

**Interner Verteilerschlüssel:**

- (A)  Veröffentlichung im AB1.  
(B)  An Vorsitzende und Mitglieder  
(C)  An Vorsitzende  
(D)  Keine Verteilung

**Datenblatt zur Entscheidung  
vom 4. Juni 2013**

**Beschwerde-Aktenzeichen:** T 0302/10 - 3.3.07

**Anmeldenummer:** 02722218.1

**Veröffentlichungsnummer:** 1328242

**IPC:** A61Q 5/12, A61K 8/43,  
A61K 8/49, A61K 8/44

**Verfahrenssprache:** DE

**Bezeichnung der Erfindung:**

Verwendung von Kreatin, Kreatinin und/oder Cyclokreatin zur  
Stärkung und Verbesserung der Haarstruktur

**Patentinhaber:**

Wella Aktiengesellschaft

**Einsprechender:**

Evonik Goldschmidt GmbH

**Stichwort:**

-

**Relevante Rechtsnormen:**

EPÜ Art. 123(2), 123(3), 84, 54, 56

**Schlagwort:**

"Hauptantrag - Neuheit (nein)"

"Hilfsantrag - Erfinderische Tätigkeit (ja)"

**Zitierte Entscheidungen:**

G 0002/88, G 0006/88

**Orientierungssatz:**

-



Aktenzeichen: T 0302/10 - 3.3.07

**E N T S C H E I D U N G**  
der Technischen Beschwerdekammer 3.3.07  
vom 4. Juni 2013

**Beschwerdeführer:** Evonik Goldschmidt GmbH  
(Einsprechender) Goldschmidtstrasse 100  
D-45127 Essen (DE)

**Vertreter:** HOFFMANN EITLE  
Patent- und Rechtsanwälte  
Arabellastraße 4  
D-81925 München (DE)

**Beschwerdegegner:** Wella Aktiengesellschaft  
(Patentinhaber) Abt. RP  
Berliner Allee 65  
D-64274 Darmstadt (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. 1328242 in geändertem Umfang, zur Post  
gegeben am 23. Dezember 2009.**

**Zusammensetzung der Kammer:**

**Vorsitzender:** J. Riolo  
**Mitglieder:** R. Hauss  
P. Schmitz

## **Sachverhalt und Anträge**

I. Die europäische Patentanmeldung Nr. 02 722 218.1 wurde ursprünglich mit 16 Patentansprüchen als internationale Patentanmeldung eingereicht. Diese wurde anschließend unter der Nummer WO 02/076408 A2 veröffentlicht. Anspruch 1 der ursprünglichen Fassung der Anmeldung hat den folgenden Wortlaut:

"1. Verwendung von Kreatin, Kreatinin und/oder deren Derivaten und/oder deren Salzen in einem Mittel zur Härtung, Stärkung, Restrukturierung, Reparatur oder Stabilisierung von keratinischen Fasern oder zur Erhöhung von Glanz, Volumen oder Kämmbarkeit von keratinischen Fasern."

II. Auf der Grundlage dieser Patentanmeldung wurde das europäische Patent Nr. 1 328 242 mit neun Ansprüchen erteilt. Anspruch 1 der erteilten Fassung hat den folgenden Wortlaut:

"1. Verwendung von Kreatin, Kreatinin und/oder deren Salzen zur Härtung, Stärkung, Restrukturierung, Reparatur oder Stabilisierung von strapazierten, geschädigten, empfindlichen, brüchigen und/oder feinen menschlichen Haaren."

III. Gegen die Erteilung des Patents wurden zwei Einsprüche eingelegt. Als Einspruchsgründe wurden fehlende Neuheit und fehlende erfinderische Tätigkeit unter Artikel 100(a) EPÜ sowie unzulässige Erweiterung gegenüber dem Inhalt der ursprünglich eingereichten Fassung der Anmeldung unter Artikel 100(c) EPÜ angeführt.

IV. Im Verlauf des Einspruchs- und Beschwerdeverfahrens wurden u.a. die folgenden Entgegenhaltungen genannt:

D2: EP 0 880 916 A1  
D4: JP 11-35425 A (in japanischer Sprache)  
D4e: Englische Übersetzung von D4 (eingereicht im Einspruchsverfahren mit Eingangsdatum 12. Juli 2006)  
D7: WO 02/02075 A1  
D10: EP 0 565 010 A1  
D17: FR 2 725 896 A1  
D21: DE 348 194

V. Die Einsprechende 01 zog mit Schreiben vom 12. September 2008 ihren Einspruch zurück.

VI. Mit der Entscheidung vom 17. November 2009, zur Post gegeben am 23. Dezember 2009, befand die Einspruchsabteilung, dass das Patent und die Erfindung, die es zum Gegenstand hat, unter Berücksichtigung der im Einspruchsverfahren vorgenommenen Änderungen auf der Grundlage des am 17. November 2009 eingereichten ersten Hilfsantrags den Erfordernissen des EPÜ genügten.

Anspruch 1 dieses Antrags hat den folgenden Wortlaut:

"1. Nicht-therapeutische Verwendung von Kreatin, Kreatinin und/oder deren Salzen zur Härtung, Stärkung, Restrukturierung, Reparatur oder Stabilisierung von strapazierten, geschädigten, empfindlichen, brüchigen und/oder feinen menschlichen Haaren."

In der Sache kam die Einspruchsabteilung bezüglich der Einwände unter Artikel 100(c) EPÜ unter anderem zu dem

Ergebnis, dass der Gegenstand der Ansprüche auch ohne das Merkmal "Verwendung (...) in einem Mittel" nicht über die Offenbarung der ursprünglichen Anmeldung hinausging.

Die Neuheit gegenüber den Entgegenhaltungen D4, D7 und D10 wurde mit der Begründung anerkannt, dass Kreatin, Kreatinin bzw. deren Salze darin nicht als Wirkstoffe für die beanspruchten Verwendungszwecke offenbart seien. In der Entgegenhaltung D10 werde Kreatinphosphat nicht als eigenständiger Wirkstoff, sondern nur als Synergist in Kombination mit Levodopa offenbart.

Bei der Beurteilung der erfinderischen Tätigkeit ging die Einspruchsabteilung von den Entgegenhaltungen D4 oder D10 als dem relevantesten Stand der Technik aus. Sie sah die technische Aufgabe in der Bereitstellung einer neuen/alternativen Verwendung von Kreatin, Kreatinin und/oder Kreatinderivaten. Da die Verwendung oder Eignung dieser Wirkstoffe zur Härtung, Stärkung, Restrukturierung, Reparatur oder Stabilisierung von menschlichen Haaren nicht den Entgegenhaltungen des Standes der Technik zu entnehmen sei, sei die erfinderische Tätigkeit anzuerkennen.

- VII. Die Einsprechende 02 (im folgenden Beschwerdeführerin genannt) legte gegen diese Entscheidung Beschwerde ein.
- VIII. Zusammen mit der Beschwerdebegründung reichte die Beschwerdeführerin u.a. die neue Entgegenhaltung D21 ein.
- IX. Mit ihrer vom 8. September 2010 datierten Erwiderung auf die Beschwerdebegründung beantragte die Beschwerdegegnerin (Patentinhaberin) die Zurückweisung der Beschwerde

und legte außerdem einen neuen Anspruchssatz mit neun Ansprüchen als Hilfsantrag vor.

Die Ansprüche 1 und 2 des Hilfsantrags lauten wie folgt:

"1. Nicht-therapeutische Verwendung von Kreatin, Kreatinin und/oder deren Salzen zur Härtung, Stärkung und Restrukturierung von geschädigten menschlichen Haaren, wobei die Verwendung die Nasskämmbarkeit der Haare verbessert und die Bündelzugfestigkeit der Haare erhöht.

