

Interner Verteilerschlüssel:

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

**Datenblatt zur Entscheidung
vom 31. Mai 2012**

Beschwerde-Aktenzeichen: T 0900/09 - 3.3.07
Anmeldenummer: 05003963.5
Veröffentlichungsnummer: 1588689
IPC: A61Q 5/06, A61Q 5/10, A61K 8/81
Verfahrenssprache: DE

Bezeichnung der Erfindung:

Itaconsäuremonoester/Acrylat Copolymer und Polystyrolsulfonat
enthaltende Haarbehandlungsmittel

Patentinhaberin:

Wella GmbH

Einsprechende:

Henkel Corporation

Stichwort:

-

Relevante Rechtsnormen:

VOBK Art. 12(1), 12(4)
EPÜ Art. 54, 104(1), 111(1)

Schlagwort:

"Neues Vorbringen (zugelassen)"
"Zurückverweisung (verneint)"
"Neuheit gegenüber einem neuen Beweismittel (verneint)"
"Zulässigkeit der Hilfsanträge (verneint)"
"Kostenverteilung (bejaht)"

Zitierte Entscheidungen:

-

Orientierungssatz:

-



Aktenzeichen: T 0900/09 - 3.3.07

ENTSCHEIDUNG
der Technischen Beschwerdekammer 3.3.07
vom 31. Mai 2012

Beschwerdeführerin:
(Einsprechende)

Henkel Corporation
1001 Trout Brook Crossing
Rocky Hill CT 06067 (US)

Vertreter:

Schalkwijk, Pieter Cornelis
Akzo Nobel N.V.
Legal & IP
P.O. Box 9300
NL-6800 SB Arnhem (NL)

Beschwerdegegnerin:
(Patentinhaberin)

Wella AG
Sulzbacher Strasse 40
D-65825 Schwalbach am Taunus (DE)

Vertreter:

Fiesser, Gerold Michael
Herzog Fiesser & Partner
Patentanwälte
Isartorplatz 1
D-80331 München (DE)

Angefochtene Entscheidung:

Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung
des Europäischen Patentamts über die
Aufrechterhaltung des europäischen Patents
Nr. 1588689 in geändertem Umfang, zur Post
gegeben am 17. Februar 2009.

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 17. Februar 2009 zur Post gegebenen Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung, mit der das europäische Patent 1 588 689 in geänderter Form auf Grundlage des während der mündlichen Verhandlung am 26. Januar 2009 eingereichten Hilfsantrags aufrecht erhalten wurde. Anspruch 1 dieses Hilfsantrags lautete wie folgt (die Änderungen gegenüber dem erteilten Anspruch 1 wurden von der Kammer hervorgehoben) :

"1. Haargel**behandlungs**mittel mit einem Gehalt an einer Kombination von

(A) mindestens einem Copolymeren aus einer ersten Monomerart, ausgewählt aus Itaconsäuremonoestern der allgemeinen Formel $\text{CH}_2=\text{C}(\text{COOR}^1)\text{CH}_2\text{COOR}^2$ wobei einer der Substituenten R^1 und R^2 für Wasserstoff und der andere für die Gruppe $-(\text{CH}_2\text{CH}_2\text{O})_x-\text{R}^3$ steht, x eine Zahl zwischen 1 und 100 bedeutet und R^3 eine Alkylgruppe mit 8 bis 30 C-Atomen bedeutet und einer zweiten Monomerart, ausgewählt aus Acrylat-Monomeren und

(B) mindestens einem Polystyrolsulfonat mit einem Molekulargewicht im Bereich von 50.000 bis 200.000."

