

**Interner Verteilerschlüssel:**

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

**Datenblatt zur Entscheidung  
vom 15. März 2012**

**Beschwerde-Aktenzeichen:** T 1324/08 - 3.3.07

**Anmeldenummer:** 03014576.7

**Veröffentlichungsnummer:** 1393707

**IPC:** A61K 8/06, A61K 8/37,  
A61Q 5/00, A61Q 5/02,  
A61Q 19/00

**Verfahrenssprache:** DE

**Bezeichnung der Erfindung:**  
Kosmetikum zur Reinigung und Pflege der Haut

**Patentinhaberin:**  
Beiersdorf AG

**Einsprechende:**  
Henkel AG & Co. KGaA

**Stichwort:**  
-

**Relevante Rechtsnormen:**  
EPÜ Art. 56

**Schlagwort:**  
"Erfinderische Tätigkeit (verneint) - naheliegende  
Alternative"

**Zitierte Entscheidungen:**  
-

**Orientierungssatz:**  
-



Aktenzeichen: T 1324/08 - 3.3.07

**E N T S C H E I D U N G**  
der Technischen Beschwerdekammer 3.3.07  
vom 15. März 2012

**Beschwerdeführerin:** Henkel AG & Co. KGaA  
(Einsprechende) VTP Patente  
D-40191 Düsseldorf (DE)

**Beschwerdegegnerin:** Beiersdorf AG  
(Patentinhaberin) Unnastraße 48  
D-20245 Hamburg (DE)

**Vertreter:** Beiersdorf AG  
Patentabteilung  
Unnastraße 48  
D-20245 Hamburg (DE)

**Angefochtene Entscheidung:** **Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung  
des Europäischen Patentamts über die  
Aufrechterhaltung des europäischen Patents  
Nr. 1393707 in geändertem Umfang, zur Post  
gegeben am 14. Mai 2008.**

**Zusammensetzung der Kammer:**

**Vorsitzender:** J. Riolo  
**Mitglieder:** F. Rousseau  
P. Schmitz

## Sachverhalt und Anträge

I. Die Beschwerde der Einsprechenden (Beschwerdeführerin) richtet sich gegen die am 14. Mai 2008 zur Post gegebenen Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung, mit der das europäische Patent 1 393 707 in geänderter Fassung auf Grundlage der Patentansprüche 1 bis 6 des Hauptantrags der Patentinhaberin, eingereicht mit Schreiben vom 5. September 2007, aufrecht erhalten wurde. Anspruch 1 dieses Antrages lautete:

"1. Kosmetikum und/oder Dermatikum enthaltend

- a) eine kosmetische und/oder dermatologische Reinigungszubereitung A, die anionische, kationische, amphotere und/oder nichtionische Tenside in einer Gesamtkonzentration von 1 bis 30 Gewichts-%, bezogen auf das Gesamtgewicht der Zubereitung A, enthält,
- b) eine Zubereitung B, die in Form einer Öl-in-Wasser-Emulsion (O/W-Emulsion) vorliegt, die mit einem oder mehreren Stearat-Emulgatoren gewählt aus der Gruppe Glycerylstearatcitrat, Glycerylstearat, PEG-40-Stearat, Triglycerinmethylglucose-stearat, Sorbitanstearat, Polyethylenglycol(21)stearylether und/oder Polyethylenglycol(2)stearylether emulgiert ist,

dadurch gekennzeichnet, dass die beiden Zubereitungen A und B in getrennten Kammern eines gemeinsamen Verpackungsbehältnisses aufbewahrt, im Gewichtsverhältnis von 10:1 bis 1:10 vorliegen, wobei beide Zubereitungen dem Verpackungsbehältnis entweder durch eine gemeinsame Öffnung gleichzeitig entnommen werden und beide Zubereitungen entweder vor dem Austritt aus der Entnahmeöffnung vermischt oder in Form einer streifenförmigen Gesamtzubereitung aus der

Entnahmeöffnung austreten, oder zwei getrennten Öffnungen entnommen werden."