2. Verwendung nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass Kreatin oder Kreatinin und/oder dessen Salz ausgewählt ist aus Kreatinphosphat, Cyclokreatin, Phosphocyclokreatin und Kreatin-pyruvat."

Die Ansprüche 3 bis 9 sind abhängige Ansprüche.

X. Eine mündliche Verhandlung fand am 4. Juni 2013 statt.

XI. Die Argumente der Beschwerdeführerin können wie folgt zusammengefasst werden:

#### *Einführung der Entgegnung D21*

Die erstmals mit der Beschwerdebegründung vorgelegte Entgegnung D21 sei das Ergebnis einer weiteren Recherche im Stand der Technik, die von der Beschwerdeführerin als Reaktion auf die Anerkennung der Neuheit durch die Einspruchsabteilung veranlasst worden sei. Diese Entgegnung sei aufgrund ihrer Relevanz für die Beurteilung der Neuheit und der erfinderischen Tätigkeit in das Beschwerdeverfahren einzuführen.

*Hauptantrag - Auslegung von Anspruch 1*

Zur Auslegung von Anspruch 1 führte die Beschwerdeführerin aus, die als Zweck der beanspruchten Verwendung genannten Begriffe "Härtung, Stärkung, Restrukturierung, Reparatur oder Stabilisierung" seien im Streitpatent nicht definiert, könnten nicht klar gegeneinander abgegrenzt werden und seien schon deshalb in ihrem Umfang breit auszulegen. Darüber hinaus könnten diese Zweckangaben nicht als funktionelle technische Merkmale im Sinne der Entscheidung G 2/88 (ABl. 1990, 93) herangezogen werden, da kein Zusammenhang zwischen dem Gesamtumfang der Zweckangaben und den tatsächlich im Streitpatent beschriebenen technischen Wirkungen hergestellt worden sei. Das Streitpatent gebe konkrete Messdaten ausschließlich für die Parameter Bündelzugfestigkeit und Kämmkraft an. In welcher Beziehung die durch diese Parameter beschriebenen technischen Wirkungen jeweils zu den in Anspruch 1 als Zweck der beanspruchten Verwendung genannten Begriffen Härtung, Stärkung, Restrukturierung, Reparatur oder Stabilisierung stünden, lasse sich nicht aus den verfügbaren Angaben erschließen; insbesondere fehle jeder Beleg für die behauptete strukturelle Veränderung (Restrukturierung) der Haare. Im Rahmen der Beurteilung der Neuheit und der erfinderischen Tätigkeit könne somit allenfalls auf die im Streitpatent in Absatz [0011] angegebene allgemeine Definition des Verwendungszwecks, nämlich die Verbesserung des Haarzustandes, zurückgegriffen werden, entsprechend einer Verbesserung der in Absatz [0042] der Patentschrift erwähnten Haarqualität.

*Hauptantrag - Neuheit gegenüber D4*

Die Entgegenhaltung D4 offenbare Kreatin unter der synonymen Bezeichnung "1-Methylguanidinoessigsäure" als Wirkstoff von Zubereitungen zur Verbesserung der Weichheit und Glattheit der Haare. Die gemäß D4 durch Kreatin zu erzielende Wirkung sei demzufolge eine Verbesserung des Haarzustandes, womit der Verwendungszweck gemäß Streitpatent erfüllt sei. Die in Anspruch 1 des Hauptantrags enthaltene undifferenzierte Beschreibung der zu behandelnden Haare als strapaziert, geschädigt, empfindlich, brüchig und/oder fein ermögliche keine echte Unterscheidung vom Normalfall. Infolgedessen nehme die Entgegenhaltung D4 den Gegenstand von Anspruch 1 neuheitsschädlich vorweg.

*Hilfsantrag - Änderungen (Artikel 123(2) EPÜ)*

Ein von der Beschwerdeführerin zunächst im schriftlichen Verfahren gegenüber Anspruch 1 des Hauptantrags erhobener Einwand bezog sich auf die Streichung des Merkmals betreffend die Verwendung des Wirkstoffs "in einem Mittel", die eine über den Inhalt der ursprünglichen Anmeldung hinausgehende unzulässige Erweiterung darstelle. Dieser Einwand ist entsprechend auch auf Anspruch 1 des Hilfsantrags anwendbar.

Die Beschwerdeführerin beanstandete bezüglich Anspruch 1 des Hilfsantrags außerdem, dass durch mehrfache Auswahl eine neue, zuvor nicht offenbarte Merkmalskombination entstanden sei. Aus den ursprünglich fünf als Alternativen aufgelisteten Zweckangaben der beanspruchten Verwendung seien drei ausgewählt worden, die zusätzlich durch das Bindewort "und" kumulativ verknüpft worden

seien, nämlich Härtung, Stärkung und Restrukturierung. Des weiteren sei aus mehreren Möglichkeiten für den zu behandelnden Haartyp als einzige Option das geschädigte Haar ausgewählt worden.

*Hilfsantrag - Änderungen (Artikel 84 EPÜ)*

Der in Anspruch 1 des Hilfsantrags zur Beschreibung des Haartyps allein verbliebene Ausdruck "geschädigte menschliche Haare" sei außerdem unklar.

Weiterhin sei zwar die Reparatur von Haaren als Verwendungszweck aus dem Wortlaut von Anspruch 1 des Hilfsantrags gestrichen worden, sie werde aber in dem von Anspruch 1 abhängigen Anspruch 5 gleichwohl noch erwähnt, woraus sich ein Widerspruch im Hinblick auf den beabsichtigten Anspruchsumfang ergebe. Derselbe Widerspruch entstehe auch durch die Erwähnung der Verbesserung der Nasskämmbarkeit in Anspruch 1, da diese dem Streitpatent zufolge einen Reparaturreffekt an geschädigtem Haar darstelle, und zwar die Aufhebung einer Schädigung der Cuticula. Laut Absatz [0042] der Patentschrift sei eine solche Schädigung nämlich die Ursache für eine schlechte Kämmbarkeit.

*Hilfsantrag - Änderungen (Artikel 123(3) EPÜ)*

Wäre umgekehrt die Verbesserung der Nasskämmbarkeit nicht als Reparaturreffekt einzustufen, so falle diese wiederum nicht unter die in Anspruch 1 der erteilten Fassung des Streitpatents angegebenen Zweckangaben Härtung, Stärkung, Restrukturierung, Reparatur oder Stabilisierung. In diesem Fall stelle die Einführung

dieses Merkmals in Anspruch 1 des Hilfsantrags daher eine Erweiterung des Schutzbereichs des Patents dar.

#### *Hilfsantrag - Neuheit*

Zur Begründung fehlender Neuheit des in Anspruch 1 definierten Gegenstands gegenüber der Entgegenhaltung D4 stützte sich die Beschwerdeführerin im wesentlichen auf die bereits im Zusammenhang mit dem Hauptantrag vorgebrachten Argumente. Die Beschränkung auf die Behandlung geschädigter Haare könne keine Abgrenzung zum Stand der Technik bewirken, da zum einen das Streitpatent keine einschränkende Definition des Begriffs "geschädigte Haare" liefere, und da zum anderen eine haarkonditionierende Behandlung, auf die in D4 wie auch im Streitpatent abgezielt werde, immer eine Reparatur geschädigter Haare beinhalte. Die in D4 angestrebte Weichheit und Glattheit der Haare stehe zwangsläufig im Zusammenhang mit der in Anspruch 1 verlangten Verbesserung der Nasskämmbarkeit.

Die Entgegenhaltung D7 sei ebenfalls neuheitsschädlich für die beanspruchte Verwendung. Sie offenbare die Behandlung der Hautanhangsgebilde, also insbesondere der Haare, mit Kreatin und/oder Kreatinderivaten. Die in D7 genannte Behandlung defizitärer Zustände, degenerativer Erscheinungen und umweltbedingter negativer Veränderungen der Hautanhangsgebilde entspreche also einer reparierenden Behandlung geschädigter Haare zur Verbesserung ihres Zustandes.

