zwischen jeweils einer Dampf- und einer Flüssigkeitsphase rektifiziert wird, wobei bei dem Verfahren ein argonhaltiger Sauerstoffstrom aus der Niederdrucksäule entnommen und in der Rohargonsäule in Rohargon und in eine Restfraktion zerlegt wird und der Stoffaustausch in mindestens einem Teilbereich der Rohargonsäule durch eine geordnete Packung bewirkt, **dadurch gekennzeichnet**, daß die geordnete Packung eine spezifische Oberfläche von mehr als $1000 \text{ m}^2/\text{m}^3$ aufweist.
9. Luftzerlegungsanlage mit einem Destilliersystem, das eine Drucksäule, eine Niederdrucksäule und eine Rohargonsäule aufweist, die Stoffaustauschelemente enthalten und über eine Argonübergangsleitung miteinander verbunden sind, wobei die Stoffaustauschelemente mindestens in einem Teilbereich der Rohargonsäule durch eine geordnete Packung gebildet werden, **dadurch gekennzeichnet**, daß die geordnete Packung eine spezifische Oberfläche von mehr als $1000 \text{ m}^2/\text{m}^3$ aufweist."

Die Beschwerdeführerin beantragte die Aufhebung der

angefochtenen Entscheidung und Aufrechterhaltung des Patents auf der Grundlage der am 10. März 1999 als Hauptantrag eingegangenen Patentansprüche 1 bis 28 oder der einem Satz am gleichen Tag als Hilfsanträge 1 und 2 eingegangenen Patentansprüche 1 bis 28 bzw. 1 bis 16 oder der in der mündlichen Verhandlung als 3. Hilfsantrag überreichten Patentansprüchen 1 bis 16.

Die Beschwerdegegnerin beantragte die Zurückweisung der Beschwerde der Patentinhaberin.

- V. Zur Stützung ihrer Anträge brachte die Beschwerdeführerin im wesentlichen folgendes vor:

Der Disclaimer im Oberbegriff der unabhängigen Patentansprüche gemäß dem Haupt-, 1. sowie 2. Hilfsantrag sei präzise auf der Grundlage des Standes der Technik nach den Druckschriften D1, D2, D4 und D6 formuliert.

Dieser Stand der Technik betreffe Verfahren und Luftzerlegungsanlagen, bei denen der Stoffaustausch durch geordnete Packungen bewirkt werde, die durchgehende vertikale Kanäle besäßen.

Die eigentliche sich aus dem Zusammenhang implizit ergebende Aufgabe des Streitpatents bestehe in der der Druckschrift D9, die Packungen mit schräg verlaufenden Kanäle offenbare, zugrundeliegenden Aufgabe, ein Verfahren und eine Luftzerlegungsanlage zu entwickeln, die wirtschaftlich besonders günstig seien, insbesondere durch relativ geringe Anlagekosten. Der Stand der Technik nach D1, D2, D4 und D6 spiele bei der Lösung dieser Aufgabe keine Rolle, da es sich beim genannten Stand der Technik vorwiegend um Packungen mit vertikalen

Kanälen handle. Das Streitpatent, dessen Gegenstand von D9 ausgehe und der oben zitierte Stand der Technik hätten daher keine gemeinsame Aufgabe oder Lösung; dieser Stand der Technik sei somit für die Beurteilung der erfinderischen Tätigkeit nicht relevant.

Die im jeweiligen Oberbegriff der unabhängigen Ansprüche 1 und 9 durchgeführten Änderungen gemäß dem 3. Hilfsantrag hätten formellen Charakter und dienten der Klarstellung der industriellen Anwendbarkeit der vorliegenden Erfindung, wobei der Gegenstand der Ansprüche durch diese Änderungen inhaltlich nicht geändert worden sei.

VI. Die Beschwerdegegnerin argumentierte wie folgt:

Das in die unabhängigen Ansprüche gemäß Haupt- und 1. Hilfsantrag eingefügte Merkmal "industriell" sei durch die ursprünglichen Unterlagen nicht gestützt und dessen Einfügung in die Ansprüche verstoße gegen Artikel 123 (2) EPÜ.

Die im Oberbegriff der unabhängigen Ansprüche gemäß Haupt-, 1. und 2. Hilfsantrag introduzierten Merkmale "(Packung ...), die keine durchgehenden vertikalen Kanäle besitzt" seien in den ursprünglichen Unterlagen nicht genannt. In den ursprünglichen Unterlagen sei andererseits auch nicht genannt, daß die geordnete Packung schräg verlaufende Kanäle besitze.