II. Gegen die Erteilung des obigen Patents, das eine Priorität vom 17. April 2004 in Anspruch nimmt, wurde Einspruch eingelegt, mit dem Antrag, das Patent wegen mangelnder Neuheit und mangelnder erfinderischer Tätigkeit (Artikel 100 a) EPÜ), sowie mangelnder Ausführbarkeit (Artikel 100 b) EPÜ) in vollem Umfang zu

widerrufen. Der Einspruch stützte sich unter anderem auf folgende Entgegnungen:

D1: US-A-2003/0049224, und

D4: Broschüre von National Starch & Chemical Company
"Structure® 2001/Structure® 3001", 2001.

III. Die angefochtene Entscheidung stellte fest, dass der geänderte Anspruch 1 gemäß dem Hilfsantrag die Erfordernisse des Artikels 123(2) und (3) EPÜ erfülle, und, dass die Einsprechende während der mündlichen Verhandlung ihre Einwände wegen mangelnder Neuheit und mangelnder Ausführbarkeit, die die Einspruchsabteilung als nicht überzeugend ansah, nicht weiter verfolgt habe. Nachdem die Patentinhaberin das beanspruchte Haarbehandlungsmittel im Hilfsantrag als Haargel definiert hatte, wurde gegenüber dem Dokument D1, das ebenfalls Haargele betraf und als nächstliegender Stand der Technik galt, eine erfinderische Tätigkeit anerkannt. Es wurde insbesondere ausgeführt, dass die weiteren zitierten Dokumente keine Haargele betrafen, und deren technische Lehre bezüglich der Verwendung von Polystyrolsulfonaten daher nicht auf Haargele gemäß D1 übertragbar sei.

IV. Mit ihrer Beschwerdebegründung vom 18. Juni 2009 reichte die Beschwerdeführerin erstmalig eine Broschüre von National Starch Personal Care mit der Überschrift "BLOW WAVE LOTION 10001-101" (D6) ein, die ihrer Meinung nach den Gegenstand des Streitpatents offenbare. Zudem legte sie mit dem selben Schreiben, bzw. mit einem weiteren Schreiben vom 25. Juni 2009, Belege (D11) von dem Internetarchivdienst www.archiv.org, bzw. eine Erklärung (D12) ein, zum Nachweis dafür, dass D6 im Internet am 21. November 2002 öffentlich zugänglich gewesen sei.

- V. Mit Bescheid vom 26. März 2012, der zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung erging, äußerte die Kammer die vorläufige Meinung, dass D6 der Aufrechterhaltung des Streitpatents in der Form des Hilfsantrags, der der angefochtenen Entscheidung zugrundelag, entgegenzustehen schien und aufgrund seiner Relevanz ins Verfahren zuzulassen sei. Die Parteien sollten deshalb in der mündlichen Verhandlung bereit sein, sowohl dieses Dokument als auch die Frage der Zurückverweisung an die erste Instanz zu diskutieren.
- VI. In der mündlichen Verhandlung, die am 31. Mai 2012 stattfand, legte die Beschwerdegegnerin zwei Hilfsanträge vor. Anspruch 1 des Hilfsantrags 1, bzw. des Hilfsantrags 2, unterscheidet sich von Anspruch 1 des Hauptantrags lediglich dadurch, dass das Merkmal "und wobei das Haarbehandlungsmittel in einem wässrigen oder einem wässrig-alkoholischen Medium mit mindestens 10 Gew.-% Wasser konfektioniert ist", bzw. "und wobei das Haarbehandlungsmittel in einem wässrigen oder einem wässrig-alkoholischen Medium mit mindestens 10 Gew.-% Wasser und höchstens 40 Gew.-% Alkohol konfektioniert ist", enthalten ist.
- VII. Die Argumente der Beschwerdeführerin können wie folgt zusammengefasst werden:
- a) Da der in der angefochtenen Entscheidung zitierte Stand der Technik die Verwendung von Polystyrolsulfonaten in Haargelen nicht offenbare, sei es nötig gewesen nach entsprechenden Entgegenhaltungen zu suchen. Die Entgegenhaltung D6 sei nicht früher vorgelegt worden, weil es sich um