Betreffend die Entgegenhaltung D10 wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass das darin genannte "phosphate creatine" oder "phosphocreatine" identisch sei mit dem in Anspruch 2 des Hilfsantrags genannten Kreatinphosphat,

bei welchem es sich um ein Derivat in Form von phosphoryliertem Kreatin handle. D10 beschreibe Zubereitungen zur Haarbehandlung enthaltend Kreatinphosphat, die zur Belebung und Kräftigung von bestehendem Haar ("reinvigoration of existing hair") eingesetzt würden. Hierunter würde der Fachmann eine Stärkung und Reparatur von strapaziertem und geschädigtem Haar verstehen. Stärkung und Härtung würden im Text des Streitpatents miteinander gleichgesetzt, ebenso Reparatur und Restrukturierung. Das Kreatinphosphat diene laut der technischen Lehre von D10 nicht nur als Synergist des Hauptwirkstoffs Levodopa, sondern werde vielmehr als zweiter Wirkstoff bezeichnet. Somit offenbare D10 alle Merkmale gemäß Anspruch 2. Für die Beurteilung der Neuheit sei es unerheblich, dass Kreatinphosphat gemäß D10 nur in Kombination mit einem anderen Wirkstoff eingesetzt werde, da dies durch die vorliegenden Ansprüche nicht ausgeschlossen sei.

Die Entgegenhaltung D21 offenbare ein Verfahren zur Erhöhung der Festigkeit und Elastizität von Haaren, beruhend auf der Wirkung von auf den Haaren befindlicher Katalase, welche durch eine Behandlung der Haare mit Kreatinin aktiviert werden könne. Die in D21 beschriebene Wirkung entspreche einer Härtung und Stärkung geschädigter Haare gemäß dem vorliegenden Anspruch 1.

#### *Hilfsantrag - Erfinderische Tätigkeit*

Die Entgegenhaltung D4 sei als nächstliegender Stand der Technik zu betrachten. Wenn die Auswahl von Kreatin oder die kumulierte Verwendung zur Stärkung, Härtung und Restrukturierung der Haare als Unterscheidungsmerkmale der vorliegenden Ansprüche gegenüber D4 angesehen werden

sollten, so sei mit diesen Merkmalen jedenfalls keine über die gesamte Anspruchsbreite belegte technische Wirkung verbunden. Insbesondere sei kein Beweis für die behauptete Restrukturierung der Haare vorgelegt worden. Die mit der Stärkung und Härtung der Haare korrelierende Verbesserung der Bündelzugfestigkeit sei im Streitpatent nur für Kreatin, nicht aber für dessen Salze und Derivate im Umfang der vorliegenden Ansprüche 1 und 2 gezeigt worden. Bei dieser Sachlage sei die objektive technische Aufgabe ausgehend von D4 in der Bereitstellung eines weiteren Wirkstoffs für die Verbesserung der Haarqualität zu sehen.

Die Wahl von Kreatin, Kreatinin oder deren Salzen oder von Kreatinphosphat für diese Verwendung werde durch die technische Lehre von D4 allein oder in Kombination mit der Lehre der Entgegenhaltungen D2, D10, D17 oder D21 nahegelegt. Die Entgegenhaltung D21 betreffe ein benachbartes technisches Gebiet, nämlich die Behandlung von Fasern, und wäre daher vom Fachmann zur Lösung der technischen Aufgabe herangezogen worden. Selbst wenn in der Formulierung der technischen Aufgabe die Verwendung des Wirkstoffs zur Härtung und Stärkung der Haare und zur Erhöhung der Bündelzugfestigkeit berücksichtigt werden sollte, so seien diese Wirkungen jedenfalls bei Kenntnis der Entgegenhaltungen D10, D17 und D21 naheliegend.

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

*Einführung der Entgegenhaltung D21*

Die Entgegenhaltung D21 sei in Anwendung von Artikel 12(4) der Verfahrensordnung der Beschwerdekammern des EPA (VOBK) nicht in das Beschwerdeverfahren zuzulassen, da sie bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätte vorgelegt werden können. Außerdem fehle ihr die Relevanz.

*Hauptantrag - Auslegung von Anspruch 1*

Die Beschwerdegegnerin führte weiter aus, die Einwände der Beschwerdeführerin zur Auslegung und Stützung der in Anspruch 1 des Hauptantrags genannten Zweckangaben betrafen Artikel 84 EPÜ und damit keinen unter Artikel 100 EPÜ genannten Einspruchsgrund. Jede der Zweckangaben Härtung, Stärkung, Restrukturierung, Reparatur oder Stabilisierung sei als funktionelles technisches Merkmal der beanspruchten Verwendung anzusehen. Zur Auslegung dieser Begriffe könne erforderlichenfalls die Beschreibung konsultiert werden. Alle Zweckangaben gemäß Anspruch 1 stünden außerdem erkennbar in direkter Beziehung zu den im Streitpatent beschriebenen Parametern Bündelzugfestigkeit und Nasskämbarkeit. Insbesondere belege die im Streitpatent gezeigte Erhöhung der Bündelzugfestigkeit eine Verbesserung der mechanischen Eigenschaften, die an sich nur durch eine Restrukturierung der Haarfaser zu erklären sei.

*Hauptantrag - Neuheit gegenüber D4*

Zur Neuheit argumentierte die Beschwerdegegnerin, in der Entgegenhaltung D4 seien zunächst mehrere Schritte der Auswahl im Rahmen der dort angegebenen Formel (1) für

Guanidinderivate erforderlich, um zu dem streitpatentgemäßen Kreatin zu gelangen. Außerdem offenbare D4 nicht dieselbe technische Wirkung wie das Streitpatent. Während laut Streitpatent die Nasskämmbarkeit durch die Messung eines physikalischen Parameters, nämlich der Kämmkraft, bestimmt worden sei, sei in D4 lediglich von der Weichheit der Haare im trockenen oder nassen Zustand, vom Griff und von der Glattheit die Rede, also von der Sensorik, wie sie vom Anwender der Haarpflegezubereitung erfahren werde. Die in Anspruch 1 genannten Zweckangaben der Verwendung seien durch D4 daher nicht erfüllt.

*Hilfsantrag - Änderungen (Artikel 84 EPÜ)*

Die Definition von Anspruch 1 des Hilfsantrags sehe vor, dass die Merkmale betreffend die Verbesserung der Nasskämmbarkeit und Erhöhung der Bündelzugfestigkeit zusätzlich zu dem Verwendungszweck "Härtung, Stärkung und Restrukturierung" zu erfüllen seien. Die sich daraus ergebende bloße Einschränkung des Anspruchsumfangs könne nicht zu einem Widerspruch führen. Der Begriff "Reparatur" falle laut dem abhängigen Anspruch 5 unter den Aspekt der Restrukturierung.

*Hilfsantrag - Änderungen (Artikel 123(3) EPÜ)*

Da die Angaben bezüglich des Verwendungszwecks und des zu behandelnden Haartyps im Vergleich mit der erteilten Fassung von Anspruch 1 eingeschränkt worden seien und da außerdem weitere einschränkende Bedingungen in Bezug auf die Parameter Nasskämmbarkeit und Bündelzugfestigkeit hinzugefügt worden seien, werde durch die vorgeschlagenen Änderungen der Schutzzumfang des Patents nicht erweitert.

*Hilfsantrag - Neuheit*

Im Hinblick auf die Neuheit sei insbesondere zu beachten, dass ein Restrukturierungseffekt, der mit einer Stärkung und Härtung der Haare und mit einer Erhöhung der Bündelzugfestigkeit einhergehe, in der Entgegenhaltung D4 nicht offenbart sei.

