

Interner Verteilerschlüssel:

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

**Datenblatt zur Entscheidung
vom 20. Mai 2010**

Beschwerde-Aktenzeichen: T 1556/07 - 3.3.07

Anmeldenummer: 00102013.0

Veröffentlichungsnummer: 1034777

IPC: A61K 7/135

Verfahrenssprache: DE

Bezeichnung der Erfindung:

Lipophiles Mittel zum Entfärben oder Blondieren von Haaren

Patentinhaberin:

Wella Aktiengesellschaft

Einsprechende:

HENKEL AG & CO. KGaA
KPSS-Kao Professional Salon Services GmbH
L'OREAL

Stichwort:

-

Relevante Rechtsnormen:

EPÜ Art. 123(2)(3)

Relevante Rechtsnormen (EPÜ 1973):

EPÜ Art. 56

Schlagwort:

"Zulässigkeit des Hauptantrags (bejaht)"
"Änderungen - Erweiterung des Schutzbereichs (verneint)"
"Verschlechterungsverbot"
"Erfinderische Tätigkeit (bejaht)"

Zitierte Entscheidungen:

G 0009/92, G 0001/99, T 2017/07

Orientierungssatz:

-



Aktenzeichen: T 1556/07 - 3.3.07

ENTSCHEIDUNG
der Technischen Beschwerdekammer 3.3.07
vom 20. Mai 2010

Beschwerdeführerin: HENKEL AG & CO. KGaA
(Einsprechende 01) FJP
D-40191 Düsseldorf (DE)

Vertreter: Semrau, Markus
Henkel AG & Co. KGaA
VTP Patente
D-40191 Düsseldorf (DE)

Beschwerdeführerin: L'OREAL
(Einsprechende 03) 14, rue Royale
F-75008 Paris (FR)

Vertreter: Dossmann, Gérard
Casalonga & Partners
Bayerstraße 71/73
D-80335 München (DE)

Beschwerdegegnerin: Wella Aktiengesellschaft
(Patentinhaberin) Berliner Allee 65
D-64274 Darmstadt (DE)

Vertreter: Fiesser, Gerold Michael
Herzog Fiesser & Partner
Isartorplatz 8
D-80331 München (DE)

Verfahrensbeteiligte: KPSS-Kao Professional Salon Services GmbH
(Einsprechende 02) Pfungstädterstraße 92-100
D-64297 Darmstadt (DE)

Vertreter: -

Angefochtene Entscheidung: Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung des Europäischen Patentamts über die Aufrechterhaltung des europäischen Patents Nr. 1034777 in geändertem Umfang, zur Post gegeben am 9. Juli 2007.

Zusammensetzung der Kammer:

Vorsitzender: S. Perryman
Mitglieder: D. Semino
F. Rousseau

Sachverhalt und Anträge

- I. Die Beschwerden der Einsprechenden 01 und 03 richten sich gegen die Entscheidung der Einspruchabteilung, mit der das europäische Patent Nr. 1 034 777 in geänderter Form aufrechterhalten wurde.
- II. Das Patent mit der Anmeldenummer 00 102 013.0 wurde mit Wirkung vom 19. November 2003 erteilt. Es umfasste 11 Ansprüche, wobei der unabhängige Anspruch 1 wie folgt lautete:

"1. Mittel zum Entfärben oder Blondieren von Haaren, welches unmittelbar vor der Anwendung mit einer wässrigen Oxidationsmittelzubereitung vermischt wird und dadurch gekennzeichnet ist, daß es in Form einer Blondiermittelsuspension vorliegt und eine Kombination aus

(a) 0,1 bis 80 Gewichtsprozent mindestens einer organisch lipophilen Verbindung aus der Gruppe der pflanzlichen und tierischen Fette, Öle und Wachse, der Paraffinkohlenwasserstoffe, der höheren Alkohole und Ether, der aliphatischen und aromatischen Ester sowie der Silikonöle;

(b) 0,1 bis 40 Gewichtsprozent mindestens eines anorganischen oder organischen Verdickers mit lipophilem Charakter, der mit der lipophilen Verbindung ein Oleogel bzw. Lipogel ausbildet, welcher ausgewählt ist aus Alkalicarboxylaten, Erdalkalicarboxylaten, Aluminiumcarboxylaten, Copolymerisaten von Alkenen, vernetzten organischen Polymeren und lipophilisierten Schichtsilikaten, oder Mischungen dieser Verdicker;

(c) 0,1 bis 40 Gewichtsprozent mindestens eines anorganischen oder organischen Verdickers mit

hydrophilem Charakter, welcher ausgewählt ist aus Polymeren aus der Gruppe der Cellulosen, Alginaten, Polysaccharide und Acrylsäuren;

(d) 10 bis 65 Gewichtsprozent mindestens eines anorganischen Persalzes;

(e) 10 bis 45 Gewichtsprozent mindestens eines alkalisch reagierenden Salzes;

sowie gegebenenfalls Hilfsstoffen und Zusatzstoffen enthält."

III. Gegen die Erteilung des obigen Patents wurden drei Einsprüche eingelegt, mit dem Antrag, das Patent wegen fehlender Neuheit und mangelnder erfinderischen Tätigkeit (alle Einsprechende) und unzureichender Offenbarung (Einsprechende 02 und 03) in vollem Umfang zu widerrufen.

IV. Die Entscheidung der Einspruchsabteilung war unter anderem auf folgenden Stand der Technik gestützt:

D1: US-A-4 170 637;

D2: EP-A-0 778 020;

D3: EP-A-0 882 444;

D4: EP-A-1 036 558;

D5: EP-A-0 560 088;

D8: DE-A-38 14 356;

D9: A. Domsch, "Die kosmetischen Präparate", Band III, 4. Auflage 1994, Seiten 151-153;

D12: K. Schrader, "Grundlagen und Rezepturen der Kosmetika, 2. Auflage, Hüthig Buch Verlag, 1989, Seiten 814-823.

Während des Einspruchsverfahrens wurden zwei Testberichte mit den Einspruchsschriften der

Einsprechenden 02 und 03 vom 18. und 19. August 2004 eingereicht, ein Testbericht mit Schreiben vom 20. September 2005 von der Patentinhaberin vorgelegt und ein weiterer Testbericht von der Einsprechenden 03 mit Schreiben vom 11. April 2007 eingereicht.

- V. Das Patent wurde in geänderter Form aufrechterhalten und zwar auf der Basis des mit Schreiben vom 11. April 2007 eingereichten Anspruchssatzes und einer während der mündlichen Verhandlung am 11. Mai 2007 eingereichten angepassten Beschreibung. Anspruch 1 des aufrechterhaltenen Anspruchssatzes hatte folgenden Wortlaut (die gegenüber dem erteilten Anspruch 1 gestrichenen oder hinzugefügten Merkmale sind hervorgehoben):

"1. Mittel zum Entfärben oder Blondieren von Haaren, welches unmittelbar vor der Anwendung mit einer wässrigen Oxidationsmittelzubereitung vermischt wird und dadurch gekennzeichnet ist, daß es in Form einer Blondiermittelsuspension vorliegt und eine Kombination aus

(a) ~~0,1 bis 80~~ **20 bis 50** Gewichtsprozent mindestens einer organisch lipophilen Verbindung aus der Gruppe der pflanzlichen und tierischen Fette, Öle und Wachse, der Paraffinkohlenwasserstoffe, der höheren Alkohole und Ether, der aliphatischen und aromatischen Ester sowie der Silikonöle;

(b) 0,1 bis 40 Gewichtsprozent mindestens eines anorganischen oder organischen Verdickers mit lipophilem Charakter, der ~~mit~~ **bei Auflösung in** der lipophilen Verbindung ein Oleogel bzw. Lipogel ausbildet, welcher ausgewählt ist aus ~~Alkalicarboxylaten,~~ Erdalkalicarboxylaten, Aluminiumcarboxylaten,

Copolymerisaten von Alkenen, vernetzten organischen Polymeren und lipophilisierten Schichtsilikaten, oder Mischungen dieser Verdicker;

- (c) 0,1 bis 40 Gewichtsprozent mindestens eines anorganischen oder organischen Verdickers mit hydrophilem Charakter, welcher ausgewählt ist aus Polymeren aus der Gruppe der Cellulosen, Alginate, Polysaccharide und Acrylsäuren;
 - (d) 10 bis 65 Gewichtsprozent mindestens eines anorganischen Persalzes;
 - (e) ~~10 bis 45~~ **15 bis 35** Gewichtsprozent mindestens eines alkalisch reagierenden Salzes;
- sowie gegebenenfalls Hilfsstoffen und Zusatzstoffen enthält, **und einen Wassergehalt von maximal 3% aufweist.**"