eine Internetveröffentlichung handele, die vor Einlegung der Beschwerde in einer Internetrecherche nicht leicht zu finden gewesen sei. Ferner, habe die Recherche erst nach einem Vertreterwechsel stattgefunden, wobei sich die Einsprechende vor dem Vertretungswechsel nicht selbst vertreten habe. Außerdem beruhe dieses neue Vorbringen nicht auf einem missbräuchlichen Verhalten. Der Antrag der Beschwerdegegnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (siehe weiter unten, Punkt VIII, Absatz g)) solle daher nicht stattgegeben werden.

- b) Die Entgegenhaltung D6 sei über das Internet der Öffentlichkeit vor dem Prioritätstag zugänglich gemacht worden, was aus D11 und D12 hervorgehe. D6 sei dem Augenschein nach hochrelevant, da diese Entgegenhaltung alle Merkmale des Anspruchs 1 des Hilfsantrags offenbare, der der angefochtenen Entscheidung zugrunde lag, und somit für den vorliegenden Hauptantrag neuheitsschädlich. Dokument D6 sei daher ins Beschwerdeverfahren einzuführen. Bei dem in D6 offenbarten Produkt handle es sich um ein klares Gel mit einer Viskosität im Bereich von 1500 to 4000 cps. Die zugesetzte Menge an Natriumhydroxid sei die Menge, die erforderlich sei um einen pH-Wert zwischen 6,2 und 7,2 zu erhalten. Die Mengen an Konservierungsmittel und Parfüm seien geringfügig.
- c) Angesicht der Relevanz dieses Dokuments sei eine Zurückverweisung an die erste Instanz zur Prüfung des Hauptantrags nicht angebracht.

- d) Die Hilfsanträge seien nicht ins Verfahren zuzulassen, weil die Beschwerdegegnerin zu einem früheren Zeitpunkt ausreichend Gelegenheit gehabt habe neue Ansprüche zu formulieren.

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

- a) Die Einreichung von D6 im Beschwerdeverfahren sei verspätet. Diese leicht zugängliche Entgegenhaltung stamme von der Einsprechenden selbst und hätte deshalb früher eingereicht werden können. Daher stelle das verspätete Vorbringen von D6 zumindest ein leichtfertiges und somit schuldhaftes Handeln, dar. Da das Verhalten der Einsprechenden / Beschwerdeführerin mit der zu fordernden Sorgfalt nicht im Einklang stehe, solle daher die Entgegenhaltung D6, unabhängig von ihrer Relevanz, in Anwendung von Artikel 114(2) EPÜ und Artikel 12(4) VOBK außer Acht gelassen werden.
- b) Dass D6 zum Stand der Technik nach Artikel 54(2) EPÜ gehöre und über das Internet der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde, werde nicht bestritten.
- c) D6 sei ferner augenscheinlich nicht relevant, weil sie kein Gel sondern eine Lotion betreffe, deren Rezeptur bezüglich der Mengenangaben an Wasser, Natriumhydroxid, Konservierungsmittel und Parfüm nicht abschließend definiert sei. Die Offenbarung von D6 sei daher in vieler Hinsicht vage. Aus diesen Gründen solle D6 nicht ins Verfahren zugelassen werden.