Die Entgegenhaltungen D7 und D21 offenbarten nicht die Behandlung menschlicher Haare.

Die Entgegenhaltung D10 ziele hauptsächlich auf die Förderung des Haarwuchses und der Pigmentierung der Haare ab. Die Bedeutung der in D10 genannten Wirkung einer Kräftigung und Belebung bestehender Haare werde nicht weiter erläutert. Diese Angabe stehe zudem in Widerspruch zu dem einzigen in D10 genannten Wirkmechanismus. Dieser bestehe in der Förderung der lokalen Durchblutung (Mikrozirkulation) im Bereich der Haarfollikel, welche keine direkte Behandlung und Beeinflussung der Haarfasern darstelle. Die Verbesserung der Durchblutung werde außerdem durch den eigentlichen Wirkstoff Levodopa bewirkt und durch das in D10 nur als Zusatz genannte Kreatinphosphat lediglich verstärkt. Aus dieser technischen Lehre lasse sich keine eigenständige haarstärkende Wirkung des Kreatinphosphats ableiten. D10 offenbare auch keine Verbesserung der Nasskämmbarkeit und Erhöhung der Bündelzugfestigkeit.

*Hilfsantrag - Erfindерische Tätigkeit:*

Ausgehend von der Entgegenhaltung D4 sei die zu lösende technische Aufgabe die Bereitstellung einer neuen

Möglichkeit, um geschädigte menschliche Haare zu härten, zu stärken und zu restrukturieren, deren Nasskämmbarkeit zu verbessern und deren Bündelzugfestigkeit zu erhöhen. Die vorgeschlagene Lösung bestehe in der Verwendung von Kreatin, Kreatinin und/oder deren Salzen zu diesem Zweck. Die in Anspruch 1 als Zweckangaben genannten technischen Wirkungen seien durch die im Streitpatent beschriebenen Versuche zur Nasskämmbarkeit und Bündelzugfestigkeit hinreichend glaubhaft gemacht.

Aus der Entgegenhaltung D4 selbst, die nur eine reine Pflegewirkung beschreibe, sei die Eignung von Kreatin für die Verwendung zur kombinierten Härtung, Stärkung und Restrukturierung der Haare nicht herzuleiten.

Auch durch Kombination von D4 mit der technischen Lehre der Entgegenhaltungen D2, D10, D17 oder D21 werde die beanspruchte Merkmalskombination nicht nahegelegt; insbesondere sei keiner dieser Druckschriften zu entnehmen, dass die dort behandelten Wirkstoffe Kreatinin und Kreatinphosphat eigenständig eine Stärkung und Härtung geschädigter menschlicher Haare bewirken könnten. Hinzu komme im Falle von D21, dass diese Entgegenhaltung vom Fachmann nicht zur Lösung der technischen Aufgabe herangezogen worden wäre, da sie ein technisch zu weit entferntes Gebiet betreffe.

Somit ergebe sich der beanspruchte Gegenstand nicht in naheliegender Weise aus dem Stand der Technik.

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

XIV. Die Beschwerdegegnerin beantragte die Zurückweisung der Beschwerde, hilfsweise Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Aufrechterhaltung des Patents auf der Grundlage der Ansprüche des mit Schreiben vom 8. September 2010 eingereichten Hilfsantrags.

### **Entscheidungsgründe**

1. Die Beschwerde ist zulässig.

2. Einführung der Entgegenhaltung D21

Die Entgegenhaltung D21 wurde in Reaktion auf die erstinstanzliche Entscheidung zusammen mit der Beschwerdebegründung eingereicht. Die Beschwerdegegnerin hatte ausreichend Gelegenheit, zu dieser Entgegenhaltung Stellung zu nehmen. Daher hat die Kammer entschieden, die Entgegenhaltung D21 in das Beschwerdeverfahren zuzulassen.

3. Hauptantrag - Auslegung von Anspruch 1

3.1 Nach G 2/88 (ABl. 1990, 93) sowie G 6/88 (ABl. 1990, 114) ist ein Anspruch, der auf die Verwendung eines bekannten Stoffes für einen bestimmten Zweck gerichtet ist, der auf einer in dem Patent beschriebenen technischen Wirkung beruht, dahingehend auszulegen, dass er diese technische Wirkung als funktionelles technisches Merkmal enthält. Neuheit im Sinne des Artikels 54(1) EPÜ kann zuerkannt werden, wenn dieses Merkmal, also die Erzielung der technischen Wirkung mit dem besagten Stoff, nicht bereits früher der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist. Dabei gilt eine lediglich inhärente,

- verborgen gebliebene Wirkung nicht als zugänglich gemacht.
- 3.2 Im vorliegenden Anspruch 1 wird die nicht-therapeutische Verwendung von Kreatin, Kreatinin und/oder deren Salzen mit mehreren Zweckangaben beansprucht. Grundsätzlich liegt also die in den Entscheidungen G 2/88 und G 6/88 behandelte Konstellation vor.
- 3.3 Die Beschwerdeführerin hat ihre Auslegung, die Zweckangaben "Härtung, Stärkung, Restrukturierung, Reparatur oder Stabilisierung von (...) menschlichen Haaren" könnten nicht als funktionelle technische Merkmale des Anspruchs angesehen werden, mit dem Argument begründet, diese Zweckangaben wiesen keine ausreichende Entsprechung zu den tatsächlich erzielten technischen Wirkungen auf, die im Streitpatent durch die Ermittlung der Parameter "Bündelzugfestigkeit" und "Kämmkraft" beschrieben worden seien.
- 3.4 Diese Argumentation ist jedoch nicht nachvollziehbar, da die Angaben im Streitpatent hinreichend deutlich ergeben, dass tatsächlich eine weitgehende Korrelation zwischen den gemessenen Parametern und den in Anspruch 1 genannten Zweckangaben besteht:
- 3.4.1 Im Rahmen der im Streitpatent beschriebenen Testversuche wurde durch Blondieren geschädigtes Haar mit einem Shampoo enthaltend 1,0 Gewichtsprozent Kreatin behandelt. Im Vergleich mit Haarproben, die mit einem entsprechenden Shampoo ohne Kreatin behandelt worden waren, wurde eine Erhöhung der Reißkraft der Haarfasern, ausgedrückt als "Bündelzugfestigkeit" (rechnerisch gemittelter Wert unter Einbeziehung der Haardichte), sowie eine

Reduzierung der beim Durchkämmen feuchter Haarsträhnen benötigten Kämmkraft festgestellt.

3.4.2 Laut Streitpatent (Absatz [0038]) ist die Reißkraft von Haaren ein Indikator für die strukturelle Integrität des Haarcortex und damit ein Maß für den Schädigungsgrad der Fasern. Die im Vergleichsversuch bei Behandlung mit Kreatin festgestellte Erhöhung der Reißkraft lässt sich in der Tat nicht anders als durch eine strukturelle Veränderung der Haarfasern erklären, die bewirkt, dass die Haare aufgrund verbesserter mechanischer Eigenschaften einer Zugdehnung besser widerstehen können. Diese technische Wirkung findet erkennbar eine weitgehende Entsprechung in den Zweckangaben Restrukturierung, Reparatur, Stärkung und Stabilisierung. Die Härtung wird im Streitpatent (Absatz [0013]) ebenso wie auch die Stärkung auf die Restrukturierung der Haarfasern zurückgeführt und ist dementsprechend als Erhöhung der strukturellen Festigkeit oder der Widerstandsfähigkeit auszulegen. Es besteht somit eine Verknüpfung mit der durch die verbesserte Festigkeit belegten Restrukturierung und Stärkung.