VI. In der angefochtenen Entscheidung wurde im wesentlichen folgendes ausgeführt:

- a) Der Hauptantrag erfülle die Erfordernisse der Artikel 83 und 123 EPÜ. Insbesondere finde ein Wassergehalt von maximal 3% für das beanspruchte Mittel auf Seite 9, Zeile 17 der ursprünglich eingereichten Beschreibung Unterstützung.
- b) Der Gegenstand des Anspruchs 1 sei neu gegenüber D4 wegen des Inhalts der Komponente (e) und neu gegenüber D1, D2, D3 und D5, weil die dort beschriebenen Zusammensetzungen mindestens die Komponente (b) nicht offenbarten.
- c) Das Mittel des Anspruchs 1 sei auch als erfinderisch gegenüber dem verfügbaren Stand der Technik anzusehen. D2 sei als nächstliegender Stand der Technik zu

betrachten, wobei die Komponente (b) der strukturelle Unterschied im Vergleich zu D2 sei und die zu lösende Aufgabe die Bereitstellung einer verdickten cremeartigen Zusammensetzung zum Entfärben von Haaren, welche sowohl vor als auch nach der Vermischung mit einer Wasserstoffperoxidlösung eine verbesserte Konsistenz und Stabilität aufweise, sei. Ein Hinweis, die Komponente (b) hinzuzufügen, sei im Stand der Technik nicht zu finden; insbesondere würde der Fachmann D9 nicht in Betracht ziehen, weil es Emulsionen und keine nicht-wässrigen Suspensionen betreffe. Auch wenn D1 oder D5, die weniger relevante Ausgangspunkte seien, als nächstliegender Stand der Technik betrachtet würden, sei eine erfinderische Tätigkeit anzuerkennen.

- VII. Die Einsprechenden 01 und 03 (Beschwerdeführerinnen) reichten am 07. September 2007 bzw. am 19. September 2007 Beschwerde ein unter gleichzeitiger Entrichtung der Beschwerdegebühr.
- VIII. Mit dem am 03. Juni 2008 eingereichten Antwortschreiben hielt die Patentinhaberin (Beschwerdegegnerin) den durch die angefochtene Entscheidung aufrechterhaltenen Anspruchssatz als Hauptantrag aufrecht und reichte Hilfsanträge 1. bis 5. ein. Mit Schreiben vom 16. April 2010 zog die Beschwerdegegnerin diese Hilfsanträge zurück und reichte neue Hilfsanträge 1. bis 12 ein. Mit diesem Schreiben wurden auch weitere Vergleichsversuche vorgelegt.
- IX. Die Einsprechende 02 (Verfahrensbeteiligte) nahm mit Schreiben vom 27. Oktober 2008 zu den bestrittenen Anträgen Stellung.

X. Eine mündliche Verhandlung fand am 20. Mai 2010 statt. Während der mündlichen Verhandlung zog die Patentinhaberin alle vorigen Anträge zurück und reichte vier neue Formulierungen des Anspruchs 1 für einen neuen Hauptantrag und neue Hilfsanträge 1. bis 3. ein. Anspruch 1 gemäß dem Hauptantrag lautete wie folgt (die gegenüber dem erteilten Anspruch 1 gestrichenen oder hinzugefügten Merkmale sind hervorgehoben):

"1. Mittel zum Entfärben oder Blondieren von Haaren, welches unmittelbar vor der Anwendung mit einer wässrigen Oxidationsmittelzubereitung vermischt wird und dadurch gekennzeichnet ist, dass es in Form einer Blondiermittelsuspension vorliegt und eine Kombination aus

(a) ~~0,1 bis 80~~ **20 bis 50** Gewichtsprozent mindestens einer organisch lipophilen Verbindung aus der Gruppe der pflanzlichen und tierischen Fette, Öle und Wachse, der Paraffinkohlenwasserstoffe, der höheren Alkohole und Ether, der aliphatischen und aromatischen Ester sowie der Silikonöle;

(b) 0,1 bis 40 Gewichtsprozent mindestens eines anorganischen oder organischen Verdickers mit lipophilem Charakter, der mit der lipophilen Verbindung ein Oleogel bzw. Lipogel ausbildet, welcher ausgewählt ist aus ~~Alkalicarboxylaten~~, Erdalkalicarboxylaten, Aluminiumcarboxylaten, Copolymerisaten von Alkenen, vernetzten organischen Polymeren und lipophilisierten Schichtsilikaten, oder Mischungen dieser Verdicker;

(c) 0,1 bis 40 Gewichtsprozent mindestens eines anorganischen oder organischen Verdickers mit hydrophilem Charakter, welcher ausgewählt ist aus

Polymeren aus der Gruppe der Cellulosen, Alginaten, Polysaccharide und Acrylsäuren;

(d) 10 bis ~~65~~ **55** Gewichtsprozent mindestens eines anorganischen Persalzes;

(e) ~~10 bis 45~~ **15 bis 35** Gewichtsprozent mindestens eines alkalisch reagierenden Salzes;

sowie gegebenenfalls Hilfsstoffen und Zusatzstoffen enthält, **und einen Wassergehalt von maximal 3% aufweist.**"

- XI. Die Argumente der Beschwerdeführerinnen und der Verfahrensbeteiligten können wie folgt zusammengefasst werden:

Zulässigkeit des Hauptantrags

- a) Die während der mündlichen Verhandlung eingereichte neue Formulierung des Anspruchs 1 gemäß Hauptantrag sei verspätet vorgebracht und wäre nur als zulässig zu betrachten, wenn sie alle bestehenden Einwände unter Artikel 123 EPÜ ausräumen könnte. Da es nicht der Fall sei, sei dieser Antrag nicht zu zulassen. Insbesondere würde der Wortlaut "der mit der lipophilen Verbindung ein Oleogel bzw. Lipogel ausbildet" neue Fragen bezüglich der implizierten Eigenschaften des beanspruchten Mittels auf.

Änderungen

- b) Das hinzugefügte Merkmal, dass das Mittel "einen Wassergehalt von maximal 3% aufweist", werde in einer einzigen Passage der ursprünglich eingereichten Unterlagen erwähnt, in der es offenbart sei, dass die Suspension keine Tenside oder Emulgatoren enthalte

und wasserfrei sei, wobei ein Wassergehalt von maximal bis zu 3 Gewichtsprozent jedoch zulässig sei. Diese letzte Spezifizierung sei nur eine Erklärung der Bedeutung von "wasserfrei" und könne nicht als Offenbarung des Merkmals unabhängig von der Abwesenheit von Tensiden und Emulgatoren betrachtet werden. Weder ursprünglicher Anspruch 10, der auf Ausführungsformen ohne Tenside gerichtet sei, bei denen nichts über den Wassergehalt erwähnt werde, noch das wasserfreie Zinkstearat enthaltende Beispiel 1, in dem Zinkstearat nicht als Tensid benutzt werde, könnten eine alternative Basis für das Hinzufügen des strittigen Merkmals liefern, sodass die Erfordernisse des Artikels 123 (2) EPÜ nicht erfüllt seien.

- c) Der Schutzbereich des europäischen Patentbesitzes sei durch die Streichung von Alkalicarboxylaten aus der Liste der Verdicker mit lipophilem Charakter in Anspruch 1 (Komponente (b)) erweitert worden, weil das beanspruchte Mittel offen formuliert sei, sodass die gestrichenen Verdicker in der Blondiermittelsuspension noch vorhanden sein könnten und zwar in einer Menge, aus der ein Gehalt der Komponente (b) nach der Definition dieser Komponente im erteilten Patent außerhalb des im erteilten Anspruch 1 spezifizierten Bereichs erfolge. Zum Beispiel falle ein Mittel gemäß Hauptantrag, das 5 Gew.-% eines Alkalicarboxylats und 38 Gew.-% eines Aluminiumcarboxylats enthalte und damit 43 Gew.-% an Verdicker mit lipophilem Charakter, nicht unter den Schutzbereich des erteilten Anspruchs 1, weil die Menge an Komponente (b) gemäß der Auflistung im erteilten Patent größer als 40 Gew.-% sei. Eine

breitere Auslegung des erteilten Anspruchs 1, wobei der Mengbereich sich entweder auf einzelne Elemente der Liste oder auf die Gesamtmenge beziehe, sei in Sicht der Offenbarung im Absatz [0013] der Beschreibung nicht möglich. Auch eine engere Interpretation des Anspruchs 1 gemäß Hauptantrag, die die Anwesenheit weiterer ein Oleogel bzw. ein Lipogel bildenden Verdicker ausschliesst, sei aus dem Wortlaut des Anspruchs in Sicht der offenen Formulierung nicht zu entnehmen. In diesem Zusammenhang werde die Entscheidung T 2017/07 vom 26. November 2009 erwähnt. Somit seien die Erfordernisse des Artikels 123 (3) EPÜ nicht erfüllt.