- d) Sollte die Entgegenhaltung D6 ins Verfahren zugelassen werden, wäre eine Zurückverweisung an die erste Instanz erforderlich, da es nicht möglich sei im vorliegenden Beschwerdeverfahren alle bestehenden Fragen zu klären und eventuell Vergleichsversuche und neue Ansprüche vorzulegen.
- e) Bezüglich der Neuheit des Gegenstands des Anspruchs 1 gäbe es in D6 keine eindeutige Offenbarung, dass es sich bei dem Produkt gemäß D6 um ein Gel handle. Die Angabe, dass das Haarbehandlungsmittel als Gel vorläge, sei im Hinblick auf die Überschrift dieses Dokuments "BLOW WAVE LOTION" nicht eindeutig. Da keine abschließende Beschreibung der Rezeptur in Bezug auf die Mengen an Wasser, Natriumhydroxid, Konservierungsmittel und Parfüm vorläge, und, weil unklar sei, ob die verwendeten Inhaltsstoffe Polysorbate 20, D-Panthenol, Propylenglycol, Konservierungsmittel und Parfüm die Bildung eines Gels verhindere, sei es nicht möglich festzustellen, ob das Produkt aus D6 ein Gel sei. Dementsprechend sei die Neuheit gegenüber D6 anzuerkennen.
- f) D6 offenbare nicht die Mengen an Wasser und/oder Alkohol, die in den Hilfsanträgen 1 und 2 definiert seien. Da diese Anträge die Neuheit gegenüber D6 herstellten, seien sie ins Beschwerdeverfahren zuzulassen.
- g) Die Beschwerdeführerin hätte Dokument D6 früher im Verfahren, d.h. bereits vor der Einspruchsabteilung, vorlegen können. Das verspätete Vorbringen von D6, habe unnötige Kosten für die Beschwerdegegnerin verursacht, womit es der Billigkeit entspräche die

Kosten, die der Beschwerdegegnerin durch das Beschwerdeverfahren entstanden sind, der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

- IX. Die Beschwerdeführerin (Einsprechende) beantragte die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und den Widerruf des Patents.
- X. Die Beschwerdegegnerin (Patentinhaberin) beantragte die Zurückweisung der Beschwerde, hilfsweise Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Aufrechterhaltung des Patents auf der Basis von Hilfsantrag 1 oder 2, eingereicht in der mündlichen Verhandlung vor der Beschwerdekammer. Weiterhin beantragte sie, dass die Dokumente D6 bis D10 im Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt würden. Für den Fall, dass die Beschwerdekammer die Dokumente D6 bis D10 dennoch ins Verfahren einführe, beantragte sie die Zurückverweisung an die Einspruchsabteilung. Falls die Dokumente D6 bis D10 nicht unberücksichtigt blieben, beantragte sie, dass der Beschwerdeführerin die Kosten auferlegt werden, die der Beschwerdegegnerin durch das Beschwerdeverfahren entstanden sind.
- XI. Am Ende der mündlichen Verhandlung wurde die Entscheidung der Kammer verkündet.

Entscheidungsgründe

1. Die Beschwerde ist zulässig.

*Zulassung der im Beschwerdeverfahren erstmals genannten
Entgegenhaltung D6*

2. Das Dokument D6 wurde mit der Beschwerdebeurteilung eingeführt. Die Beschwerdegegnerin beantragte dieses Dokument, das ihrer Meinung nach im erstinstanzlichen Verfahren hätte vorgebracht werden können, in Anwendung des Artikels 12(4) VOBK nicht ins Beschwerdeverfahren zuzulassen, da das verspätete Vorbringen nicht begründet sei. Darüberhinaus sei D6 augenscheinlich auch nicht relevant.

3. Es ist festzustellen, dass das im erteilten Patent beanspruchte Haarbehandlungsmittel erst in der mündlichen Verhandlung vor der Einspruchsabteilung auf Haargel eingeschränkt wurde, um dem Einwand mangelnder erfinderischen Tätigkeit zu begegnen. Weiter ist festzustellen, dass diese Änderung zu einer Anerkennung der erfinderischen Tätigkeit führte. Den Gründen der angefochtenen Entscheidung ist zu entnehmen, dass die Lehre im Stand der Technik bezüglich der Verwendung von Polystyrolsulfonaten nicht auf Haargele übertragbar sei. Die im Beschwerdeverfahren vorgelegte Entgegenhaltung D6 befasst sich augenscheinlich mit der Verwendung von Polystyrolsulfonaten in einem Haarbehandlungsmittel in der Form eines Gels (siehe Punkt 4 unten). Die Einreichung von D6 mit der Beschwerdebeurteilung stellt daher eine Reaktion der in erster Instanz unterlegenen Einsprechenden dar, um die die Entscheidung tragende Feststellung in Bezug auf die Verwendung von Polystyrolsulfonaten in Haargelen zu widerlegen. Auch wenn die Beschwerdeführerin zweifelsohne dieses Beweismittel im Verfahren vor der Einspruchsabteilung hätte vorbringen können (siehe Punkt 14 unten), sieht