II. Im Verfahren vor der Einspruchsabteilung war das Patent in seinem gesamten Umfang wegen mangelnder Neuheit und mangelnder erfinderischer Tätigkeit angegriffen worden, wobei unter anderem Bezug auf folgenden Druckschriften genommen wurde:

D1: WO-A-98/33477

D2: US-A-5 059 414

D3: WO-A-96/02230

D4: WO-A-01/70923

D5: EP-A-0 468 703

D7: Kirk-Othmer, Encyclopedia of Chemical Technology, 3. Auflage, Band 8, 1979, Wiley-Interscience, Seiten 913-915.

III. Die angefochtene Entscheidung stellte fest, dass die Änderungen in Anspruch 1, welcher eine Kombination der erteilten Ansprüche 1, 3 und 4 darstelle, die Erfordernisse des Artikels 123(2) und (3) EPÜ erfüllten und die Neuheit gegenüber den Entgegenhaltungen D1 und D4 herstellten. Im Hinblick auf die erfinderische Tätigkeit, gelte die Entgegenhaltung D2 als nächstliegender Stand der Technik. Die objektive Aufgabe, die vom beanspruchten Gegenstand gegenüber D2 als gelöst anzusehen sei, sei die Bereitstellung einer Zusammensetzung mit verbesserter Schaumleistung, Reinigungsleistung und Rückfettung. Das Argument der Einsprechenden, wonach diese Aufgabe nicht über die gesamte Breite des Anspruchs gelöst sei, weil manche im Anspruch 1 definierten Stearat-Emulgatoren zu den Wasser-in-Öl (W/O)-Emulgatoren zählen würden, wobei die

Zubereitung B explizit eine O/W-Emulsion sein müsse, fand die Einspruchsabteilung nicht überzeugend, weil solche W/O-Stearat-Emulgatoren, wenn sie mit Emulgatoren mit hohen HLB-Werten gemischt werden, ebenfalls zu O/W-Emulsionen führen können. Da es keine Lehre in den Dokumenten D1 und D3 bis D5 gebe Stearat-Emulgatoren in Verbindung mit einer O/W-Emulsion und eines gegenüber D2 verringerten Tensidgehalts der Reinigungsphase einzusetzen, um diese Aufgabe zu lösen, beruhe der Gegenstand des Hauptantrags auf einer erfinderischen Tätigkeit.

IV. Mit ihrer Beschwerdebegründung vom 18. September 2008 hat die Beschwerdeführerin die Druckschrift D9 (JP-A-09-151113) und eine deutsche Übersetzung davon (D10), und das Dokument D11, das einen Versuchsbericht zu D9 darstellt, vorgelegt. Nach Meinung der Beschwerdeführerin offenbare das Beispiel 1 der Druckschrift D9 den Gegenstand der Ansprüche 1, 2, 4 und 5.

V. In der Erwiderung zur Beschwerdebegründung reichte die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 23. Januar 2009 einen neuen Hauptantrag und fünf Hilfsanträge ein, auf deren Grundlage sie die Aufrechterhaltung des Patents begehrte. Die Beschwerdegegnerin wies darauf hin, dass sich die vorliegende Erfindung gegenüber dem Ausführungsbeispiel 1 von D9 lediglich in einem Merkmal unterscheide, nämlich den Emulgatoren, und, dass daher D9 den nächstliegenden Stand der Technik bilde. Gegenüber diesem Stand der Technik sei durch die Verwendung der im Anspruch 1 genannten Emulgatoren die Mischbarkeit der beiden Einzelzubereitungen verbessert. Diese sei durch den Stand der Technik nicht nahegelegt.

- VI. In ihrem Bescheid vom 21. Dezember 2011, der zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung erging, äußerte die Kammer in einer vorläufigen Stellungnahme Bedenken bezüglich der erfinderischen Tätigkeit des beanspruchten Gegenstands.
- VII. Mit einem weiteren Schreiben vom 7. März 2012, reichte die Beschwerdegegnerin neue Hilfsanträge 2 bis 4 ein, die die ursprünglichen Hilfsanträge 2 bis 5 ersetzten.
- VIII. In der mündlichen Verhandlung vor der Beschwerdekammer, die am 15. März 2012 stattfand, nahm die Beschwerdegegnerin ihren Hauptantrag und die Hilfsanträge 1 und 2 zurück und machte ihren ursprünglichen Hilfsantrag 3 zum Hauptantrag und Hilfsantrag 4 zu ihrem einzigen Hilfsantrag. Sie reichte einen Auszug aus dem Lehrwerk von W. Umbach, Kosmetik: Entwicklung, Herstellung und Anwendung kosmetischer Mittel, Punkt 18.1.3, 1995 (D16) ein.
- IX. Anspruch 1 des Hauptantrags (eingereicht als 3. Hilfsantrag mit Schreiben vom 7. März 2012) lautet wie folgt:

"1. Kosmetikum und/oder Dermatikum enthaltend

- a) eine kosmetische und/oder dermatologische Reinigungszubereitung A, die anionische, kationische, amphotere und/oder nichtionische Tenside in einer Gesamtkonzentration von 1 bis 30 Gewichts-%, bezogen auf das Gesamtgewicht der Zubereitung A, enthält,
- b) eine Zubereitung B, die in Form einer Öl-in-Wasser-Emulsion (O/W-Emulsion) vorliegt, die mit einem oder

mehreren Stearat-Emulgatoren gewählt aus der Gruppe Glycerylstearatcitrat, PEG-40-Stearat und/oder Polyethylenglycol(21)stearylether emulgiert ist, dadurch gekennzeichnet, dass die beiden Zubereitungen A und B in getrennten Kammern eines gemeinsamen Verpackungsbehältnisses aufbewahrt, im Gewichtsverhältnis von 10:1 bis 1:10 vorliegen, wobei beide Zubereitungen dem Verpackungsbehältnis entweder durch eine gemeinsame Öffnung gleichzeitig entnommen werden und beide Zubereitungen entweder vor dem Austritt aus der Entnahmeöffnung vermischt oder in Form einer streifenförmigen Gesamtzubereitung aus der Entnahmeöffnung austreten, oder zwei getrennten Öffnungen entnommen werden."

- X. Anspruch 1 des Hilfsantrags (eingereicht als 4. Hilfsantrag mit Schreiben vom 7. März 2012) unterscheidet sich von Anspruch 1 des Hauptantrags dadurch das anionische Tenside gestrichen wurden in der Reinigungszubereitung A. Somit wird definiert, dass die kosmetische und/oder dermatologische Reinigungszubereitung A kationische, amphotere und/oder nichtionische Tenside in einer Gesamtkonzentration von 1 bis 30 Gewichts-%, bezogen auf das Gesamtgewicht der Zubereitung A, enthält.
- XI. Die Argumente der Beschwerdeführerin können wie folgt zusammengefasst werden:  
Als Ausgangspunkt für die Beurteilung der erfinderischen Tätigkeit werde das Beispiel 1 der Druckschrift D9 genommen. Nach der Übersetzung offenbare dieses Beispiel in den Absätzen [0014], [0015] und [0016], in Verbindung mit Figur 1, eine kosmetische Zusammensetzung mit einer kosmetischen Reinigungszubereitung und einer

O/W-Emulsion in einem Gewichtsverhältnis von 1:1 verpackt in zwei getrennten Kammern in einem gemeinsamen Verpackungsbehältnis, wobei beide Zubereitungen dem Verpackungsbehältnis durch zwei getrennten Öffnungen entnommen werden. Die kosmetische Reinigungszubereitung enthalte die anionischen Tenside Natriummyristat und Kaliummyristat in einer Gesamtkonzentration von 25 Gew.-% und die O/W-Emulsion werde mit 2 Gew.-% des Stearat-Emulgators Sorbitanmonostearat, emulgiert. Dass es sich bei der Emulsion aus dem Beispiel 1 um eine O/W-Emulsion handele, werde im Absatz [0008] der Übersetzung D10 gezeigt, und ebenfalls durch den Versuchsbericht D11 belegt, in dem aufgrund der erhaltenen Leitfähigkeitswerte gezeigt sei, dass Wasser die kontinuierliche Phase bilde. Darüber hinaus habe das Emulgatorsystem für die ölige Waschmittelphase im Beispiel 1 einen HLB Wert von ca. 12, was auf das Erhalten einer O/W-Emulsion hindeute. Der Gegenstand des Anspruchs 1 unterscheide sich lediglich vom Kosmetikum aus dem Beispiel 1 von D9 in der Verwendung von bestimmten Stearatemulgatoren. Da kein Vergleich zum nächstliegenden Stand der Technik vorhanden sei, habe die technische Aufgabe gegenüber dem Kosmetikum des Beispiels 1 aus D9, darin bestanden, ein weiteres Reinigungsmittel zur Verfügung zu stellen. Darüber hinaus würden die im Anspruch 1 definierten Emulgatoren keine besonderen Eigenschaften liefern. Dem Fachmann sei bekannt, dass ein Emulgatorsystem mit einem hohen HLB Wert zur Herstellung einer O/W-Emulsion nötig sei. D9 selbst lehre eine Mischung aus zwei, bzw. andere O/W-Emulgatoren zu nehmen, wie POE(20) Sorbitanmonolaurinsäureester, der nach D7 einen HLB Wert von 16,9 besitze. Daher sei die Verwendung von anderen O/W-Emulgatoren, wie die im vorliegenden