- d) Durch die Änderung des Merkmals des Verdickers mit lipophilem Charakter, "der bei Auflösung in der lipophilen Verbindung ein Oleogel bzw. Lipogel ausbildet" zu "der mit der lipophilen Verbindung ein Oleogel bzw. Lipogel ausbildet" werde der Schutzbereich des Anspruchs 1 gemäß Hauptantrag gegenüber dem Schutzbereich des aufrechterhaltenen Anspruchs 1 erweitert. Insbesondere sei jetzt vorgesehen, dass Oleogel bzw. Lipogel ausbildende Verdicker enthalten seien, die sich in der lipophilen Verbindung nicht auflösen könnten. Eine solche Möglichkeit sei durch den Wortlaut des aufrechterhaltenen Anspruchs 1 nicht vorgesehen. Im Patent sei die Auflösung des lipophilen Verdickers in der lipophilen Komponente als eine mögliche Ausführungsform der Ausbildung eines Oleogel bzw. eines Lipogel beschrieben und die Patentinhaberin habe nicht bewiesen, dass es keine andere Möglichkeiten gebe. Eine Erweiterung des Schutzbereichs gegenüber der aufrechterhaltenen

Fassung sei gemäß dem Grundsatz des Verschlechterungsverbots nicht zulässig. Gemäß der Entscheidung der Grossen Beschwerdekammer G 9/92 (ABl. EPO 1994, 875), sei die nicht beschwerdeführende Patentinhaberin in einer Beschwerde der Einsprechende gegen eine Zwischenentscheidung über die Aufrechterhaltung eines Patents in geändertem Umfang primär darauf beschränkt, das Patent in der Fassung zu verteidigen, die die Einspruchsabteilung ihrer Zwischenentscheidung zugrunde gelegt habe. Auch aus diesen Gründen sei Anspruch 1 gemäß Hauptantrag nicht zulässig.

Erfinderische Tätigkeit

- e) D1 sei als nächstliegender Stand der Technik anzusehen. Es sei nicht möglich, wie von der Einspruchsabteilung ausgeführt, drei Unterschiede zwischen dem beanspruchten Mittel und der Offenbarung von D1 anzuerkennen. Insbesondere erfüllten die Zusammensetzungen der Beispiele 12, 14 und 15 die Menge an Komponente (e), wenn man alle alkalisch reagierenden Salze zusammenzähle. Darüber hinaus sei das Vorliegen eines Lipogels durch die Stabilität der Zusammensetzung und die Anwesenheit der erforderlichen Komponente implizit. Die mit Schreiben vom 16. April 2010 eingereichten Versuche, die die Relevanz der Verfahrensbedingungen in der Ausbildung eines Lipogels beweisen sollten, seien verspätet vorgebracht und auch nicht relevant, weil sich Anspruch 1 gemäß Hauptantrag auf keine Verfahrensbedingungen beschränke und weil auch im Patent die Relevanz der Auswahl der Mischtemperatur und des Mischverfahrens nicht erwähnt werde. Darüber

hinaus seien die von der Patentinhaberin als erforderlich angesehenen Mischbedingungen, um ein Lipogel auszubilden, vom Herstellungsverfahren des Beispiels 15 von D1 erfüllt. Das beanspruchte Mittel unterscheide sich daher von den Zusammensetzungen der Beispiele 12, 14 und 15 von D1 nur dadurch, dass statt eines Alkalicarboxylats ein Verdicker mit lipophilem Charakter gemäß der Auflistung in (b) benutzt werde.

- f) Es gebe keine Beispiele der Patentinhaberin, die die Zusammensetzung von D1 mit den beanspruchten Mitteln verglichen und einen technischen Effekt des unterscheidenden Merkmals bewiesen. Ganz im Gegenteil bewiesen die Beispiele der Einsprechenden, dass der Ersatz des Verdickers mit lipophilem Charakter keinen Einfluss auf die Stabilität habe. Die technische Aufgabe sei nur darin zu sehen, ein alternatives Mittel zur Verfügung zu stellen. In D8 werde ein Schichtsilikat (Bentone 38) in einer ähnlichen Zusammensetzung mit demselben Zweck verwendet. D9 offenbare die Stabilisierung von Wasser-in-Öl Emulsionen durch Gelbildung der Fettphase mittels Aluminium, Magnesium- oder Calciumstearat oder Schichtsilikate. Calciumstearat sei auch in einem Blondierpulver von D12 enthalten. Ausgehend von D1 und unter Betrachtung eines dieser Dokumente sei die vorgeschlagene Lösung nicht erfinderisch. Insbesondere sei die Offenbarung von D9 relevant, weil das im Patent beanspruchte Mittel bis zu 3% Wasser aufweise und deshalb auch eine Wasser-in-Öl Emulsion enthalten könne.

- g) Ausgehend von D2, unterscheide sich das beanspruchte Mittel von dessen Zusammensetzungen dadurch, dass es statt eines Acrylsäurepolymers ein Verdicker gemäß der Auflistung der Komponente (b) enthalte. Es gebe keine Synergie zwischen den beanspruchten Merkmalen und keine bewiesene Wirkung des unterscheidenden Merkmals, sodass der beanspruchte Gegenstand schon aus den für D1 angegebenen Gründen als nicht erfinderisch anzusehen sei. Insbesondere sei die Hinzufügung von Erdalkaligestearaten, Aluminiumstearat oder Schichtsilikaten zur Gelbildung in Sicht der Offenbarung von D9 naheliegend.
- h) Ausgehend von D5, dessen Beispiel 1 vom beanspruchten Mittel sich nur durch die Verwendung von Natriumstearat statt eines Erdalkalicarboxylats und durch kleine Änderungen in den Mengen der Komponenten unterscheide, könne auch keine erfinderische Tätigkeit anerkannt werden. Insbesondere würden minimale Änderungen in den Komponentenmengen von einem Fachmann auf der Suche alternativer Zusammensetzungen ohne erfinderisches Zutun in Betracht gezogen werden.

XII. Die Argumente der Beschwerdegegnerin können wie folgt zusammengefasst werden:

Zulässigkeit des Hauptantrags

- a) Alle Änderungen, die bei der neuen Formulierung des Anspruchs 1 gemäß Hauptantrag hinzugefügt wurden, seien als Reaktion auf die formellen Einwände der Einsprechenden bzw. der Kammer zu sehen. Der Wortlaut "der mit der lipophilen Verbindung ein Oleogel bzw.

Lipogel ausbildet" sei im erteilten Anspruch 1 zu finden und dessen Bedeutung sei schon vor der Einspruchsabteilung im Detail von allen Parteien diskutiert worden.

Änderungen

- b) Alle Einwände nach Artikel 123 (2) und (3) EPÜ seien zu pedantisch und nicht gemäß einer sinnvollen Interpretation des Anspruchs 1; insbesondere seien die Merkmale, dass das Mittel "einen Wassergehalt von maximal 3%" aufweise und dass es keine Tenside oder Emulgatoren enthalte, in der ursprünglichen Offenbarung unabhängig von einander, wie auch durch ursprünglichen Anspruch 10 und die Zusammensetzungen der Beispiele bestätigt.
- c) Die Streichung von Alkalicarboxylaten aus der Liste der Verdicker mit lipophilem Charakter könne nicht zu einer Erweiterung des Schutzbereichs führen. Da es klar aus dem Wortlaut des Anspruchs 1 folge, dass die Komponente (b) zur Ausbildung eines Oleogels bzw. Lipogels vorhanden sei, wäre ausgeschlossen, dass das Mittel andere die selbe Funktion ausübenden Komponenten enthalte.
- d) Anspruch 1 gemäß Hauptantrag sehe vor, dass der Verdicker mit lipophilem Charakter mit der lipophilen Verbindung ein Oleogel bzw. Lipogel ausbilde, wobei in der aufrechterhaltenen Fassung es vorgesehen sei, dass der Verdicker mit lipophilem Charakter bei der Auflösung in der lipophilen Verbindung ein Oleogel bzw. Lipogel ausbilde. Diese Änderung, mit der der Wortlaut des erteilten Anspruchs 1 wiederhergestellt

wurde, wurde hinzugefügt als Reaktion auf die Einwände unter Artikel 84 und 123 und Regel 80 EPÜ gegen die aufrechterhaltene Fassung. Die Ausbildung eines Oleogel bzw. eines Lipogels erfolge gemäß der Lehre der Beschreibung durch Auflösen des lipophilen Verdickers in der lipophilen Komponente, wobei beide erwähnte Ausführungsformen (durch Erhitzen oder durch die Verwendung von Lösungsvermittlern) eine Auflösung benötigten. Eine Ausbildung des Gels ohne Auflösung des lipophilen Verdickers in der lipophilen Verbindung sei nicht möglich. Deshalb sei der Schutzbereich durch die Änderung nicht erweitert worden und der Grundsatz des Verschlechterungsverbots gemäß G 9/92 (*supra*) erfüllt.