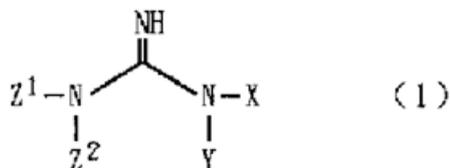
3.4.3 Die außerdem beobachtete Reduzierung der Kämmkraft beim Kämmen von Haarsträhnen entspricht einer Verbesserung der Kämmbarkeit. Wie im Streitpatent in Absatz [0042] erwähnt, ist schlechte Kämmbarkeit auf eine Schädigung der Haaroberfläche (Cuticula) zurückzuführen. Dem Fachmann auf dem Gebiet der kosmetischen Haarpflege ist wohlbekannt, dass diese Schädigung in einer Aufrauhung der schuppenartigen Struktur der Cuticula besteht. Die durch die Behandlung der Haare mit Kreatin bewirkte Verbesserung der Kämmbarkeit geht dementsprechend auf eine Behebung oder Verminderung der besagten Schädigung

(Rauhigkeit) der Cuticula zurück. Dies entspricht einem Reparaturreffekt durch eine Beeinflussung der Struktur, also durch eine Restrukturierung, der Haaroberfläche.

- 3.4.4 Die im Streitpatent beschriebenen Messungen beziehen sich somit auf die strukturelle Reparatur sowohl der Haaroberfläche als auch der Haarfasern, einhergehend mit einer gesteigerten Festigkeit der Fasern. Darüber hinaus besteht kein konkreter Anlass für die Annahme, dass die in Anspruch 1 genannten Zweckangaben in ihrem Umfang unverhältnismäßig breiter wären als durch die im Streitpatent beschriebenen Messungen gerechtfertigt.
- 3.4.5 Aus diesen Gründen gelangt die Kammer zu der Schlussfolgerung, dass die Behauptung, es fehle der Zusammenhang zwischen den Zweckangaben im Anspruch und den im Streitpatent beschriebenen technischen Wirkungen, nicht zutrifft.
- 3.4.6 Somit besteht keine Veranlassung dazu, die in Anspruch 1 genannten Zweckangaben "Härtung, Stärkung, Restrukturierung, Reparatur oder Stabilisierung von (...) menschlichen Haaren" unberücksichtigt zu lassen. Sie stellen funktionelle technische Merkmale des Anspruchs dar, die bei der Prüfung auf Neuheit und erfinderische Tätigkeit zu berücksichtigen sind.

4. Hauptantrag - Neuheit gegenüber D4

4.1 Die Entgegenhaltung D4 beschreibt Haarpflegemittel, die als Wirkstoff ein Guanidinderivat der allgemeinen Formel



oder ein Säureadditionssalz davon enthalten (Anspruch 1). Diese verleihen dem behandelten Haar Weichheit ("softness"). Im Rahmen der Ausführungsbeispiele von D4 werden als Bewertungskriterien unter anderem die Weichheit im nassen Zustand und nach Trocknung sowie die Glattheit ("smoothness") der Haare genannt (D4, D4e: Absätze [0005], [0053] bis [0057]).

4.2 D4 enthält eine Liste geeigneter Vertreter der Guanidinderivate gemäß Formel (1), in welcher Kreatin unter der synonymen Bezeichnung 1-Methylguanidinoessigsäure ("1-methylguanidino acetic acid") direkt aufgeführt wird (D4: Absatz [0024], D4e: Absatz [0024] auf Seite 18, Zeile 6).

Das Argument der Beschwerdegegnerin, dass Kreatin im Rahmen der technischen Lehre von D4 nur über die mehrfache Auswahl der verschiedenen Substituenten der allgemeinen Formel (1) zugänglich sei, trifft nicht zu. Zur Konsultierung der Liste spezifischer Einzelsubstanzen ist es nämlich nicht erforderlich, vorab ausgehend von der Formel (1) für jeden der vier Substituenten X, Y, Z<sup>1</sup> und Z<sup>2</sup> eine separate Vorauswahl zu treffen. Vielmehr stellt jede aufgelistete Einzelsubstanz bereits die unmittelbare Offenbarung einer spezifischen Kombination von vier Substituenten dar.

4.3 Die Ansprüche der Entgegenhaltung D4 sind auf kosmetische Haarbehandlungsmittel gerichtet. Dabei ist es für den Leser selbstverständlich, dass diese Mittel zur Anwendung auf menschlichen Haaren vorgesehen sind, was zusätzlich durch die Ausführungsbeispiele bestätigt wird, in welchen die Mittel auf Haar von japanischen Frauen getestet wurden (D4, D4e: Absätze [0054] bis [0056]).

4.4 Dem Fachmann ist als Grundlagenwissen bekannt, dass eine verminderte Weichheit und Glattheit der Haare auf eine Schädigung in Form einer Aufrauhung der Schuppenstruktur der Haaroberfläche zurückzuführen ist und mit einer Verschlechterung der Kämmbarkeit einhergeht. Die Behebung oder Verminderung der Oberflächenschädigung führt zu einer Verbesserung der Weichheit, der Glattheit und damit auch der Kämmbarkeit der Haare und ist, wie bereits unter Punkt 3.4.3 erläutert, als Reparatur und Restrukturierung im Sinne des Streitpatents einzustufen. Der Anspruchswortlaut schließt jedenfalls eine auf die Haaroberfläche bezogene Reparatur und Restrukturierung nicht aus.

Die in D4 gelehrtete Konditionierwirkung der Zubereitungen impliziert folglich, dass Haare behandelt werden sollen, die der Pflege zur Verbesserung der Weichheit und Glattheit bedürfen und die damit als geschädigte Haare einzuordnen sind. Die beobachtete bessere Weichheit und Glattheit wird durch eine Reparatur und Restrukturierung der Haaroberfläche erzielt.

Dem Argument der Beschwerdegegnerin, die in D4 angestrebte Verbesserung der Weichheit und Glattheit betreffe einen völlig anderen Parameter als die im

Streitpatent untersuchte Nasskämmbarkeit und erfülle deshalb keinen in Anspruch 1 genannten Verwendungszweck, kann sich die Kammer nicht anschließen, denn die eigentliche technische Wirkung besteht in beiden Fällen in der Glättung der Haaroberfläche. Die Entgegenhaltung D4 betrifft ohne Zweifel die bekannte klassische Konditionierwirkung, weshalb es für diese Überlegungen ohne Belang ist, ob die Weichheit und Glattheit der Haare im Rahmen von D4 durch die technische Messung physikalischer Parameter oder durch sensorische Beurteilung in einem Paneltest bewertet wurde.

4.5 Die Entgegenhaltung D4 offenbart folglich die nicht-therapeutische Verwendung von Kreatin zur Reparatur oder Restrukturierung von geschädigten menschlichen Haaren.

4.6 Aus diesem Grund ist der Gegenstand von Anspruch 1 des Hauptantrags gegenüber dem Inhalt der Entgegenhaltung D4 nicht neu (Artikel 54 EPÜ).

5. Hilfsantrag - Änderungen (Artikel 123(2) EPÜ)

5.1 Streichung des Merkmals "in einem Mittel"

Anspruch 1 in der ursprünglich eingereichten Fassung war auf die "Verwendung von Kreatin, Kreatinin und/oder deren Derivaten und/oder deren Salzen in einem Mittel (...)" gerichtet, während in Anspruch 1 des vorliegenden Hilfsantrags das Merkmal "in einem Mittel" nicht enthalten ist.

Aus dem Text der ursprünglichen Fassung der Anmeldung geht eindeutig hervor, dass Kreatin, Kreatinin und/oder Salze oder Derivate davon den Wirkstoff darstellen, der

die gewünschten Effekte bei der Haarbehandlung hervor-  
rufen soll, also die im ursprünglichen Anspruch 1  
genannte Härtung, Stärkung, Restrukturierung, Reparatur  
oder Stabilisierung.