Anspruch 1 definiert sind, die einen hohen HLB-Wert aufweisen, naheliegend gewesen, wenn man lediglich ein weiteres Reinigungsmittel zur Verfügung stellen will. Der Gegenstand des Anspruchs 1 sei somit nicht erfinderisch. Zum Hilfsantrag vertrat die Beschwerdeführerin die Meinung, dass der Anspruch 1 die Erfordernisse des Artikels 123(2) EPÜ nicht erfülle. Darüber hinaus würden die gleichen Einwände in Bezug auf die erfinderische Tätigkeit gelten.

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

Als Ausgangspunkt für die Beurteilung der erfinderischen Tätigkeit wurde die Druckschrift D9 genommen. Im Gegensatz zu ihrer früheren Stellungnahme vom 23. Januar 2009 in welcher angegeben wurde, dass der zu diesem Zeitpunkt beanspruchte Gegenstand, der ebenfalls eine O/W-Emulsion für die Zubereitung B definierte, sich gegenüber dem Beispiel 1 von D9 lediglich durch die Auswahl des Emulgators unterschied, wurde in der mündlichen Verhandlung zum ersten Mal bezweifelt, ob es sich bei der Emulsion im Beispiel 1 von D9, tatsächlich um eine O/W-Emulsion handele. Es sei nicht möglich die in D11 beschriebenen Emulsionen anhand ihrer Leitfähigkeit als O/W- oder W/O-Emulsion zuzuordnen, da nicht angegeben wurde, wo sich die Grenze zwischen leitfähigen und nicht leitfähigen Proben für solche Messungen befinde. Dass die Emulgatoren im Beispiel 1 aus D9 zuerst in die Ölphase eingearbeitet wurden, zeige darüber hinaus, dass es sich bei dem Beispiel 1 aus D9 um die Herstellung einer W/O-Emulsion handele. Es wurde in diesem Zusammenhang auf Absatz [0008] des Streitpatents und auf D16 Bezug genommen. Ein anderes

Anzeichen, dass die ölige Waschmittelpphase eine W/O-Emulsion sei, könne in der Reinigungsleistung und in der Abspülbarkeit dieser Phase mit Wasser, die auf Seite 12, bzw. auf Seite 18 der Übersetzung D10 angegeben seien, gefunden werden. Obwohl die Beschwerdegegnerin zuerst die Auffassung vertrat, dass das beanspruchte Kosmetikum über eine bessere Mischbarkeit der Reinigungskomponente und der O/W-Emulsion gegenüber dem Produkt aus D9 verfüge, wurde dieses Argument in der mündlichen Verhandlung nicht weiterverfolgt. Das vorliegende Patent schlage ein anderes Emulgatorsystem als in D9 vor. Der Stand der Technik enthalte keinen Hinweis Stearatemulgatoren mit einem hohen HLB Wert für Reinigungszubereitungen zu nehmen. Die Auswahl der im Anspruch 1 des Hauptantrags genannten spezifischen Emulgatoren, die zu guten Ergebnissen führten, sei nicht naheliegend gewesen. Des Weiteren schlage D4 vor, wie aus Absatz [0016] des Streitpatents zu entnehmen sei, keine O/W-Emulsion, sondern eine W/O-Emulsion zu verwenden. D9 gehe ebenfalls in eine andere Richtung. Daher könne dem Gegenstand des Anspruchs 1 gemäß dem Hauptantrag eine erfinderische Tätigkeit zuerkannt werden. Bezüglich der erfinderischen Tätigkeit des Gegenstands des Hilfsantrags wurden keine ergänzenden Ausführungen gemacht. Es wurde zugestimmt, dass die Verwendung von anionischen Tensiden im Anspruch 1 des Hilfsantrags nicht ausgeschlossen sei.