Erfinderische Tätigkeit

- e) Die Ausbildung eines Lipogels sei das Kernmerkmal der Erfindung, das in keinem der Dokumente des Stands der Technik in Zusammenhang mit einer Blondiermittelsuspension offenbart werde. Im Patent seien die Bedingungen für die Ausbildung eines solchen Gels eindeutig erklärt.

- f) D2 sei als nächstliegender Stand der Technik anzusehen, weil es die selbe Aufgabe stelle wie das angefochtene Patent. Es könne nicht angenommen werden, dass die Zusammensetzungen von D2 ein Lipogel aufwiesen, weil die Ausbildung eines Lipogels nicht direkt aus der Kombination der Komponenten erfolge und kein Beweis vorliege, dass die notwendigen Mischbedingungen in D2 erfüllt seien. Der Unterschied sei daher nicht nur, dass die Komponente (b)

hinzugefügt werde, sondern auch dass die Komponenten (a) und (b) in Form eines Lipogel vorlägen.

- g) Von der Patentinhaberin sei ein Testbericht eingereicht worden, der Zusammensetzungen gemäß der Erfindung mit Zusammensetzungen gemäß D2 vergleiche und die Verbesserung der Stabilität und der Konsistenz beweise. Die Gegenberichte der Einsprechenden seien nicht relevant, weil keine Information vorliege, ob ein Lipogel ausgebildet werde. Die technische Aufgabe sei daher, ein Mittel mit verbesserter Stabilität und besserem Viskositätsverhalten bei unterschiedlichen Temperaturen zu entwickeln. In den Dokumenten D8 und D12 seien einige Komponenten, die unter die Auflistung der Komponente (b) fallen, in den Zusammensetzungen benutzt, aber die technische Wirkung dieser Komponenten werde nicht erwähnt und die Ausbildung eines Lipogels werde nicht offenbart. D9 sei nicht relevant, weil sowohl D2 als auch das angefochtene Patent Blondiermittelsuspensionen und keine Wasser-in-Öl Emulsionen betreffen. Die vorgeschlagene Lösung sei daher als erfinderisch anzuerkennen.
- h) D1 sei nicht als nächstliegender Stand der Technik anzusehen, weil es dort vorgesehen sei, Verdicker zu verwenden, die erst nach Vermischung mit einer Wasserstoffperoxidlösung ihre verdickende Funktion ausüben. Auf jeden Fall, ausgehend von D1, würde der Fachmann keinen Verdicker mit lipophilem Charakter, der ein Oleogel bzw. Lipogel ausbilde, der dort beschriebenen Zusammensetzung hinzufügen, weil dieser Zusatz gegen die Lehre von D1 wäre.

i) D5 könne auch keinen vernünftigen Ausgangspunkt darstellen, weil es pulverförmige Blondiermittel und keine Blondiermittelsuspensionen beschreibe.

XIII. Die Beschwerdeführerinnen (Einsprechende 01 und 03) beantragten die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und den Widerruf des europäischen Patents.

XIV. Die Beschwerdegegnerin (Patentinhaberin) beantragte, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und das Patent auf der Basis des Anspruchs 1 des in der mündlichen Verhandlung am 20. Mai 2010 eingereichten Hauptantrags und der Ansprüche 2 bis 11 wie in der angefochtenen Entscheidung der Einspruchsabteilung aufrechtzuerhalten.

Entscheidungsgründe

1. Die Beschwerden sind zulässig.

2. *Zulässigkeit des Hauptantrags*

2.1 Anspruch 1 gemäß Hauptantrag wurde während der mündlichen Verhandlung vor der Kammer eingereicht. Er unterscheidet sich vom aufrechterhaltenen Anspruch 1 (der auch in der Beschwerdebegründung als Anspruch 1 des damaligen Hauptantrags behandelt wurde) nur dadurch, dass das Merkmal des Verdickers mit lipophilem Charakter, "der bei Auflösung in der lipophilen Verbindung ein Oleogel bzw. Lipogel ausbildet" gemäß dem Wortlaut des erteilten Anspruchs 1 und zwar "der mit der lipophilen Verbindung ein Oleogel bzw. Lipogel ausbildet" geändert wurde und dass die Obergrenze der Menge des

anorganischen Persalzes von 65 auf 55 Gewichtsprozent reduziert wurde.

2.2 Beide Änderungen sind als Reaktion zu Einwänden der Einsprechenden bzw. der Kammer anzusehen.

2.2.1 Gegen den Wert 65 Gewichtsprozent für die Obergrenze der Menge des anorganischen Persalzes wurde unter Artikel 84 EPÜ Einwand erhoben, weil aus diesem Wert sich eine Zusammensetzung mit mehr als 100 Gewichtsprozent an Inhaltsstoffen auch in Kombination mit den Untergrenzen für die Bereiche der anderen Komponenten ergibt. Die Änderung löst dieses Problem, verursacht keine weiteren Einwände und ist unerheblich für die Analyse der Neuheit und der erfinderischen Tätigkeit.

2.2.2 Die Rückkehr zum Wortlaut des erteilten Anspruchs 1 bezüglich der Ausbildung eines Oleogels bzw. eines Lipogels erfolgt, um die Einwänden unter Artikel 84 und 123 und Regel 80 EPÜ gegen die geänderte Formulierung des aufrechterhaltenen Anspruchs 1 auszuräumen. Sowohl im Einspruchsverfahren als auch im Beschwerdeverfahren wurde ausführlich von allen Parteien diskutiert, welcher Wortlaut das Merkmal ausdrücken könnte, dass der lipophile Verdicker mit der lipophilen Verbindung als Oleogel bzw. Lipogel in der Zusammensetzung vorliegt. Es kann für die Einsprechenden nicht überraschend sein, dass die Pateninhaberin zum erteilten Wortlaut zurückkehrt, um die vielen Einwände gegen die geänderte Formulierung zu überwinden und um die gewollte Einschränkung auszudrücken. Mit dem erteilten Wortlaut sind die erhobenen Einwände nicht mehr relevant und einen neuen Einwand bezüglich des Grundsatzes des Verschlechterungsverbots sieht die

Kammer nicht als begründet an (Punkt 3.3, *infra*).
Darüber hinaus wurde die Anwesenheit eines Oleogels bzw. eines Lipogels in der Zusammensetzung schon in der Entscheidung der Einspruchsabteilung als Merkmal des beanspruchten Mittels betrachtet (siehe z.B. Punkt 6.3.2-6.3.3 der Entscheidung), sodass durch das geänderte Merkmal keine neuen Überlegungen für die Analyse der Neuheit und der erfinderischen Tätigkeit nötig sind.

- 2.3 Unter diesen Umständen und in Betracht der Verfahrensordnung der Beschwerdekammern (Artikel 13) haltet es die Kammer für angemessen, der Patentinhaberin eine weitere Möglichkeit zu gewähren, die erhobenen Einwände zu überwinden, und sie lässt somit den Hauptantrag ins Verfahren zu.

3. *Änderungen*

3.1 *Artikel 123 (2) EPÜ*

- 3.1.1 Das Merkmal, dass das Mittel "einen Wassergehalt von maximal 3% aufweist" findet eine wörtliche Basis auf Seite 9 der ursprünglichen Beschreibung, im zweiten vollen Absatz, der lautet: "Vorzugsweise enthält die erfindungsgemäße Blondiermittelsuspension keine Tenside oder Emulgatoren und ist wasserfrei, wobei ein Wassergehalt von maximal bis zu 3 Gewichtsprozent jedoch zulässig ist."