die Kammer dennoch keinen Anhaltspunkt für ein missbräuchliches Zurückhalten des Dokuments D6 durch die Einsprechende. Das Vorbringen des Dokuments D6 erst mit der Beschwerdebegründung kann daher allein nicht rechtfertigen, dass dieses im Beschwerdeverfahren unberücksichtigt bleibt.

4. Bezüglich seines Inhalts stellt das Dokument D6 eine, über das Internet der Öffentlichkeit zugängliche technische Broschüre der Firma National Starch dar, die die Herstellung eines Haarbehandlungsmittels mit der Bezeichnung "Blow Wave Lotion" auf der Basis der Produkte Flexan 130 und Structure 3001, die von der Firma National Starch vertrieben werden, beschreibt. Die Kammer ist aufgrund der eingereichten Belege D11 und D12 davon überzeugt, dass D6 vor dem beanspruchten Prioritätsdatum des Streitpatents für die Öffentlichkeit zugänglich war. Dies wurde von der Beschwerdegegnerin auch nicht in Frage gestellt. Somit gehört D6 zum Stand der Technik gemäß Artikel 54(2) EPÜ. Im Hinblick auf die Absätze [0008] und [0010] des Streitpatents, wonach die Handelsprodukte Structure® 3001 und Flexan® 130 bevorzugte Komponenten (A) und (B) nach Anspruch 1 darstellen, ist es ferner nicht strittig, dass das in D6 beschriebene Haarbehandlungsmittel die in Anspruch 1 des vorliegenden Hauptantrags definierten Polymere (A) und (B) enthält. Des Weiteren wird das in D6 offenbarte Haarbehandlungsmittel als "klares Gel" beschrieben.
5. Damit scheint D6 dem Augenschein nach alle Merkmale des vorliegenden Anspruchs 1 zu offenbaren. Somit ist D6 relevanter als alle Beweismittel worauf sich die angefochtene Entscheidung stützt. Demzufolge, lässt die Kammer dieses Dokument ins Beschwerdeverfahren zu.

Zurückverweisung an die erste Instanz

6. Artikel 111 (1) EPÜ sieht vor, dass die Beschwerdekammer bei ihrer Entscheidung über die Beschwerde entweder im Rahmen der Zuständigkeit des Organs, welches die angefochtene Entscheidung erlassen hat, tätig wird oder die Angelegenheit zur weiteren Entscheidung an dieses Organ zurückverweist. Die Wahl zwischen diesen beiden Möglichkeiten liegt im Ermessen der Kammer, welche hierbei sowohl die Verfahrensökonomie als auch das Recht der Beteiligten auf ein faires Verfahren berücksichtigt.

7. Im vorliegenden Fall hatte die Beschwerdegegnerin mehr als zweieinhalb Jahre Zeit, um dieses Dokument, das lediglich aus einer Seite besteht und keinen komplexen Sachverhalt aufweist, zu studieren, und den Einwand der Beschwerdeführerin, der sich auf dieses Dokument stützt, zu widerlegen. In einem Bescheid zu Vorbereitung der mündlichen Verhandlung wies die Kammer außerdem bereits darauf hin, dass D6 der Aufrechterhaltung des Streitpatents in seiner gegenwärtigen Form entgegenzustehen schien und dass diese Entgegnung aufgrund ihrer Relevanz ins Verfahren zuzulassen sei. Ferner, um über die Neuheit gegenüber D6 zu entscheiden, war einzig die Frage zu beantworten, ob das in D6 beschriebene Produkt tatsächlich als Gel im Sinne des Streitpatents vorliegt. Da diese Frage während der Verhandlung eindeutig beantwortet werden konnte, entschied die Kammer, dass eine Zurückverweisung an die erste Instanz nicht gerechtfertigt war, da sie nur eine unnötige Verlängerung des Verfahrens nach sich gezogen hätte.