XIII. Die Beschwerdeführerin (Einsprechende) beantragte die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und den Widerruf des Patents.

XIV. Die Beschwerdegegnerin (Patentinhaberin) beantragte die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Aufrechterhaltung des Patents auf der Basis des Hauptantrags (eingereicht als Hilfsantrag 3 mit Schreiben vom 7. März 2012) oder des Hilfsantrags (eingereicht als Hilfsantrag 4 mit Schreiben vom 7. März 2012).

XV. Am Ende der mündlichen Verhandlung wurde die Entscheidung der Kammer verkündet.

### **Entscheidungsgründe**

1. Die Beschwerde ist zulässig.

#### *Hauptantrag*

2. Einziger Streitpunkt zwischen den Parteien in Bezug auf den Gegenstand der geänderten Ansprüche, war die Frage der erfinderischen Tätigkeit. Da der Beschwerde bereits wegen mangelnder erfinderischer Tätigkeit stattzugeben ist, wie in den folgenden Punkten dargestellt wird, und die Kammer von sich aus keine Veranlassung hat Einwände im Hinblick auf die Erfordernisse der Artikel 123(2), 123(3), 84 und 54 EPÜ bezüglich der geänderten Ansprüche zu erheben, erübrigt es sich auf diese Bestimmungen einzugehen.

#### *Nächstliegender Stand der Technik*

3. Als nächstliegender Stand der Technik und somit Ausgangspunkt für die Beurteilung der erfinderischen Tätigkeit haben beide Parteien die Druckschrift D9

ausgewählt. Die Kammer sieht keinen Grund eine andere Auffassung zu vertreten, wie sich aus folgendem ergibt.

- 3.1 Aus den Absätzen [0010] bis [0013] des Streitpatents ist zu entnehmen, dass die dem Streitpatent zugrundeliegende Aufgabe in der Entwicklung einer tensidhaltigen Pflegeemulsion zur Körperreinigung lag, deren Schaumvermögen und Reinigungsleistung zufriedenstellend sind. D9 betrifft nach dem Anspruch 1 ein Hautwaschmittel bei dem ein anionisches Tensid enthaltendes Waschmittel und ein flüssiges Öl enthaltendes zusätzliches Waschmittel getrennt voneinander in demselben Behälter vorliegen, wobei die Aufgabe der Erfindung von D9 gemäß Absatz [0005] dieses Dokuments (die angegebenen Passagen beziehen sich stets auf die Übersetzung D10) darin bestand, ein stabiles und gering reizendes Hautwaschmittel zu entwickeln, das gut aufschäumt und in hervorragender Weise öligen Schmutz entfernt. Dass das Beispiel 1 von D9, welches sich im Absatz [0016] auf Figur 1 bezieht, ein solches Hautwaschmittel beschreibt, das eine Seifenphase und eine ölige Waschmittelpphase in einem Gewichtsverhältnis von 1:1, verpackt in zwei getrennten Kammern enthält, ist nicht strittig. Es wird ebenfalls nicht bestritten, dass Figur 1 zeigt, dass beide Zubereitungen dem Verpackungsbehältnis durch zwei getrennte Öffnungen entnommen werden und, dass die Seifenphase des Beispiels 1 von D9 der Reinigungszubereitung A gemäß Anspruch 1 des Streitpatents entspricht. Gemäß Absatz [0014] von D9 enthält die kosmetische Reinigungszubereitung als Tenside, ausschließlich anionische Tenside in einer Gesamtkonzentration von 25 Gew.-%. Als Emulgatorensystem für die ölige Waschmittelpphase werden 2 Gew.-% Sorbitanmonostearat,

3 Gew.-% Poloxyethylen (20EO) Sorbitanmonolaurinsäureester und 1,2 Gew.-% des (Co-)Emulgators Behenylalkohol verwendet (siehe Absatz [0015]). Hierzu werden zuerst die Ölkomponenten mit den Emulgatoren miteinander vermischt. Somit ist nicht strittig, dass sich der beanspruchte Gegenstand von D9 in der Verwendung eines oder mehrerer Stearat-Emulgatoren gewählt aus der Gruppe Glycerylstearatcitrat, PEG-40-Stearat und/oder Polyethylenglycol (21) stearylether unterscheidet.