- 3.1.2 In der Analyse des Stands der Technik werden die Nachteile eines Wassergehalts erwähnt, wobei für ein pulverförmiges Mittel zum Blondieren von Haaren gemäß dem Stand der Technik, bei dem zur Verhinderung der

Staubbildung ein Öl oder flüssiges Wachs zugesetzt wird, spezifiziert wird, dass durch den Wassergehalt der eingesetzten pulverförmigen Rohstoffe und die kompakte Pulverform sich eine Desaktivierung der Sauerstoffträger ergibt, wodurch das Produkt instabil wird und seine Bleichwirkung verliert (Seite 3, Zeilen 6-13 der ursprünglichen Beschreibung). Auch alle anderen Öle, Wachse und Verdicker enthaltende Zubereitungen des Stands der Technik, die erwähnt werden (Seiten 3 und 4 der ursprünglichen Beschreibung), enthalten gemäß ihrer Zusammenfassung in der ursprünglichen Beschreibung kein Wasser.

- 3.1.3 In den Beispielen werden Blondiermittelsuspensionen beschrieben, die kein Wasser enthalten. Die Zusammensetzung im Beispiel 1 (Seite 11 der ursprünglichen Beschreibung) enthält unter anderem Zinkstearat. Es ist unerheblich, ob sich Zinkstearat als Tensid in der Zusammensetzung auswirkt, was von den Einsprechenden bestritten wird. Es ist klar und von den Parteien unbestritten, dass Zinkstearat sich als Tensid auswirken kann und deshalb als Tensid betrachtet werden kann.
- 3.1.4 Aus der gesamten ursprünglichen Offenbarung folgt daher, dass Wasserfreiheit für das beanspruchte Mittel nötig war und das unabhängig von der Abwesenheit von Tensiden und Emulgatoren. Da eine hundertprozentige Wasserfreiheit technisch und ökonomisch unrealistisch ist, wie von allen Parteien bestätigt, wird in der ursprünglichen Beschreibung die Bedeutung von "wasserfrei" als enthaltend maximal bis zu 3 Gewichtsprozent Wasser in der oben zitierten Passage auf Seite 9 erklärt.

3.1.5 Das Merkmal, dass das Mittel "einen Wassergehalt von maximal 3% aufweist", unanhängig von der Abwesenheit von Tensiden und Emulgatoren ist damit ursprünglich unmittelbar und eindeutig offenbart, so dass dessen Hinzufügung in Anspruch 1 des Hauptantrags die Erfordernisse des Artikels 123 (2) EPÜ erfüllt.

3.2 Artikel 123 (3) EPÜ

3.2.1 Die Zusammensetzung des beanspruchten Blondierungsmittels gemäß dem erteilten Anspruch 1 ist offen formuliert ("eine Kombination aus Komponenten (a) bis (e) sowie gegebenenfalls Hilfsstoffen und Zusatzstoffen enthält") und Komponente (b) wird definiert als "0,1 bis 40 Gewichtsprozent mindestens eines anorganischen oder organischen Verdickers mit lipophilem Charakter, der mit der lipophilen Verbindung ein Oleogel bzw. Lipogel ausbildet, welcher ausgewählt ist aus Alkalicarboxylaten, Erdalkalicarboxylaten, Aluminiumcarboxylaten, Copolymerisaten von Alkenen, vernetzten organischen Polymeren und lipophilisierten Schichtsilikaten, oder Mischungen dieser Verdicker".

3.2.2 Dieser Wortlaut ist an sich klar und bedeutet, dass die Zusammensetzung 0,1 bis 40 Gewichtsprozent eines Oleogel bzw. Lipogel ausbildenden Verdickers ausgewählt aus der angegebenen Liste oder 0,1 bis 40 Gewichtsprozent einer Mischung der aufgelisteten Verdickers enthält. Zusammensetzungen, die 0,1 bis 40 Gewichtsprozent eines aufgelisteten Verdickers enthalten, fallen daher unter den Schutzzumfang des erteilten Anspruchs 1, unabhängig davon, ob sie andere Verdicker der Klasse enthalten oder nicht. Insbesondere fällt die von der Einsprechenden

zitierte Zusammensetzung, die 5 Gew.-% eines Alkalicarboxylats und 38 Gew.-% eines Aluminiumcarboxylats enthält, unter den Schutzbereich des erteilten Anspruchs 1, weil sie die angegebene Bedingung für das Alkalicarboxylat (und auch für das Aluminiumcarboxylat) erfüllt.

- 3.2.3 Diese Auslegung des Anspruchs 1, die aus einem klaren Wortlaut des bestrittenen Merkmals erfolgt und keine Zweifel über den Schutzbereich lässt, kann nicht durch eine allgemeine Aussage in der Beschreibung, wo es spezifiziert wird, dass die oleo- bzw. lipogelbildenden Verdicker in einer Gesamtmenge von 0,1 bis 40 Gewichtsprozent eingesetzt werden (Absatz [0013]), geändert werden.
- 3.2.4 In Anspruch 1 gemäß Hauptantrag wurde ein Mitglied der aufgelisteten Klasse (Alkalicarboxylate) gelöscht. Damit werden Zusammensetzungen, die 0,1 bis 40 Gewichtsprozent Alkalicarboxylate enthalten aber die angegebene Menge der anderen aufgelisteten Verdicker oder deren Mischungen nicht enthalten, vom Schutzzumfang ausgeschlossen. Es gibt aber keine Zusammensetzung, die nicht unter den Schutzbereich des erteilten Anspruchs 1 fällt, aber unter den Schutzzumfang des Anspruchs 1 gemäß Hauptantrag fällt. Die von der Einsprechenden zitierte Zusammensetzung fällt immer noch unter den Schutzbereich des geänderten Anspruchs, weil sie die angegebene Bedingung (jetzt nur) für das Aluminiumcarboxylat erfüllt.
- 3.2.5 In dem der zitierten Entscheidung T 2017/07 (*supra*) zugrundeliegenden Fall betraf erteilter Anspruch 1 eine offen formulierte Zusammensetzung und enthielt eine

Mengenangabe für eine Klasse von Komponenten, die sich in geänderter Form nur auf ein Mitglied der Klasse bezog. Die vorliegenden Umstände unterschieden sich davon durch die oben erklärte Bedingung für den einzelnen Verdicker oder für deren Mischungen, sodass die zitierte Entscheidung hier nicht relevant ist.

3.2.6 Da aus der Änderung keine Erweiterung des Schutzbereichs erfolgt, sind die Erfordernisse des Artikels 123 (3) EPÜ erfüllt.

3.3 *Verschlechterungsverbot*

3.3.1 Unter dem Verschlechterungsverbot ist zu verstehen, dass grundsätzlich keine Entscheidung getroffen werden darf, die einen Beschwerdeführer schlechter stellen würde als die angefochtene Entscheidung (G 1/99, ABl. EPA, 2001, 381, Punkt 2.1). Diesem Grundsatz folgend, wurde in G 9/92 (*supra*) entschieden, dass, wenn, wie im vorliegenden Fall, die Einsprechenden die alleinigen Beschwerdeführerinnen gegen eine Zwischenentscheidung über die Aufrechterhaltung eines Patents in geändertem Umfang sind, die Patentinhaberin primär darauf beschränkt ist, das Patent in der Fassung zu verteidigen, die die Einspruchsabteilung ihrer Zwischenentscheidung zugrunde gelegt hat. Änderungen, die die Patentinhaberin vorschlägt, können von der Kammer abgelehnt werden, wenn sie weder sachdienlich noch erforderlich sind.

3.3.2 Die Einsprechenden beanstandeten, dass die Änderung des Merkmals des Verdickers mit lipophilem Charakter, "der bei Auflösung in der lipophilen Verbindung ein Oleogel bzw. Lipogel ausbildet" zu "der mit der lipophilen Verbindung ein Oleogel bzw. Lipogel ausbildet" dem

Grundsatz des Verschlechterungsverbots nicht genüge. Es ist deshalb festzustellen, ob die bestrittene Änderung sachdienlich und erforderlich ist und ob durch diese Änderung die Einsprechenden schlechter gestellt werden als durch die angefochtene Entscheidung.