Nach ständiger Rechtsprechung der Beschwerdekammern verstoße die Aufnahme von Disclaimern nur dann nicht gegen die Bestimmungen des Artikels 123 (2) EPÜ, wenn strenge Voraussetzungen, die z. B. in der Entscheidung T 934/97 vom 6. Juni 2001 (nicht im ABl. veröffentlicht)

zusammengefaßt seien, erfüllt seien. Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall aus folgenden Gründen nicht erfüllt.

Der Stand der Technik nach D1, D2, D4 und D6 enthalte keine zufällige Vorwegnahme, er sei vielmehr bei der Beurteilung der Gewährbarkeit des Patentgegenstandes hoch relevant. Diese Druckschriften gehörten zum gleichen Sachgebiet: Verfahren und Anlagen zur Tieftemperaturzerlegung von Luft; sie beträfen die gleiche Aufgabe, nämlich ein Verfahren und eine Anlage der genannten Art anzugeben, die wirtschaftlich günstig seien, insbesondere durch relativ geringe Anlagekosten und offenbarten fast die gleiche Lösung: durch den Einsatz einer Packung mit sehr hoher spezifischer Oberfläche (über 1000 m²/m³) die Höhe der entsprechenden mit Packungen gefüllten Säulenbereiche sowie die Gesamthöhe der Säule erheblich niedriger zu gestalten und die damit verbundenen Anlagekosten entsprechend zu verringern.

Der Disclaimer füge einen technischen Beitrag zur vermeintlichen Erfindung hinzu und sei aufgrund der Entscheidung G 0001/93 (ABl. EPA 1994, 541) nicht zulässig.

Der 3. Hilfsantrag sei ohne triftige Begründung erst am Ende der mündlichen Verhandlung überreicht worden; er sei deshalb als eine verspätete Vorlage nicht zulässig, zumal sein Gegenstand **prima facie** im Hinblick auf den zitierten Stand der Technik nach D1 bis D6 nicht patentfähig sei.

Entscheidungsgründe

1. Die Beschwerde ist zulässig.

2. *Änderungen*

2.1 In die unabhängigen Ansprüche gemäß Haupt- und 1. Hilfsantrag wurde die Bestimmung zur "industriellen" Tieftemperaturzerlegung eingefügt.

Diese Bestimmung ist durch Seite 3, Absatz 2, Zeilen 1 und 2 der ursprünglich eingereichten Beschreibung sowie durch Seite 2, Zeilen 43 und 44 der Patentschrift gestützt und genügt somit den Erfordernissen des Artikels 123 (2) und (3) EPÜ.

2.2 Die geänderten unabhängigen Ansprüche gemäß Haupt-, 1. und 2. Hilfsantrag beinhalten nunmehr am Ende des jeweiligen Oberbegriffs eine zugefügte Bestimmung über die geordnete Packung, nämlich das Merkmal "die keine durchgehenden vertikalen Kanäle besitzt".

Dieses negativ formulierte Merkmal ist unbestritten explizit nicht in den ursprünglichen Unterlagen enthalten.

Dieses Merkmal ist auch implizit nicht den ursprünglichen Unterlagen zu entnehmen. Selbst wenn man der Beschwerdeführerin darin folgen sollte, daß es sich aus dem Kontext der nächstkommenden Druckschrift D9 ergebe, daß mit den geordneten Packungen der Rektifiziersäule nur Packungen mit schräg zur Vertikalen verlaufenden Kanälen gemeint waren, so ist doch der in den ursprünglichen Unterlagen auf Seite 3 letzter Absatz und in der Patentschrift auf Seite 2, Zeilen 50 und 51 zitierten Druckschrift DE-B-2 722 556, Figur 6 und der

zugehörigen Beschreibung entnehmbar, daß die Verwendung von dichten Packungen auch mit parallel zur Vertikalen verlaufenden Kanälen gemeint war. Die Kammer deutet diese Angaben so, daß laut den Anmeldungs- bzw. Patentunterlagen nicht beabsichtigt war, daß die Struktur der geordneten Packung "keine durchgehenden vertikalen Kanäle besitzt".

- 2.3 Da dieses negativ formulierte Merkmal weder explizit noch implizit in den ursprünglichen Unterlagen erhalten ist, könnte seine Aufnahme in den Anspruch nur dann nicht gegen die Bestimmungen von Artikel 123 EPÜ verstoßen, wenn es die an einen Disclaimer zu stellenden Bedingungen erfüllt.

Der Disclaimer "die keine durchgehenden vertikalen Kanäle besitzt" wurde gemäß der Beschwerdeführerin in die unabhängigen Ansprüche des Haupt-, 1. und 2. Hilfsantrags eingefügt, um sie vom neuheitsschädlich entgegengehaltenen Stand der Technik nach Druckschrift D1 bis D6 genau abzugrenzen.