- 3.2 Die Beschwerdegegnerin äußerte in der mündlichen Verhandlung zum ersten Mal Zweifel, ob die ölige Waschmittelpphase aus dem Beispiel 1 von D9 eine O/W-Emulsion darstellt. Es wurde in diesem Zusammenhang auf Absatz [0008] des Streitpatents und auf D16 Bezug genommen. Die Beschwerdegegnerin war der Meinung, dass das Einarbeiten des Emulgatorsystems in die Ölphase im Beispiel 1 von D9 ein Anzeichen sei, dass eine Öllöslichkeit bei diesem Emulgatorsystem vorliege, woraus folge, dass eine W/O-Emulsion erhalten werde. Das Argument der Beschwerdegegnerin setzt voraus, dass ein Emulgatorsystem immer zuerst in die Phase eingearbeitet wird, in der es besser löslich ist. Dieses Argument, das allein auf Grund mangelnder Beweise für eine solche Annahme nicht überzeugen mag, wird zudem von folgenden Fakten widerlegt. Das in Beispiel 1 für die ölige Waschmittelpphase verwendete Emulgatorsystem besteht aus 32,2 Gew.-% Sorbitanmonostearat (HBL Wert von 4,7 gemäß D7), 48,4 Gew.-% Poloxyethylen (20EO) Sorbitanmonolaurat (HBL Wert von 16,9 gemäß D7) und 19,4 Gew.-% Behenylalkohol als Co-Emulgator. Da sich der HLB-Wert einer Emulgatormischung bekannterweise aus den HLB-Werten der einzelnen Emulgatoren anteilig berechnet (wie in Punkt 5 der Gründe der angefochtenen Entscheidung

unter Bezug auf Dokument D4 bereits festgestellt wurde), beträgt der HLB-Wert des in Beispiel 1 von D9 verwendeten Emulgatorsystems die Summe der Anteile für Sorbitanmonostearat und Poloxyethylen(20EO) Sorbitanmonolaurat, nämlich 9,7 und des Anteils für Behenylalkohol. Da der Anteil des Co-Emulgators Behenylalkohol im gesamten Emulgatorsystem des Beispiels 1 nur 19,4 Gew. -% beträgt und dieser Co-Emulgator auf Grund seiner C<sub>22</sub> Kettenlänge prinzipiell öllöslich ist, muss das in Beispiel 1 von D9 verwendete Emulgatorsystem einen HLB-Wert leicht über 9,7 aufweisen. Nach der Lehre aus dem Dokument D16, wonach diejenige der beiden Phasen, in der der Emulgator besser löslich ist, zur äußeren Phase wird, und im Einklang mit der Information aus Absatz [0008] des Streitpatents, im dem angegeben wird, dass ein Emulgator mit einem-HLB zwischen 8 und 18 einen O/W-Emulgator darstellt, muss demzufolge das in Beispiel 1 von D9 verwendete Emulgatorsystem eher zu einer O/W-Emulsion führen.

- 3.3 Dass eine O/W-Emulsion für die ölige Waschmittelphase vom Beispiel 1 erhalten wird, stimmt mit der Angabe in Absatz [0008] von D9 überein, wonach als flüssiges Öl enthaltende Emulsion vorzugsweise O/W-Emulsionen verwendet werden, die unter Verwendung nichtionischer Tenside zubereitet werden und die ferner Co-Emulgatoren wie etwa Fett-Alkohole enthalten können. Des Weiteren hat die Beschwerdeführerin die ölige Waschmittelphase des Beispiels 1 von D9 nachgearbeitet und durch Messung der Leitfähigkeit der erhaltenen Emulsion, wie in D11 dargestellt wird, festgestellt, dass Wasser und nicht das nichtleitende Öl die kontinuierliche Phase dieser Emulsion bildet. Somit wurde experimentell ebenfalls belegt, dass es sich bei der öligen Waschmittelphase des