Neuheit gegenüber D6

8. Zur Herstellung des Haarbehandlungsmittels von D6, werden ausschließlich folgende Komponenten in den folgend angegebenen Mengen und Reihenfolge verwendet: entionisiertes Wasser (q.s.), Konservierungsmittel (q.s.), Propylenglycol (1,00 Gew.-%), D-Panthenol (1,00 Gew.-%), Polysorbate 20 (1,00 Gew.-%), Parfüm (q.s.), Flexan 130 (6,25 Gew.-%), Structure 3001 (10,00 Gew.-%) und zum Schluss eine 10%ige Natriumhydroxid Lösung (q.s. zur Einstellung eines pH-Werts zwischen 6,2 bis 7,2). Die angegebenen Mengen in Gew.-% beziehen sich auf die gesamte Menge aller verwendeten Komponenten. Im Hinblick auf die niedrigen Mengen an Konservierungsmittel und Parfüm, die bei solchen Produkten standardmäßig verwendet werden, zeigt die in D6 angegebene Rezeptur, dass Wasser, inklusive der Menge, die mit der 10%igen Natriumhydroxid Lösung zugesetzt wird, ca. 80 Gew.-% des Haarbehandlungsmittels von D6 ausmacht. Die drei Hauptbestandteile Wasser, Flexan 130 und Structure 3001 bilden somit ca. 96 Gew.-% des Haarbehandlungsmittels.
9. Wie oben dargestellt, ist der einzige Streitpunkt zwischen den Parteien bezüglich der Offenbarung des Dokuments D6, ob das hierin beschriebene Haarbehandlungsmittel in Form eines Gels vorliegt. Der zweite Hauptbestandteil des in D6 offenbarten Haarbehandlungsmittels, nämlich Structure 3001, ist, wie in D4 dargestellt wird, ein assoziatives Verdickungsmittel, welches durch Zugabe von Alkali quillt und durch physikalische Assoziation der hydrophoben Seitengruppen ein klares Gel bildet (Seite 1, zwei erste Absätze, Seite 2, Absatz "The Advantage of Associative Thickeners" und Seite 3, Absatz "Effects on

viscosity - The effect of pH"). Die technische Lehre aus D4 entspricht dem in D6 verwendeten Herstellungsverfahren, wonach der pH-Wert erst nach Zugabe von Structure 3001 im Bereich zwischen 6,2 und 7,2 eingestellt wird, womit eine viskose Mischung mit Viskositätswerten im Bereich von 1500 bis 4000 mPa s erhalten wird, welche als klares Gel vorkommt. Dass das Haarbehandlungsmittel aus D6 die Konsistenz eines Gel haben muss, wird ebenfalls durch die Offenbarung des Streitpatents bestätigt, wonach die gleichen Mitteln zur Herstellung eines Gels verwendet werden. Dort wird in sämtlichen Beispielen insbesondere das assoziative Verdickungsmittel Structure 3001 unter Einstellung des pH-Wertes im Bereich von 6 bis 8 verwendet.