Insbesondere bilden diese Stoffe, die in der Beschrei-  
bung (Seite 6, Zeilen 22 bis 23) ausdrücklich als "Wirk-  
stoff" bezeichnet werden, den einzigen obligatorischen  
Wirkbestandteil der in der ursprünglichen Fassung der  
Anmeldung beschriebenen Mittel (Anspruch 1; Seite 6,  
Zeilen 7 bis 17; Seite 3, Zeilen 12 bis 16). Die bei der  
erfindungsgemäßen Behandlung der Haare erzielten  
Wirkungen werden zudem ausdrücklich auf die Einwirkung  
dieser Stoffe zurückgeführt (Seite 3, Zeilen 1 bis 6;  
Beispiele).

Dementsprechend kann in den Ansprüchen des Hilfsantrags  
die Verwendung des Wirkstoffs zu dem gewünschten Zweck  
beansprucht werden, ohne die ursprüngliche Offenbarung  
zu erweitern.

## 5.2 Weitere Änderungen in Anspruch 1

Auf Seite 3 der ursprünglichen Fassung der Beschreibung  
wird in Absatz 1 festgestellt, dass durch die Verwendung  
von Kreatin, Kreatinin und/oder deren Derivaten und/oder  
deren Salzen die Struktur von keratinischen Fasern  
(Haaren) derartig verändert wird, dass eine Härtung und  
Stärkung sowie die Erhöhung der Bruchfestigkeit,  
Reißfestigkeit oder Bündelzugfestigkeit, insbesondere  
der strapazierten oder geschädigten keratinischen Fasern  
erfolgt. Somit wird in dieser Textpassage die  
Restrukturierung insbesondere von geschädigten Haaren  
zusammen mit einer Härtung und Stärkung offenbart,

einhergehend mit einer Erhöhung der Bündelzugfestigkeit. Dass menschliche Haare gemeint sind, wird ausdrücklich im einleitenden Absatz auf Seite 1 der Beschreibung erwähnt. Dass neben den genannten Wirkungen auch eine Pflegewirkung durch die Beeinflussung der Haaroberfläche (Cuticula) auftritt, wird im direkten Anschluss in Absatz 2 auf Seite 3 besprochen. Die Ausführungsbeispiele auf den Seiten 9 bis 12 zeigen im Hinblick auf die besagte Pflegewirkung eine durch die Behandlung vorgeschädigter menschlicher Haare mit Kreatin bewirkte Verbesserung der Nasskämmbarkeit. Weiterhin wird auch die Erhöhung der Bündelzugfestigkeit experimentell belegt.

Die Merkmalskombination in Anspruch 1 des Hilfsantrags findet damit eine ausreichende Grundlage in den ursprünglich eingereichten Anmeldungsunterlagen.

### 5.3 Ansprüche 2 bis 9

Die Beschwerdeführerin hat keine zusätzlichen Einwände unter Artikel 123(2) EPÜ gegen die als abhängige Ansprüche formulierten Ansprüche 2-9 vorgebracht. Die Kammer sieht keinen Anlass für eine andere Einschätzung.

### 5.4 Somit kommt die Kammer zu dem Ergebnis, dass der vorliegende Anspruchssatz des Hilfsantrags nicht gegen Artikel 123(2) EPÜ verstößt.

## 6. Hilfsantrag - Änderungen (Artikel 123(3) EPÜ)

### 6.1 Im Vergleich mit Anspruch 1 des erteilten Patents wurden in Anspruch 1 des Hilfsantrags sowohl die Zweckangabe der beanspruchten Verwendung als auch der zu behandelnde

Haartyp eingeschränkt: Statt der Härtung, Stärkung, Restrukturierung, Reparatur oder Stabilisierung von strapazierten, geschädigten, empfindlichen, brüchigen und/oder feinen menschlichen Haaren betrifft der Hilfsantrag die Härtung, Stärkung und Restrukturierung von geschädigten menschlichen Haaren.

- 6.2 Zusätzlich ist im Anspruchswortlaut angefügt: "...wobei die Verwendung die Nasskämmbarkeit der Haare verbessert und die Bündelzugfestigkeit der Haare erhöht." Der Anschluss durch "wobei" drückt aus, dass diese Effekte zusammen mit den drei erstgenannten Wirkungen "Härtung, Stärkung und Restrukturierung" auftreten sollen. Als zusätzlich zu erfüllende Kriterien können sie daher allenfalls eine weitere Einschränkung beinhalten.
- 6.3 Somit kommt die Kammer zu dem Schluss, dass Anspruch 1 des Hilfsantrags nicht gegen Artikel 123(3) EPÜ verstößt. Die Kammer sieht keinen Anlass für Einwände unter Artikel 123(3) EPÜ gegenüber den Ansprüchen 2 bis 9.

## 7. Hilfsantrag - Änderungen (Artikel 84 EPÜ)

- 7.1 Der in Anspruch 1 des Hilfsantrags verwendete Begriff "geschädigte menschliche Haare", der von der Beschwerdeführerin als unklar beanstandet wird, war bereits in Anspruch 1 des Streitpatents enthalten. Ungeachtet der Frage, ob bei dieser Sachlage der Begriff im Einspruchsbeschwerdeverfahren unter Artikel 84 EPÜ angreifbar ist, ist seine Auslegung allerdings ohne weiteres möglich. Laut den Angaben im Streitpatent (Absätze [0002] bis [0003], [0038] und [0042] der Patentschrift) ist mit Schädigung eine Beeinträchtigung der inneren Haarstruktur (Cortex) oder der Haaroberfläche (Cuticula)

gemeint, die zu nachteiligen mechanischen Eigenschaften der Haare und zu Glanzverlust führen kann. Auch ohne diese Angaben würde der Fachmann auf dem Gebiet der Haarpflege den Begriff "geschädigte menschliche Haare" normalerweise so verstehen. Da der Grad der Schädigung nicht angegeben wird, sind außerdem geringfügig geschädigte Haare nicht ausgeschlossen.

7.2 Laut Beschwerdeführerin stehen die im abhängigen Anspruch 5 erwähnte Reparatur und die in Anspruch 1 erwähnte Verbesserung der Nasskämmbarkeit in Widerspruch zu dem in Anspruch 1 angegebenen Verwendungszweck der Härtung, Stärkung und Restrukturierung von menschlichen Haaren. Die Kammer kann sich diesem Einwand aus den folgenden Gründen nicht anschließen:

7.2.1 Der abhängige Anspruch 5 betrifft die Verwendung nach einem der Ansprüche 1 bis 4 zur Verhütung oder Verminderung von Schädigungen der inneren Struktur oder zur Reparatur (Restrukturierung) von menschlichen Haaren. Die verwendete Formulierung "zur Reparatur (Restrukturierung)" kann nur bedeuten, dass entweder die Reparatur mit der Restrukturierung gleichgesetzt wird oder aber dass eine Reparatur im Sinne einer Restrukturierung, also durch Strukturveränderung, erfolgen soll. In jedem Fall geht der Umfang des genannten Verwendungszwecks "Reparatur (Restrukturierung)" nicht über den des Ausdrucks "Restrukturierung" hinaus, weshalb zwischen Anspruch 5 und dem ihm übergeordneten Anspruch 1 diesbezüglich kein Widerspruch entstehen kann.

7.2.2 Anspruch 1 betrifft die Verwendung des Wirkstoffs zur Härtung, Stärkung und Restrukturierung von geschädigten menschlichen Haaren, wobei die Verwendung die Nasskämm-

barkeit der Haare verbessert und die Bündelzugfestigkeit der Haare erhöht. Wie unter Punkt 6.2 bereits erläutert, ist die Verbesserung der Nasskämmbarkeit ein zusätzlich zu erfüllendes Merkmal. Selbst unter der Annahme, die Verbesserung der Nasskämmbarkeit ließe sich keinem der Begriffe Härtung, Stärkung und Restrukturierung zuordnen, entstünde also kein Widerspruch zu diesem Verwendungszweck, der in jedem Fall obligatorisch erfüllt sein muss.