Beispiels 1 von D9, um eine O/W Emulsion handelt. Die Kritik der Beschwerdegegnerin, dass kein Grenzwert angegeben wurde, um zwischen leitfähigen und nicht leitfähigen Proben zu unterscheiden, stellt keinen Grund dar an dem Versuch der Beschwerdeführerin und der von ihr durchgeführten Auswertung zu zweifeln. Da selbst entsalztes oder destilliertes Wasser, trotz einer geringfügigen Leitfähigkeit, wesentlich leitfähiger ist als Öl, welches bekannterweise als Nichtleiter oder Isolator betrachtet wird, kann bei der vorliegenden Messung deutlich erkannt werden, ob es sich bei der kontinuierlichen Phase um Wasser oder Öl handelt. Das Argument, dass der Fachmann die ölige Waschmittelphase von D9 auf Grund ihrer Reinigungsleistung und Abspülbarkeit mit Wasser als W/O-Emulsion und nicht als O/W-Emulsion bewerten würde, ist ohne Beleg für eine solche Behauptung rein spekulativ.

- 3.4 Folglich, sind die Zweifel der Beschwerdegegnerin, dass es sich bei der öligen Waschmittelphase des Beispiels 1 von D9, um eine O/W Emulsion handelt, unbegründet. Die Kammer kommt deshalb zum Schluss, dass sich der Gegenstand des Anspruchs 1 vom nächstliegenden Stand der Technik lediglich in der Verwendung eines oder mehrerer Stearat-Emulgatoren gewählt aus der Gruppe Glycerylstearatcitrat, PEG-40-Stearat und/oder Polyethylenglycol(21)stearylether unterscheidet.

#### *Aufgabe*

4. Ausgehend von diesem nächstliegenden Stand der Technik wurde von der Beschwerdegegnerin im schriftlichen Verfahren vorgetragen, dass das Kosmetikum gemäß dem Streitpatent über eine bessere Mischbarkeit der

Reinigungs-komponente und der O/W-Emulsion als das Produkt von D9 verfüge. Dieses Argument, das im Bescheid der Kammer vom 21. Dezember 2012 wegen mangelnder Beweise als nicht überzeugend angesehen wurde, wurde während der mündlichen Verhandlung nicht weiter verfolgt. Da weder Belege, noch Hinweise, über technische Vorteile gegenüber dem nächstliegenden Stand der Technik vorhanden sind, kann als technische Aufgabe, die gegenüber D9 und ihrem Beispiel 1 gelöst ist, lediglich die Bereitstellung einer weiteren kosmetischen Reinigungszubereitung angesehen werden.

#### *Naheliegen der Lösung*

5. Es bleibt die Frage zu untersuchen, ob der Fachmann ausgehend von D9 unter Berücksichtigung des im Verfahren befindlichen Standes der Technik in naheliegender Weise zur beanspruchten Lösung gelangen würde, nämlich einen oder mehrere Stearat-Emulgatoren gewählt aus der Gruppe Glycerylstearatcitrat, PEG-40-Stearat und/oder Polyethylenglycol(21)stearylether für die Herstellung der O/W-Emulsion zu verwenden.
- 5.1 Ausgehend von der kosmetischen Reinigungszubereitung gemäß Beispiel 1 des Dokuments D9 liegt es für den Fachmann, der die Bereitstellung einer weiteren kosmetischen Reinigungszubereitung anstrebt, auf der Hand, eine Komponente der Reinigungszubereitung des Beispiels 1 zu modifizieren, zum Beispiel das für die Herstellung der öligen Waschmittelphase verwendete Emulgatorsystem. Wie im obigen Punkt 3.3 dargestellt, ist gemäß Absatz [0008] von D9 die zu verwendende ölige Waschmittelphase vorzugsweise, wie im Beispiel 1 dieses Dokuments, eine O/W-Emulsion, die unter Verwendung

nichtionischer Tenside zubereitet wird. Aus diesem Grund ist es insbesondere naheliegend für den Fachmann, der diese Aufgabe lösen wollte, einen anderen nichtionischen Emulgator zu verwenden, der ebenfalls zur Herstellung einer O/W-Emulsion geeignet ist, und daher bekannterweise (siehe Absatz [0007] des Streitpatents) einen HLB-Wert zwischen 8 und 18 besitzen muss. Dass PEG-40-Stearat einen HLB-Wert von 16,9 hat, und somit als Emulgator zur Herstellung einer O/W Emulsion geeignet ist, war dem Fachmann am Prioritätstag des Streitpatents bekannt, wie es zum Beispiel aus D7 hervorgeht. Ausgehend vom Beispiel 1 von D9, wäre es somit für den Fachmann, der die obige Aufgabe lösen wollte, naheliegend gewesen PEG-40-Stearat als anderen Emulgator für die Herstellung der öligen Waschmittelpfase zu verwenden, wodurch er ohne erfinderisches Zutun zu einer Ausführungsform gelangen wäre, die unter Anspruch 1 fällt.