3.3.3 Der Ausdruck "der bei Auflösung in der lipophilen Verbindung ein Oleogel bzw. Lipogel ausbildet" kann aufgrund des Wortlauts "bei Auflösung" eine effektive oder eine konditionale Bedeutung haben. Im ersten Fall wird damit gemeint, dass der Verdicker mit lipophilem Charakter in der lipophilen Verbindung aufgelöst ist und dass die zwei Komponenten in der Blondiermittelsuspension als Oleogel bzw. Lipogel vorliegen. Im zweiten Fall ist der Verdicker mit lipophilem Charakter in der lipophilen Verbindung auflösbar und, falls er aufgelöst vorliegt, bilden die zwei Komponente ein Oleogel bzw. ein Lipogel aus. Durch die zwei möglichen Auslegungen des Ausdrucks wird die Klarheit des Anspruchs beeinträchtigt. Da der Ausdruck durch eine Änderung während des Einspruchsverfahrens modifiziert wurde, sind die Erfordernisse des Artikels 84 EPÜ zu erfüllen und eine Änderung, die die Klarheit herstellt, ist als sachdienlich und erforderlich zu betrachten.

3.3.4 Die vorgeschlagene Änderung, bei dem der Verdicker "mit der lipophilen Verbindung ein Oleogel bzw. Lipogel ausbildet", lässt nur eine Interpretation offen, wobei ein durch den Verdicker mit lipophilem Charakter und die lipophile Verbindung ausgebildetes Oleogel bzw. Lipogel vorliegt. Somit sind die Erfordernisse des Artikels 84 EPÜ erfüllt.

- 3.3.5 Die Formulierung in der aufrechterhaltenen Fassung sieht vor, dass der Verdicker mit lipophilem Charakter in der lipophilen Verbindungen auflösbar ist (bei beiden Auslegungen). Um zu evaluieren, ob eine Erweiterung des Schutzbereichs durch die Änderung stattfindet, ist daher festzustellen, ob es möglich ist, dass die Mischung des Verdickers mit der lipophilen Verbindung als Oleogel bzw. Lipogel vorliegt, ohne dass der Verdicker in der lipophilen Verbindungen auflösbar ist.
- 3.3.6 Wie das Oleogel bzw. das Lipogel ausgebildet wird, wird im Patent erklärt. Die Ausbildung erfolgt aus dem Auflösen des lipophilen Verdickers in der lipophilen Verbindung, das durch Erhitzen oder durch die Verwendung von Lösungsvermittlern, wie zum Beispiel Propylencarbonat, unterstützt werden kann (Absatz [0012], erste zwei Sätze). Es ist ebenfalls möglich gemäß dem angefochtenen Patent, fertige Gemische von lipophilen Verdickern und lipophilen Verbindungen zu verwenden (Absatz [0012], dritter Satz), wobei mit den verfügbaren Informationen nur angenommen werden kann, dass bei der Ausbildung der fertigen Gemische das Auflösen des lipophilen Verdickers in der lipophilen Verbindung stattfindet. Es wurde von den Einsprechenden nicht bewiesen, dass eine Ausbildung des Oleogels bzw. des Lipogels möglich ist, ohne dass der Verdicker in der lipophilen Verbindung auflösbar ist, noch ist eine solche Möglichkeit der Kammer bekannt.
- 3.3.7 Die Kammer kann nur zu der Schlussfolgerung kommen, dass alle Ausführungsformen, die unter den Schutzbereich des Anspruchs 1 gemäß Hauptantrag fallen, schon unter Anspruch 1 der aufrechterhaltenen Fassung fielen. Durch die Änderung werden daher die Einsprechenden nicht

schlechter gestellt als durch die angefochtene Entscheidung.

3.3.8 Aus diesen Gründen sind die Erfordernisse des Verschlechterungsverbots eingehalten worden.

4. *Neuheit*

4.1 Gegen Anspruch 1 des Hauptantrags wurde kein Neuheitseinwand erhoben. Die Kammer hat selbst keinen Grund, die Neuheit des Anspruchs 1 in Frage zu stellen.

5. *Erfinderische Tätigkeit*

Nächstliegender Stand der Technik

5.1 Das Patent betrifft ein lagerstabiles, nicht-staubendes Mittel zum Entfärben oder Blondieren von Haaren in Form einer Blondiermittelsuspension, welches vor Gebrauch durch einfaches Schütteln oder Anrühren mit einer Oxidationsmittelzubereitung vermischt wird und neben seiner absolut staubfreien Darreichungs- und Anwendungsform eine sehr gute Blondierwirkung bei gleichzeitiger guter Lagerstabilität zwischen 5 und 45°C gewährleistet, ohne die hervorragende, cremartige Konsistenz und damit die hervorragenden Gebrauchseigenschaften unter Kälteeinfluss bzw. Wärmeeinfluss zu verlieren (Absätze [0006] und [0007]).

5.2 Während die Beschwerdeführerinnen und die Verfahrensbeteiligte der Ansicht waren, dass D1 den nächstliegenden Stand der Technik darstelle, vertrat die Beschwerdegegnerin die Auffassung, dass die Druckschrift D2 als nächstliegender Stand der Technik zu betrachten

sei. Zusätzlich wurden auch Argumente ausgehend von D5 vorgebracht.

- 5.3 D1 offenbart eine Bleichzusammensetzung zum Blondieren von Haaren enthaltend eine Mischung mindestens eines teilchenförmigen Persulfatsalzes und mindestens eines teilchenförmigen Alkalisilikats in einem wasserfreien organischen Träger, wobei die Mischung in einer solchen Menge vorliegt, dass sie die Beschichtung der Partikel und die Erreichung einer pastenförmigen oder cremigen Konsistenz erlaubt, und der organische Träger genügend hydrophob ist, dass die Absorption von Luftfeuchtigkeit vermieden wird, und genügend hydrophil ist, dass die Dispersion der Mischung in eine wässrige Wasserstoffperoxidlösung ermöglicht wird (Anspruch 1).
- 5.3.1 Der organische Träger kann Verdicker enthalten (Spalte 2, Zeilen 29-32). Die Verdicker, wenn anwesend, sind üblicherweise latent, d.h. sie werden normalerweise nicht gebraucht, um die Mischung zu verdicken, sondern sie wirken, wenn eine wässrige Wasserstoffperoxidlösung hinzugefügt wird (Spalte 2, Zeilen 38-46).
- 5.3.2 Die vorgefertigte Mischung ist stabil auch in einer Umgebung mit hoher Luftfeuchtigkeit, hat eine pastenförmige oder cremige Konsistenz und löst die Behandlungsprobleme der pulverförmigen Mittel (Spalte 1, Zeilen 38-42).
- 5.3.3 In Beispiel 12 werden 50 Gewichtsteile der Zusammensetzung von Beispiel 2 mit 50 Gewichtsteilen der Zusammensetzung von Beispiel 5 homogen gemischt (Spalte 6, Zeilen 42-46), wobei die Zusammensetzung von Beispiel 2 unter anderem 50,0 Gewichtsprozent

Ammoniumpersulfat und 10,5 Gewichtsprozent Potassiumpersulfat (insgesamt 30,25 Gewichtsprozent anorganischer Persalze in der Zusammensetzung 12) und 25,0 Gewichtsprozent Natriumsilikat (12,5 Gewichtsprozent eines alkalisch reagierenden Salzes in der Zusammensetzung 12) enthält (Spalte 4, Zeilen 43-52) und die Zusammensetzung von Beispiel 5 unter anderem 55,0 Gewichtsprozent Mineralöl, 28,0 Gewichtsprozent Isostearylpentanoat und 10,0 Gewichtsprozent synthetisches Bienenwachs (insgesamt 46,5 Gewichtsprozent organisch lipophiler Verbindungen aus der Gruppe (a) in Anspruch 1 des eingesprochenen Patents in der Zusammensetzung 12) enthält (Spalte 5, Zeilen 19-34). Darüber hinaus enthält die Zusammensetzung 12 2,75 Gewichtsprozent Carboxymethylcellulose (ein organischer Verdicker mit hydrophilem Character aus der Gruppe (c) in Anspruch 1 des eingesprochenen Patents) (Spalte 4, Zeile 50 und Spalte 5, Zeile 26).