10. Die Bezeichnung "Blow Wave Lotion" in der Überschrift von D6 deutet im Einklang mit der in D6 angegebenen Beschreibung des Haarbehandlungsmittels lediglich darauf hin, dass es sich bei dem genannten Produkt um ein niederviskoses Mittel auf der Basis von Wasser handelt. Die Verwendung dieser Überschrift stellt daher keinen Widerspruch zu der Angabe dar, dass dieses Produkt in Form eines Gels im Sinne des Streitpatents vorliegt. Dass in dieser Überschrift, die Betonung für das vorgeschlagene Haarbehandlungsmittel nicht auf "Gel", sondern auf zwei anderen markanten Eigenschaften dieses Produkts, gesetzt wurde, ist nicht entscheidend zur Feststellung der technischen Offenbarung von D6, und kann damit die Offenbarung als Gel nicht in Frage stellen.
11. Die Beschwerdegegnerin hat ferner argumentiert, dass die in D6 enthaltenen Bestandteile Polysorbate 20, D-Panthenol, Propylenglycol, Konservierungsmittel und

Parfüm die Bildung eines Gels verhindern könnten. Angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin diese Auffassung in keiner Weise mit technischen Argumenten oder Vergleichsversuchen untermauert hat, ist dieses Argument rein spekulativ und daher unbeachtlich. Vielmehr ist es aus den Absätzen [0021] und [0023] und den Beispielen des Streitpatents selbst zu entnehmen, dass Additive wie zum Beispiel Netzmittel oder Emulgatoren in Mengen von 0,1 bis 15 Gew.-%, Propylenglykol in Mengen von 1 bis 10 Gew.-%, Parfümöle in Mengen von 0,1 bis 1 Gew.-%, sowie 0,01 bis 1 Gew.-% bakterizide und fungizide Wirkstoffe zur Herstellung von Haargelen auf der Basis von Polymer Structure® 3001 und Polymer Flexan® 130 verwendet werden können.

12. Demzufolge beschreibt die Entgegenhaltung D6 zweifelsohne ein Haarbehandlungsmittel in Form eines Gels und somit alle Merkmale des vorliegenden Anspruchs 1. D6 steht daher dem Hauptantrag neuheitsschädlich entgegen, womit dieser nicht gewährbar ist.

Zulässigkeit der Hilfsanträge 1 und 2

13. Obwohl der Neuheitseinwand gegen Anspruch 1 des Hauptantrags im Hinblick auf D6 der Beschwerdegegnerin seit über zwei Jahren bekannt war, wurden die Hilfsanträge erst während der mündlichen Verhandlung vor der Kammer eingereicht. Nach Artikel 13(1) VOBK steht es im Ermessen der Kammer, Änderungen des Vorbringens eines Beteiligten nach Einreichung seiner Beschwerdebegründung oder Erwiderung zuzulassen und zu berücksichtigen. Bei der Ausübung des Ermessens werden neben der Komplexität des neuen Vorbringens, ebenfalls der Stand des

Verfahrens und die gebotene Verfahrensökonomie berücksichtigt. Der Gegenstand des Hilfsantrags 1 unterscheidet sich von dem des Hauptantrags lediglich dadurch, dass das Haarbehandlungsmittel in einem wässrigen oder einem wässrig-alkoholischen Medium mit mindestens 10 Gew.-% Wasser konfektioniert wird. Das Haarbehandlungsmittel von D6, welches ca. 80 Gew.-% Wasser enthält (siehe Punkt 9 oben), erfüllt daher ebenfalls die in Anspruch 1 des Hilfsantrags 1 enthaltene zusätzliche Bedingung. Der Gegenstand von Hilfsantrag 1 ist daher offensichtlich ebenfalls nicht neu gegenüber D6. Das gleiche gilt für den Hilfsantrag 2, der als einzigen Unterschied gegenüber dem Hauptantrag die Verwendung eines wässrigen oder eines wässrig-alkoholischen Mediums mit mindestens 10 Gew.-% Wasser und höchstens 40 Gew.-% Alkohol definiert. Ob das in D6 in einer Menge von 1 Gew.-% verwendete Propylenglycol als Alkohol im Sinne des Streitpatents anzusehen ist oder nicht, würden sowohl die in D6 verwendete ca. 80 Gew.-% Wasser, als die ca. 80 Gew.-% Wasser in Kombination mit 1 Gew.-% Propylenglycol, dem in Anspruch 1 des Hilfsantrags 2 definierten Medium entsprechen. Das Argument der Beschwerdegegnerin, dass die Hilfsanträge die Neuheit gegenüber D6 herstellen, ist somit prima facie nicht zutreffend. Daher hat die Kammer von ihrem Ermessen nach Artikel 13 (1) VOBK Gebrauch gemacht und die verspätet eingereichten Hilfsanträge 1 und 2 aus verfahrensökonomischen Gründe nicht zugelassen.