- 7.3 Infolgedessen erfüllen die Ansprüche 1 und 5 des Hilfsantrags im Hinblick auf die Zweckangabe "Härtung, Stärkung und Restrukturierung von geschädigten menschlichen Haaren" das durch Artikel 84 EPÜ vorgegebene Erfordernis der Deutlichkeit.
- 7.4 Andere Einwände unter Artikel 84 EPÜ gegen die Ansprüche des Hilfsantrags liegen nicht vor.
8. Hilfsantrag: Auslegung der Ansprüche
- 8.1 Die Definition gemäß Anspruch 1 des Hilfsantrags verlangt, dass Kreatin, Kreatinin und/oder deren Salze zur Härtung, Stärkung und Restrukturierung von geschädigten menschlichen Haaren verwendet werden sollen. Wie im Zusammenhang mit dem Hauptantrag bereits dargelegt wurde, stellen die Zweckangaben funktionelle technische Merkmale dar. Wegen der Verknüpfung mit "und" muss eine Entgegenhaltung, um neuheitsschädlich zu sein, alle diese technischen Wirkungen offenbaren. Weiterhin ist aus dem Anspruchswortlaut ersichtlich, dass vorhandene Haarfasern, die schon eine Schädigung aufweisen, durch die beanspruchte Verwendung in ihrer Struktur verändert werden sollen, begleitet von einer Stärkung und Härtung.

8.2 Bei den in Anspruch 2 genannten Wirkstoffen Kreatinphosphat, Cyclokreatin und Phosphocyclokreatin handelt es sich nicht um Salze des Kreatins oder Kreatinins, sondern um Derivate, was unter den Verfahrensbeteiligten nicht strittig war. Damit ist der als abhängiger Anspruch formulierte Anspruch 2, der mit gleichem Wortlaut bereits in der erteilten Fassung des Streitpatents enthalten war, getrennt von Anspruch 1 als unabhängiger Anspruch zu beurteilen.

9. Hilfsantrag: Neuheit

9.1 Eine Verwendung des Wirkstoffs zum Zweck der Härtung und Stärkung der Haare ist der Entgegenhaltung D4, die ausschließlich eine haarkonditionierende Wirkung im Sinne einer erhöhten Weichheit und Glattheit der Haare beschreibt, an keiner Stelle zu entnehmen.

9.2 Die Entgegenhaltung D7, die zum Stand der Technik gemäß Artikel 54(3) EPÜ gehört, betrifft in erster Linie die Behandlung der Haut mit Zubereitungen, die Kreatin und/oder Kreatinderivate enthalten. Sie erwähnt außerdem die Behandlung defizitärer Zustände, degenerativer Erscheinungen oder umweltbedingter negativer Veränderungen der Hautanhangsgebilde, ohne jedoch konkrete Ausführungsbeispiele einer solchen Behandlung anzugeben. Es gehört zum allgemeinen Fachwissen, dass nicht nur Haare, sondern auch Hautdrüsen und Nägel zu den Hautanhangsgebilden zählen. Somit wird die Behandlung von Haaren in D7 nicht unmittelbar und eindeutig offenbart.

9.3 Die Entgegenhaltung D10 beschreibt Zubereitungen enthaltend Levodopa und eine zweite Komponente, die als "phosphate creatine" oder "phosphocreatine" bezeichnet

wird (D10: Anspruch 2; Spalte 2, Zeilen 41-55). Die Auslegung der Beschwerdeführerin, hierbei handle es sich um das auch als "Kreatinphosphat" bekannte Phosphokreatin, welches eine Phosphorsäureamid-Bindung aufweist und unter den vorliegenden Anspruch 2 fällt, wurde von der Beschwerdegegnerin nicht bestritten. Die besagten Zubereitungen sollen gemäß der technischen Lehre von D10 den Haarwuchs und die Repigmentierung der Haare fördern und auch eine belebende oder kräftigende Wirkung auf bestehendes Haar haben ("reinvigoration of existing hair"). In D10 wird allerdings nicht näher erläutert, worin die als "reinvigoration" bezeichnete belebende oder kräftigende Wirkung besteht. Somit ist eine Restrukturierung geschädigter Haare nicht in D10 offenbart.

9.4 Die Entgegenhaltung D21 erwähnt die Behandlung von Wolle oder von Haaren, z.B. Fellen, offenbart aber nicht die Behandlung menschlicher Haare.

9.5 Unter Berücksichtigung dieser Unterschiede erweist sich der Gegenstand der Ansprüche des vorliegenden Hilfsantrags als neu gegenüber dem Inhalt der Entgegenhaltungen D4, D7, D10 und D21. Die Erfordernisse von Artikel 54 EPÜ sind damit erfüllt.

## 10. Hilfsantrag - Erfinderische Tätigkeit

10.1 Die Kammer stimmt mit der Einspruchsabteilung und den Verfahrensbeteiligten darin überein, dass die Entgegenhaltung D4 als nächstliegender Stand der Technik betrachtet werden kann.

- 10.2 D4 beschreibt die kosmetische Haarbehandlung mit Zubereitungen, die als Wirkstoff zur Steigerung der Weichheit und Glattheit der Haare ein Guanidinderivat, insbesondere Kreatin, oder ein Säureadditionssalz davon enthalten können. Wie im Rahmen der Neuheitsprüfung des Hauptantrags bereits erörtert, ist die in D4 offenbarte Konditionierwirkung als Verwendung von Kreatin zur Reparatur und Restrukturierung der geschädigten Haaroberfläche einzuordnen. Der Entgegenhaltung D4 ist andererseits nicht zu entnehmen, dass durch Behandlung der Haare mit Kreatin oder anderen Guanidinderivaten eine Stärkung und Härtung der Haare erreicht werden könnte.
- 10.3 Ausgehend von der aus D4 bekannten technischen Lehre ist die technische Aufgabe daher - in grundsätzlicher Übereinstimmung mit der von der Erstinstanz definierten Aufgabe - in der Bereitstellung einer weiteren haarkosmetischen Verwendung für Kreatin und/oder dessen Salze zu sehen.
- 10.4 Gemäß den Ansprüchen des vorliegenden Hilfsantrags wird als Lösung dieser Aufgabe die nicht-therapeutische Verwendung zur Härtung, Stärkung und Restrukturierung von geschädigten menschlichen Haaren vorgeschlagen, wobei die Verwendung die Nasskämmbarkeit der Haare verbessert und die Bündelzugfestigkeit der Haare erhöht.
- 10.5 Aufgrund der im Streitpatent dargestellten Versuchsergebnisse ist die Kammer zu der Auffassung gelangt, dass die technische Aufgabe plausibel gelöst wurde.
- 10.5.1 Die im Streitpatent beschriebenen Vergleichsversuche (Absätze [0038] bis [0045] in Verbindung mit Beispiel 2

der Patentschrift) zeigen neben der durch Behandlung mit Kreatin bewirkten Verringerung der Kämmkraft, die der in D4 beschriebenen Konditionierwirkung entspricht und die auf einer Restrukturierung der Haaroberfläche (Cuticula) beruht, auch eine Verbesserung der Reißfestigkeit der Haarfasern, die durch den Parameter "Bündelzugfestigkeit" beschrieben wird. Diese Faserstärkung lässt auf eine Restrukturierung im Haarinneren schließen. Diesem Ergebnis entsprechend wird in der Patentschrift in Absatz [0013] angegeben, dass durch die Verwendung von Kreatin, Kreatinin und/oder deren Salzen die Struktur der Haare so verändert wird, dass eine Härtung und Stärkung der Haare erfolgt.