- 2.4 Die Aufnahme eines Disclaimers verstößt nur dann nicht gegen die Bestimmungen des Artikels 123 (2) EPÜ, wenn strenge Voraussetzungen, die u. a. in der Entscheidung T 934/97 zusammengefaßt sind, erfüllt sind. Die Voraussetzungen sind folgende:

- i) es muß ein neuheitsschädlicher Stand der Technik vorhanden sein, und der Disclaimer muß auf der Grundlage dieses Standes der Technik präzise formuliert sein und die Erfindung gegen diesen Stand der Technik abgrenzen,
- ii) dieser Stand der Technik muß eine zufällige

Vorwegnahme sein,

- iii) der Disclaimer ist nur zulässig, wenn der ausgeschlossene Stand der Technik aus dem bei der erfinderischen Tätigkeit in Betracht zu ziehenden Stand der Technik ausscheidet.

Eine zusätzliche Bedingung, die einzuhalten ist, ist in der Entscheidung G 0001/93, Punkt 9 der Entscheidungsgründe angegeben:

- iv) "Artikel 123 (2) EPÜ liegt eindeutig der Gedanke zugrunde, daß es einem Anmelder nicht gestattet sein darf, seine Position durch Hinzufügung vor in der ursprünglichen Anmeldung nicht offenbarten Gegenständen zu verbessern, weil ihm dies zu einem ungerechtfertigten Vorteil verhelpe und der Rechtssicherheit für Dritte, die sich auf den Inhalt der ursprünglichen Anmeldung verlassen, abträglich sein könnte."

2.5 Es ist daher zu prüfen, ob alle diese Bedingungen für die Zulässigkeit eines Disclaimers erfüllt sind.

2.6 Die Bedingung i) ist aus folgenden Gründen erfüllt:

Das Merkmal "die keine durchgehenden vertikalen Kanäle besitzt" war in die erteilte Fassung der unabhängigen Ansprüche nach Haupt-, 1. und 2. Hilfsantrag aufgenommen worden, um die Neuheit des Gegenstandes dieser Ansprüche insbesondere gegenüber den Druckschriften D1, D2 und D6 herzustellen.

Der Disclaimer ist präzise auf der Grundlage dieses Standes der Technik formuliert und die Erfindung gegen diesen Stand der Technik abgegrenzt.

- 2.7 Die Bedingungen ii) und iii) sind jedoch nicht erfüllt, weil weder Druckschrift D1 noch D2 noch D6 eine "zufällige Vorwegnahme" ist. Nach der Entscheidung T 0161/82 (ABl. EPA 1984, 551) handelt es sich dann um eine in diesem Sinne zufällige Offenbarung, wenn keine mit dem Streitpatent gemeinsame Aufgabe vorliegt. Nach dem von Lunzer herausgegebenen englischen Ausgabe des Kommentars von Singer (The European Patent Convention, 1995, Seite 735) bestehen weitere Anzeichen für eine Zulässigkeit darin, daß der auszuschließende Gegenstand des Standes der Technik auf einen anderen Zweck gerichtet ist und sich auf eine andere Aufgabe und Lösung als das Streitpatent gründet.

Im vorliegenden Fall ist das nicht gegeben. Die Druckschriften D1, D2 und D6 betreffen Verfahren und Anlagen zur Tieftemperaturzerlegung von Luft, die wirtschaftlich günstig sind, insbesondere durch relativ geringe Anlagekosten (gleiche Aufgabe). Die Lösung besteht darin, daß der Stoffaustausch in mindestens einem Teilbereich mindestens einer Rektifiziersäule durch eine Packung bewirkt wird, die eine spezifische Oberfläche aufweist, die mehr als $1100 \text{ m}^2/\text{m}^3$ beträgt (ähnliche Lösung). Aus diesen Gründen sind die Druckschriften D1, D2 und D6 keine zufällige Vorwegnahme.

Aufgrund dieser Ähnlichkeit der Lösung scheiden diese Druckschriften, nachdem die Neuheit hergestellt ist, auch nicht aus dem bei der erfinderischen Tätigkeit in Betracht zu nehmenden Stand der Technik aus.