5.2 Da die Aufgabenstellung keinen Effekt bezüglich der kosmetischen oder dermatologischen Wirkung beinhaltet, hätte der Fachmann, der lediglich einen anderen Emulgator zur Herstellung einer O/W-Emulsion zu finden hatte, nur auf die gewünschte Funktion des Emulgators, d.h. nur auf die Wirksamkeit des Emulgators für die Herstellung einer O/W Emulsion, geachtet. Daher kann das Argument der Beschwerdegegnerin, dass der Stand der Technik keinen Hinweis enthält Stearatemulgatoren mit einem hohen HLB Wert für Reinigungszubereitungen zu nehmen, nicht überzeugen.

6. Der Gegenstand des Anspruchs 1 des Hauptantrags beruht daher nicht auf einer erfinderischen Tätigkeit, womit

der Hauptantrag gemäß Artikel 52 (1) und 56 EPÜ nicht gewährbar ist.

*Hilfsantrag*

7. Als einziger Unterschied zum Anspruch 1 des Hauptantrags, verlangt Anspruch 1 des Hilfsantrags, dass kationische, amphotere und/oder nichtionische Tenside in einer Gesamtkonzentration von 1 bis 30 Gew.-% in der Zubereitung A verwendet werden. Da Anspruch 1 des Hilfsantrags die Verwendung von anionischen Tensiden in der Zubereitung A somit zulässt, unterscheidet sich nun der beanspruchte Gegenstand vom nächstliegenden Stand der Technik lediglich durch die Verwendung eines oder mehrerer Stearat-Emulgatoren gewählt aus der Gruppe Glycerylstearatcitrat, PEG-40-Stearat und/oder Polyethylenglycol(21)stearylether in der O/W Emulsion und durch die Verwendung eines weiteren Tensids ausgewählt aus kationischen, amphoteren und/oder nichtionischen Tensiden in einer Gesamtkonzentration von 1 bis 30 Gew.-% in der Reinigungszubereitung. Für die Kombination dieser zwei Unterscheidungsmerkmale wurde von der Beschwerdegegnerin weder eine funktionelle Wechselwirkung, noch Vorteile gegenüber dem nächstliegenden Stand der Technik geltend gemacht. Somit, bleibt die technische Aufgabe, die gegenüber der Druckschrift D9 gelöst wird, die Bereitstellung einer weiteren kosmetischen Reinigungszubereitung. Folglich, bleibt nur die Frage zu untersuchen, ob sich jedes dieser Unterscheidungsmerkmale jeweils für sich in naheliegender Weise aus dem Stand der Technik herleiten lässt. Die Verwendung in einer Reinigungszubereitung von kationischen, amphoteren und/oder nichtionischen Tensiden in Mengen, die zwischen 1 und 30 Gew.-% liegen,

zusätzlich zu anionischen Tensiden, war dem Fachmann aus dem Stand der Technik, zum Beispiel aus D4 (Anspruch 1, Beispiele 3 und 4, Seiten 34-35) bekannt, und daher eine für ihn naheliegende Maßnahme, wenn er ausgehend vom Beispiel 1 von D9 lediglich eine weitere kosmetische Reinigungszubereitung bereitstellen wollte. Da die Verwendung von PEG-40-Stearat in der zweiten Komponente der kosmetischen Reinigungszubereitung vom Beispiel 1 von D9, nämlich in der Öl enthaltenden Waschmittelkomponente, ebenfalls wie in obigen Punkt 5 gezeigt wurde naheliegend war, kommt die Kammer zu dem Schluss, dass der Gegenstand des Anspruchs 1 des Hilfsantrags eine naheliegende Ausführungsform umfasst. Demzufolge, ist der Hilfsantrag wegen mangelnder erfinderischer Tätigkeit gemäß Artikel 52 (1) und 56 EPÜ ebenfalls nicht gewährbar.

### **Entscheidungsformel**

#### **Aus diesen Gründen wird entschieden:**

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

Der Geschäftsstellenbeamte:

Der Vorsitzende:

S. Fabiani

J. Riolo