10.5.2 Kreatin steht in wässriger Lösung im Gleichgewicht mit seinem Lactam Kreatinin. Die vorliegenden Ansprüche des Hilfsantrags schlagen als Wirkstoff statt Kreatin auch Kreatinin, die Salze von Kreatin oder Kreatinin sowie einige in Anspruch 2 näher bezeichnete Derivate von Kreatin vor. Obwohl die im Streitpatent beschriebenen Versuche nur mit Kreatin durchgeführt wurden, gibt es aufgrund der strukturellen Übereinstimmungen und in Abwesenheit gegenteiliger Testergebnisse keinen Anlass zu der Annahme, dass die gewünschten technischen Wirkungen nicht auch durch Verwendung von Kreatinin oder der Salze von Kreatin und Kreatinin gemäß Anspruch 1 oder aber durch Verwendung von Kreatinphosphat, Cyclokreatin, Phosphocyclokreatin oder Kreatinpyruvat gemäß Anspruch 2 erreicht werden können.

10.6 Die in der Entgegenhaltung D4 enthaltene technische Lehre lässt keinen Schluss auf eine Restrukturierung im Haarinneren einhergehend mit einer Stärkung und Härtung der Haarfasern zu. Daher stellt sich die Frage, ob die

beanspruchte Verwendung sich aus der Kombination der Lehre von D4 mit der Lehre einer der anderen Entgegenhaltungen als naheliegend erweisen könnte.

Die Beschwerdeführerin hat in diesem Zusammenhang die Entgegenhaltungen D2, D10, D17 und D21 genannt.

- 10.7 Die Entgegenhaltung D2 erwähnt ausschließlich in Anspruch 9 Kreatinin neben anderen Aminosäuren als haarpflegende und haarkonditionierende Komponente einer sauren Zwischenspülung bei der permanenten Haarverformung.

Eine Eignung von Kreatinin zur Stärkung und Härtung der Haare ist aus dieser Information nicht abzuleiten.

- 10.8 Die Entgegenhaltung D10 hat die Förderung des Haarwuchses und der Repigmentierung ergrauender Haare zum Ziel (D10: Spalte 1, Absatz 1).

Im Hinblick auf die Repigmentierung soll der in D10 vorgeschlagene Hauptwirkstoff Levodopa dabei als Vorstufe des Farbpigments Melanin fungieren (D10: Spalte 2, Zeilen 30 bis 34).

Der andere in der Entgegenhaltung D10 angegebene Wirkmechanismus von Levodopa, der für die Förderung des Haarwuchses verantwortlich ist, besteht in der Steigerung der lokalen Durchblutung (Mikrozirkulation) im Bereich der Haarfollikel, wo die Haare gebildet werden. Diese Wirkung soll durch Synergisten verstärkt werden, insbesondere durch Kreatinphosphat, das laut der Entgegenhaltung D10 (Spalte 2, Zeilen 24 bis 29, 35 bis 55) die besagte Aktivierung der Mikrozirkulation

verstärkt und einer Schwächung der Haarfollikel entgegenwirkt.

In D10 wird außerdem eine als "reinvigoration" bezeichnete kräftigende oder belebende Wirkung auf bestehende Haare ("reinvigorating existing hair") erwähnt, wobei nicht erläutert wird, worin genau diese Wirkung besteht. Sie wird allerdings auch in Verbindung mit der Anregung des Wachstums neuer Haare genannt (siehe D10, Spalte 1, Zeilen 2 bis 3: "which is effective in reinvigorating and stimulating new hair growth"; Spalte 2, Zeilen 51 bis 53: "a quicker, more intensive action in support of new hair growth and hair reinvigoration").

In Verbindung mit dem für die Kombination von Levodopa und Kreatinphosphat ausschließlich angegebenen Wirkmechanismus, der auf die Verbesserung der Durchblutung und Sauerstoffversorgung im Bereich der für den Haarwuchs verantwortlichen Haarfollikel abzielt, würden diese Textpassagen den Leser bei der Lektüre von D10 zu dem Schluss führen, dass neben dem Wachstum neuer Haare auch das Wachstum bestehender Haare angeregt oder aufrechterhalten werden soll und es also bei dem Ausdruck "reinvigoration of existing hair" ebenfalls um die Belebung oder Kräftigung des Haarwuchses durch Anregung der Mikrozirkulation geht.

Jedenfalls ist eine direkte Einwirkung von Kreatinphosphat auf eine bereits bestehende geschädigte Haarfaserstruktur, resultierend in einer Restrukturierung, Stärkung und Härtung der betreffenden Haarfasern, aus der Offenbarung von D10 nicht zu entnehmen.

10.9 Die Entgegenhaltung D17 empfiehlt die Anwendung amino-säureangereicherter Filtrate von Kulturmedien bestimmter Mikroorganismen als Kosmetikwirkstoff zur Behandlung von Haut und Kopfhaut, insbesondere um in den Hautzellen die Synthese von Phosphokreatin (= Kreatinphosphat) als Energiespeichermolekül anzuregen. Die besagten Filtrate sind laut D17 auch dazu geeignet, den Zustand der Haare zu verbessern, was die Aspekte Glanz, Weichheit und Kraft ("vigueur") betrifft (D17: Anspruch 1; Seite 4, Zeilen 1 bis 4). Bei den Fermentationsfiltraten handelt es sich um Substanzgemische, deren genaue Zusammensetzung nicht offenbart wird. Es wird zwar angegeben (D17: Seite 2, Zeilen 9 bis 12), dass das eingesetzte Kulturmedium bestimmte Aminosäuren als Vorläufer der Kreatinsynthese enthält, hieraus ist aber nicht ersichtlich, ob das nach erfolgter Fermentation gewonnene Fermentationsfiltrat Kreatin oder Kreatinphosphat enthält und welcher Bestandteil des Gemischs für die in D17 angesprochene Verbesserung des Haarzustands verantwortlich sein könnte.

Aus den in D17 enthaltenen Informationen lässt sich daher keine technische Lehre bezüglich der möglichen Wirkungen von Kreatin oder Kreatinphosphat auf Haarfasern ableiten.

10.10 Bei der Entgegenhaltung D21 handelt es sich um eine Patentschrift aus dem Gebiet der Behandlung von spinnfähigen oder versponnenen Fasern und ähnlichen textilen Fasermaterialien, wobei Wolle, Pflanzenfasern, Kunstseide, Haare, z.B. Felle, oder Federn genannt werden.

D21 enthält keinen Hinweis auf menschliche Haare oder deren kosmetische Pflege. Die Faserbehandlung im Sinne

von D21 ist auch nicht als besonders nahe verwandtes technisches Nachbargebiet der kosmetischen Haarpflege anzusehen, dessen Entwicklung der Fachmann auf dem Gebiet der kosmetischen Haarpflege routinemäßig verfolgen würde, da sich auf diesem Gebiet nicht üblicherweise in großem Umfang die gleichen oder ähnliche Probleme stellen.

Die Kammer ist daher zu dem Schluss gelangt, dass der Fachmann die Entgegenhaltung D21 nicht zur Lösung einer technischen Aufgabe auf dem Gebiet der kosmetischen Haarpflege herangezogen hätte.

10.11 Damit wird die beanspruchte Verwendung weder durch die technische Lehre der Entgegenhaltung D4 allein noch durch ihre Kombination mit der technischen Lehre der weiteren genannten Entgegenhaltungen nahegelegt.

10.12 Die Ansprüche des Hilfsantrags erfüllen damit das Erfordernis von Artikel 56 EPÜ.

## **Entscheidungsformel**

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

1. Die angefochtene Entscheidung wird aufgehoben.
  
2. Die Angelegenheit wird an die erste Instanz zurückverwiesen mit der Anweisung, das Patent aufrechterhalten auf der Basis der Ansprüche des mit Schreiben vom 8. September 2010 eingereichten Hilfsantrags und einer noch anzupassenden Beschreibung.

Der Geschäftsstellenbeamte:

Der Vorsitzende:

S. Fabiani

J. Riolo