- 2.8 Auch die Bedingung iv) ist nicht erfüllt. Die Beschwerdeführerin argumentiert, daß der Disclaimer keinen technischen Beitrag zur Lösung leiste und daß ihre Position durch die Hinzufügung des Disclaimers nicht verbessert werde. Diese Aussage steht jedoch im Widerspruch zu ihrer Einlassung, die erfinderische Tätigkeit des beanspruchten Gegenstandes sei deshalb gegeben, weil nach dem Stand der Technik gemäß D1, D2 und D6 eine dichte spezifische Oberfläche nur bei Packungen mit vertikalen durchgehenden Kanälen verwendet worden sei. Somit ergibt sich zwangsläufig, daß die Beschwerdeführerin durch die Hinzufügung des Disclaimers ihre Position im Hinblick auf die Beurteilung gegenüber dem Stand der Technik in unzulässiger Weise verbessert hat.
3. Da das oben besprochene Merkmal weder explizit noch implizit in den ursprünglichen Unterlagen offenbart ist und es auch nicht die an einen Disclaimer zu stellenden Bedingungen erfüllt, genügen die unabhängigen Ansprüche nach dem Hauptantrag sowie dem 1. und 2. Hilfsantrag nicht den Erfordernissen von Artikel 123 (2) EPÜ und sind deshalb nicht gewährbar. Das Patent kann deshalb mit keinem dieser Ansprüche aufrechterhalten werden. Mit den unabhängigen Ansprüchen fallen auch die von diesen abhängigen Ansprüche.
4. Wie unter Nummer VI dargelegt, wurde der Anspruchssatz des 3. Hilfsantrags erst am Ende der mündlichen Verhandlung überreicht.

In den "Hinweisen für die Parteien im Beschwerdeverfahren und ihre Vertreter", zweimal im Amtsblatt (ABl. EPA 1981, 176 und ABl. EPA 1984, 376) veröffentlicht, wurde unter Nummer 2.2 folgendes

klargestellt: Sollen Änderungen zur Beschreibung zu den Ansprüchen oder zu den Zeichnungen einer Patentanmeldung oder eines Patents eingereicht werden, "so sollte dies so frühzeitig wie möglich geschehen".

In der Entscheidung T 0095/83 (ABl. EPA 1985, 75) stellte die Beschwerdekammer fest: "Änderungen die nicht rechtzeitig vor dem für die mündliche Verhandlung anberaumten Termin eingereicht werden, werden vor der Beschwerdekammer in der Regel nur unter ganz besonderen Umständen, d. h. wenn sowohl für die Änderung als auch für ihre verspätete Einreichung ein triftiger Grund vorliegt, in der Behandlung sachlich berücksichtigt."

Im vorliegenden Fall liegt kein erkennbarer Grund für die verspätete Einreichung der gewünschten Änderung vor. Die Kammer stellt fest, daß der Zeitraum, innerhalb dessen die Änderung hätte vorgelegt werden können, d.h. zwischen dem Erlaß der Mitteilung gemäß Artikel 11 (2) VerFOBK am 22. Februar 2001, in der sich die Kammer zu dem Haupt-, 1. und 2. Hilfsantrag geäußert und eine Frist von vier Wochen vor der mündlichen Verhandlung für die Vorlage etwaiger Äußerungen der Parteien anberaumt hat, und dem Termin der mündlichen Verhandlung am 20. September 2001, mehr als 6 Monate betrug. Aufgrund der in der Mitteilung vorgenommenen Würdigung der damals vorliegenden Anträge waren der Beschwerdeführerin die Bedenken der Kammer gegen diese Anträge bekannt.

Die Kammer stellt weiterhin fest, daß Anspruch 1 gemäß Hilfsantrag 3 nicht prima facie gewährbar ist.

Der Gegenstand des Anspruchs unterscheidet sich von Anspruch 1 gemäß Hilfsantrag 2 dadurch, daß:

- a) der Disclaimer gestrichen ist, und
- b) die Merkmale "wobei das Destilliersystem eine Drucksäule und eine Niederdrucksäule aufweist, wobei mindestens ein Teil der gereinigten und abgekühlten Luft in die Drucksäule eingeleitet wird und eine sauerstoffereicherte und eine stickstoffreiche Fraktion aus der Drucksäule in die Niederdrucksäule eingeleitet werden" zu dem Oberbegriff des Anspruchs hinzugekommen sind.

Die Beschwerdeführerin selbst hat argumentiert, daß der Disclaimer nötig wäre, um die Neuheit gegenüber dem Stand der Technik herzustellen. Im Hinblick darauf kann die Kammer nicht folgen, wie die Patentfähigkeit durch das Streichen des Disclaimers und das Hinzukommen der zum allgemeinen Fachwissen der Fachmannes gehörenden Merkmale begründet werden soll. Deshalb war der Hilfsantrag 3 nicht zuzulassen.

Entscheidungsformel

Aus diesen Gründen wird entschieden:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Geschäftsstellenbeamtin:

Der Vorsitzende:

A. Counillon

C. T. Wilson