- 5.3.4 Die Zusammensetzung des Beispiels 14 (Spalte 6, Zeilen 54-68) enthält unter anderem 31,0 Gewichtsprozent Mineralöl, 10,5 Gewichtsprozent Isostearylpentanoat und 5,0 Gewichtsprozent synthetisches Bienenwachs (insgesamt 46,5 Gewichtsprozent organisch lipophiler Verbindungen aus der Gruppe (a) in Anspruch 1 des eingesprochenen Patents), 0,75 Gewichtsprozent Xanthan Gum (ein organischer Verdicker mit hydrophilem Character aus der Gruppe (c) in Anspruch 1 des eingesprochenen Patents), 20,0 Gewichtsprozent Ammoniumpersulfat und 8,1 Gewichtsprozent Potassiumpersulfat (insgesamt 28,1 Gewichtsprozent anorganischer Persalze) und 12,5 Gewichtsprozent Natriummetasilikat (ein alkalisch reagierender Salz). Das Mineralöl und das Isostearylpentanoat werden gemischt und auf 45° C

geheizt. Nach Einmischen des synthetischen Bienenwachses und anderer minderer Komponenten wird die Mischung gekühlt. Nach Kühlung werden die restlichen Komponenten hinzugefügt (Spalte 7, Zeilen 6-12).

5.3.5 Die Zusammensetzung des Beispiels 15 (Spalte 7, Zeilen 14-27) enthält unter anderem 34,5 Gewichtsprozent Mineralöl, 10,4 Gewichtsprozent Isostearylpentanoat und 6,2 Gewichtsprozent synthetisches Bienenwachs (insgesamt 51,1 Gewichtsprozent organisch lipophiler Verbindungen aus der Gruppe (a) in Anspruch 1 des angefochtenen Patents), 1,0 Gewichtsprozent Xanthan Gum (ein organischer Verdicker mit hydrophilem Character aus der Gruppe (c) in Anspruch 1 des angefochtenen Patents), 22,3 Gewichtsprozent Ammoniumpersulfat und 8,3 Gewichtsprozent Potassiumpersulfat (insgesamt 30,6 Gewichtsprozent anorganischer Persalze) und 12,9 Gewichtsprozent Natriummetasilikat (ein alkalisch reagierendes Salz). Das synthetische Bienenwachs wird in einer Mischung des Mineralöls und des Isostearylpentanoats aufgeschmolzen. Nach Einmischen des Xanthangummis und anderer minderer Komponenten wird die Mischung gekühlt. Nach Kühlung werden die restlichen Komponenten hinzugefügt (Spalte 7, Zeilen 29-34).

5.4 D2 betrifft ein Mittel zum Entfärben oder Blondieren von Haaren, das unmittelbar vor der Anwendung durch Vermischen einer cremeförmigen Blondiermittelsuspension mit einem Oxidationsmittel hergestellt wird, wobei die Blondiermittelsuspension eine Mischung aus (a) mindestens einem anorganischen Persalz, (b) mindestens einem alkalisch reagierendem Salz, (c) einer Verdickerkombination, bestehend aus einem Acrylsäurepolymer und mindestens einem Polymer aus der

Gruppe der Cellulosen, Alginaten und Polysaccharide, (d) mindestens einem Öl oder Wachs und (e) gegebenenfalls Hilfs- und Zusatzstoffen darstellt (Anspruch 1).

5.4.1 In D2 soll ein lagerstabiles pastenförmiges Mittel zum Entfärben oder Blondieren von Humanhaaren zur Verfügung gestellt werden, welches vor Gebrauch durch einfaches Schütteln oder Anrühren mit einer flüssigen Wasserstoffperoxidlösung oder einer wasserstoffperoxidhaltigen Öl-in-Wasser-Emulsion vermischt wird und neben seiner absolut staubfreien Darreichungs- und Anwendungsform stärkste Blondierleistung bei gleichzeitig hervorragender Lagerstabilität gewährleistet (Spalte 2, Zeile 59 - Spalte 3, Zeile 9).

5.4.2 In Beispiel 1 wird eine cremeförmige Blondiermittelsuspension beschrieben, die 25,0 Gewichtsprozent Kaliumpersulfat, 18,0 Gewichtsprozent Ammoniumpersulfat (insgesamt 43,0 Gewichtsprozent anorganischer Persalze), 23,0 Gewichtsprozent Natriummetasilikat (ein alkalisch reagierender Salz), 2,0 Gewichtsprozent Natriumalginat, 2,0 Gewichtsprozent Xanthan Gum (insgesamt 4,0 Gewichtsprozent organischer Verdicker mit hydrophilem Character aus der Gruppe (c) in Anspruch 1 des eingesprochenen Patents), 0,5 Gewichtsprozent Acrylsäurepolymer, 26,5 Gewichtsprozent Isopropylpalmitat, 2,5 Gewichtsprozent Bienenwachs (insgesamt 29,0 Gewichtsprozent organisch lipophiler Verbindungen aus der Gruppe (a) in Anspruch 1 des eingesprochenen Patents) und 0,5 Gewichtsprozent Ethylendiaminotetraessigsäure enthält (Spalte 5, Zeilen 40-52).

Zur Herstellung dieser Blondiermittelsuspension werden das Isopropylpalmitat und das Bienenwachs in einem Rührwerk vorgelegt und bei etwa 54° C geschmolzen und sodann unter Rühren auf etwa 30° C abgekühlt. Die übrigen Bestandteile werden zunächst in einem Mischer 6 Minuten lang mit Mixer und Chopper homogen miteinander vermischt und sodann zu dem Gemisch aus Isopropylpalmitat und Bienenwachs gegeben. Nach einer Rührzeit von 15 Minuten wird eine homogene cremeförmige Blondiermittelsuspension erhalten, die beispielsweise in handelsübliche, mit einem Innenlack versehene Aluminiumtuben abgefüllt werden kann (Spalte 5, Zeile 54 - Spalte 6, Zeile 10).

5.5 D5 offenbart pulverförmige Mittel zum Blondieren von menschlichen Haaren, enthaltend eine feste Perverbindung, ein pulverförmiges Trägermaterial und 2,5 bis 25 Gew.-%, berechnet auf die Gesamtzusammensetzung, eines Öls oder flüssigen Wachses (Anspruch 1).

5.5.1 In Beispiel 1 von D5 wird ein staubfreies Pulver beschrieben, welches unter anderem 11,5 Gewichtsprozent Paraffinöl (eine organisch lipophile Verbindung aus der Gruppe (a) in Anspruch 1 des eingesprochenen Patents), 3,5 Gewichtsprozent Natriumcarboxyethylcellulose (ein organischer Verdicker mit hydrophilem Charakter aus der Gruppe (c) in Anspruch 1 des eingesprochenen Patents), 58,0 Gewichtsprozent Kaliumpersulfat (ein anorganischer Persalz), 1,0 Gewichtsprozent Natriumcarbonat und 6,0 Gewichtsprozent Natriummetasilikat (insgesamt 7,0 Gewichtsprozent alkalisch reagierender Salze) (Seite 3, Zeilen 7-29) enthält.

5.5.2 Das Pulver von D5 ist nicht nur völlig staubfrei, sondern ist auch gut rieselfähig, gestattet eine exakte Dosierung und lässt sich daher problemlos mit der Wasserstoffperoxidlösung vor Anwendung auf dem Haar vermischen (Seite 2, Zeilen 15-17).

5.6 In keiner der Zusammensetzungen von D1, D2 oder D5 sind anorganische oder organische Verbindungen mit lipophilem Charakter aus der Gruppe (b) von Anspruch 1 des angefochtenen Patents enthalten. Darüber hinaus ist über die Ausbildung eines Oleogels bzw. Lipogels in keinem der Dokumente die Rede, noch wurde von den Einsprechenden bewiesen, dass ein solches Gel durch das Herstellungsverfahren ausgebildet werden könnte. Da das Mittel von D5 in Form eines Pulvers vorliegt und die Verdickung in der Blondiermittelsuspension von D1 erst nach Vermischung mit der Wasserstoffperoxidlösung verlangt wird, stellt D2, das eine Blondiermittelsuspension betrifft, eine Verdickerkombination als erforderliche Komponente der Zusammensetzung aufweist und eine Formulierung der technischen Aufgabe enthält, die fast wortgleich mit der Formulierung im eingesprochenen Patent ist, den nächstliegenden Stand der Technik dar.

Aufgabe und Lösung

5.7 Wie oben ausgeführt (Punkte 5.1, 5.4.1 und 5.6, *supra*) ist die im Patent gestellte Aufgabe mit der im nächstliegenden Stand der Technik D2 formulierten Aufgabe fast identisch.