Kostenverteilung

14. Artikel 104(1) EPÜ sieht vor, dass im Einspruchsverfahren jeder Beteiligte die ihm erwachsenen

Kosten selbst trägt, soweit nicht, wenn "dies der Billigkeit entspricht", eine andere Verteilung der Kosten angeordnet wird. Nach der Rechtsprechung der Beschwerdekammern ist die Voraussetzung der Billigkeit dann gegeben, wenn das Verhalten einer Partei nicht mit der zu fordernden Sorgfalt im Einklang steht, zum Beispiel wenn Kosten durch leichtfertiges Handeln verursacht werden (vgl. Rechtsprechung der Beschwerdekammern des EPA, 6. Auflage 2010, VII.C.7.2, und Singer/Stauder, Europäisches Patentübereinkommen, 5. Auflage, Artikel 104, Rdn. 23). Im vorliegenden Fall, hätte die Einsprechende im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens vor allem im Hinblick auf alle Beispiele des Streitpatents, die ein Haarbehandlungsmittel auf Basis der Polymere Structure® 3001 und Polymer Flexan® 130 in Form eines Gels betreffen, ihr eigenes Dokument D6 vorlegen können. Hier ist der Beschwerdeführerin, insbesondere auf Grund der Tatsache, dass D6 eine Broschüre darstellt, die zur Unterrichtung ihrer potentiellen Kunden über die gemeinsame Anwendung der Produkte Flexan® 130 und Structure® 3001 bestimmt war, und angesichts der Tatsache, dass Haargele auf der Basis einer Kombination von Flexan® 130 und Structure® 3001 im Streitpatent explizit als bevorzugt genannt wurden, mindestens mangelnde Sorgfalt vorzuwerfen. Die Argumente der Einsprechenden Beschwerdeführerin, dass ein Vertreterwechsel stattgefunden hat, und, dass D6 schwer in einer Internetrecherche zu finden war, können die Einsprechende ihrer Sorgfaltspflicht ein von ihr stammendes und daher grundsätzlich bekanntes Beweismittel so früh wie möglich vorzulegen, nicht entheben.

15. Wäre das Dokument D6 rechtzeitig vorgelegt worden, hätte bereits die Einspruchsabteilung hierüber entscheiden können. Angesichts der eindeutigen Neuheitsschädlichkeit dieses Dokuments für den Gegenstand des erteilten Streitpatents, wäre zu erwarten gewesen, dass eine Beschwerde der Einsprechenden nicht erforderlich gewesen wäre. Damit sind der Patentinhaberin Kosten entstanden, die vermeidbar gewesen wären. Es entspricht daher der Billigkeit, dass die Beschwerdegegnerin diese Kosten zu tragen hat.

Entscheidungsformel

Aus diesen Gründen wird entschieden:

1. Die angefochtene Entscheidung wird aufgehoben.
2. Das Patent wird widerrufen.
3. Die Beschwerdeführerin hat die Kosten der Beschwerdegegnerin, die ihr durch das Beschwerdeverfahren entstanden sind, zu tragen.

Der Geschäftsstellenbeamte:

Der Vorsitzende:

S. Fabiani

J. Riolo