5.7.1 Das Patent enthält drei Beispiele (Absätze [0026]-[0034]) von Zusammensetzungen gemäß Anspruch 1. Die

Blondiermittelsuspensionen werden hergestellt, mit Wasserstoffperoxidlösungen gemischt, das erhaltene Blondiermittel wird aufs Haar aufgetragen und der Aufhellungsgrad wird beobachtet. Weder die Staubentwicklung, noch die Lagerstabilität und die Konsistenz der Suspension werden evaluiert. Darüber hinaus liegen im Patent keine Vergleichsbeispiele vor.

5.7.2 In dem mit Brief vom 20. September 2005 von der Patentinhaberin eingereichten Testbericht werden unter anderem die Konsistenz und die Stabilität eines Blondiermittels gemäß Beispiel 2 des Patents (Mittel A) mit den Eigenschaften eines Mittels (Mittel C) verglichen, das statt Dimethyldistearyl-ammonium-hectorit (ein organisch-modifiziertes lipophiles Schichtsilikat gemäß Absatz [0029] im Patent) Bienenwachs enthält. Dieses zweite Mittel enthält zwar einige der Komponente der Blondiermittelsuspension gemäß Beispiel 1 von D2, aber es kann nicht als repräsentatives Beispiel von D2 betrachtet werden, weil es zahlreiche Unterschiede zum Beispiel 1 von D2 ausweist und das Herstellungsverfahren des Mittels gemäß dem Vergleichsbeispiel nicht angegeben wird. Da das Herstellungsverfahren eine zentrale Rolle in der Ausbildung eines Gels und demzufolge in den Eigenschaften des Mittels spielt, kann aus dem Vergleich zwischen dem Mittel A und dem Mittel C keine Schlussfolgerung über eine Wirkung gegenüber den Produkten von D2 gezogen werden. Die anderen Vergleichsversuche des Testberichts sind von D2 weiter entfernt.

5.7.3 Aus den Testberichten der Einsprechenden können keine weiteren Schlüsse gezogen werden. In dem von der

Einsprechenden 02 mit der Einspruchsschrift vom 18. August 2004 eingereichten Testbericht wird eine Zusammensetzung gemäß Beispiel 1 von D5 mit einer Zusammensetzung verglichen, die einen höheren Gehalt an Natriummetasilikat aufweist. Keine der zwei Zusammensetzungen ist gemäß Anspruch 1 des Hauptantrags oder gemäß D2, sodass dieser Vergleich nicht relevant ist. In dem von der Einsprechenden 03 mit der Einspruchsschrift vom 19. August 2004 eingereichten Testbericht wird beim Mischen von Isopropylmiristat und Magnesiumstearat bei Raumtemperatur festgestellt, dass kein Gel ausgebildet wird. Auch dieser Test ist für einen Vergleich zwischen dem beanspruchten Mittel und einem Mittel gemäß D2 bedeutungslos. Darüber hinaus ist aus dem Patent klar (Absatz [0012]), dass nur unter spezifischen Bedingungen die Ausbildung eines Oleogels bzw. eines Lipogels stattfindet. Die Vergleichsversuche in dem mit Schreiben vom 11. April 2007 von der Einsprechenden 03 eingereichten Testbericht betreffen einen Vergleich mit einem Produkt gemäß D1. Dort wird keine Information über die Ausbildung eines Gels angegeben und Produkte gemäß D2 werden nicht getestet, sodass auch diese Tests unerheblich sind.

- 5.8 Ohne Beweis, dass irgendeine Eigenschaft verbessert wird, kann die technische Aufgabe nur darin gesehen werden, ausgehend von einem Mittel gemäß D2 ein weiteres staubfreies, cremeartiges, lagerstabiles Blondiermittel zur Verfügung zu stellen.

Naheliegen der Lösung

- 5.9 Wie oben ausgeführt (Punkte 5.3-5.6, *supra*), werden in den Dokumenten D1, D2 und D5 keine anorganischen oder

organischen Verbindungen mit lipophilem Charakter aus der Gruppe (b) gemäß Anspruch 1 des angefochtenen Patents in den offenbarten Blondiermittelsuspensionen beschrieben, noch wird die Ausbildung eines Oleogels bzw. Lipogels in solchen Suspensionen erwähnt.

5.10 D8 betrifft Zwei-Komponenten-Zubereitungen zur Anfertigung einer breiartigen, auftragefähigen Zubereitung zum Bleichen von Humanhaaren, bestehend aus einer pastenförmigen Komponente, enthaltend unter anderem einen inerten, flüssigen organischen Träger und anorganische und/oder anorganische Verdickungsmittel, und einer wässrigen Wasserstoffperoxidlösung (Anspruch 1). Als inerter, flüssiger organischer Träger ist Paraffin enthalten (Seite 2, Zeile 38) und als geeignete anorganische und/oder organische Verdickungsmittel sind z.B. Silikate, wie Smektite (Bentone 38) erwähnt (Seite 2, Zeilen 41-43). Die Bedingungen, unter denen die Vermischung des Trägers und der Verdickungsmittel erfolgt, werden nicht angegeben und über die Ausbildung eines Oleogels bzw. eines Lipogels ist nicht die Rede.

5.11 D12 ist ein Auszug aus einem allgemeinen Buch über kosmetische Präparate, der allgemeine Informationen über Haarbleichmittel erläutert. Nach einem allgemeinen Teil über die Eigenschaften solcher Produkte und deren Effekte aufs Haar (Seiten 815-819) werden Formulierungsbeispiele angegeben (Seiten 820-823). Als mögliche Komponente eines Blondierpulvers (Seite 822, erstes Beispiel) wird Calciumstearat erwähnt. Seine Funktion in diesem Pulver wird nicht erläutert.

- 5.12 Der Fachmann würde daher weder in D8 noch in D12, die die Ausbildung eines Gels nicht in Betracht ziehen, einen Hinweis finden, der ihn, ausgehend von D2, zur beanspruchten Lösung führen könnte.
- 5.13 D9 ist ein weiterer Auszug aus einem allgemeinen Buch über kosmetische Präparate, der die Stabilisierung von Wasser-in-Öl Emulsionen betrifft. Es wird offenbart, dass eine klassische Methode zur Stabilisierung von Wasser-in-Öl Emulsionen auf der Gelbildung der Fettphase durch Aluminium-, Magnesium- oder Calciumstearate, bzw. entsprechender anderer gesättigter Fettsäuren beruht (Seite 151, zweiter Absatz der Sektion 2.3.2). Alternativ bilden lipophile, quellbare Tone die Grundlage für Ölgele. Unter diesen werden Smektit-Tonmineralien erwähnt, die durch Ionenaustauschreaktionen des hydrophilen Smektit-schichtsilikats mit quaternären Ammoniumverbindungen organisch modifiziert werden und dadurch mit Lösungsmitteln und anderen organischen Medien verträglich sind (Seite 151, dritter Absatz der Sektion 2.3.2). Über die Stabilisierung anderer Mischungen durch Gelbildung ist nicht die Rede.
- 5.14 Ausgehend von D2, das nur pastenförmige Mittel in Form einer Suspension betrifft und Emulsionen nur angesichts des Oxydationsmittels erwähnt, würde der Fachmann D9, dessen Lehre nur die Stabilisierung von Wasser-in-Öl Emulsionen und nicht von Suspensionen betrifft, nicht in Betracht ziehen. In diesem Zusammenhang ist nicht relevant, ob theoretisch auch Emulsionen unter den Wortlaut des Anspruchs 1 gemäß Hauptantrag fallen könnten, wie die Einsprechenden behaupteten, weil der Fachmann, ausgehend von D2 und auf der Suche weiterer

staubfreier, cremeartiger, lagerstabiler Blondiermittel, nur die Angaben von Dokumenten betrachten würde, die kompatibel mit der Offenbarung von D2 sind.

- 5.15 Auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen ist daher das Mittel des Anspruchs 1 gemäß Hauptantrag nicht naheliegend, sodass es anerkannt werden muss, dass die Erfordernisse des Artikels 56 EPÜ erfüllt sind.

Entscheidungsformel

Aus diesen Gründen wird entschieden:

1. Die angefochtene Entscheidung wird aufgehoben.

2. Die Sache wird an die erste Instanz mit der Anordnung zurückverwiesen, das Patent auf Basis des Anspruchs 1 des in der mündlichen Verhandlung am 20. Mai 2010 eingereichten Hauptantrags, der Ansprüche 2 bis 11 wie in der angefochtenen Entscheidung der Einspruchsabteilung und einer daran noch anzupassenden Beschreibung aufrecht zu erhalten.

Die Geschäftsstellenbeamtin

Der Vorsitzende

C. Louca-Dreher

S. Perryman