

Interner Verteilerschlüssel:

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

**Datenblatt zur Entscheidung
vom 23. April 2015**

Beschwerde-Aktenzeichen: T 0015/12 - 3.3.10

Anmeldenummer: 02785319.1

Veröffentlichungsnummer: 1474099

IPC: A61K8/894, A61K8/06, A61K8/60,
A61K8/86, A61K8/891, A61Q17/02,
A61Q17/04, A61Q19/00, A61Q19/04

Verfahrenssprache: DE

Bezeichnung der Erfindung:
DÜNNFLÜSSIGE, SPRÜHBARE W/O EMULSIONEN

Patentinhaber:
Beiersdorf AG

Einsprechenden:
Dalli-Werke Wäsche-und Körperpflege GmbH & Co KG
Henkel AG & Co. KGaA
DM-Drogerie Markt GmbH + Co.KG

Stichwort:

Relevante Rechtsnormen:
EPÜ Art. 56

Schlagwort:
Erfinderische Tätigkeit - alle Anträge (nein)

Zitierte Entscheidungen:

Orientierungssatz:



Beschwerdekammern
Boards of Appeal
Chambres de recours

European Patent Office
D-80298 MUNICH
GERMANY
Tel. +49 (0) 89 2399-0
Fax +49 (0) 89 2399-4465

Beschwerde-Aktenzeichen: T 0015/12 - 3.3.10

E N T S C H E I D U N G
der Technischen Beschwerdekammer 3.3.10
vom 23. April 2015

Beschwerdeführer: Dalli-Werke Wäsche-und Körperpflege GmbH & Co KG
(Einsprechender 1) Zweifaller Strasse 120
52224 Stolberg (DE)

Vertreter: f & e patent
Fleischer, Engels & Partner mbB, Patentanwälte
Braunsberger Feld 29
51429 Bergisch Gladbach (DE)

Beschwerdeführer: Henkel AG & Co. KGaA
(Einsprechender 2) Henkelstrasse 67
40589 Düsseldorf (DE)

Vertreter: Henkel AG & Co. KGaA
Intellectual Property (FJI)
40191 Düsseldorf (DE)

Beschwerdegegner: Beiersdorf AG
(Patentinhaber) 6713-Patentabteilung
Unnastrasse 48
20245 Hamburg (DE)

Vertreter: Muth, Heinz-Peter
Uexküll & Stolberg
Patentanwälte
Beselerstrasse 4
22607 Hamburg (DE)

Weiterer DM-Drogerie Markt GmbH + Co.KG
Verfahrensbeteiligter: Carl-Metz-Strasse 1
(Einsprechender 3) 76185 Karlsruhe (DE)

Vertreter: Lemcke, Brommer & Partner
Patentanwälte Partnerschaft mbB
Bismarckstraße 16
76133 Karlsruhe (DE)

Angefochtene Entscheidung: **Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung
des Europäischen Patentamts über die
Aufrechterhaltung des europäischen Patents
Nr. 1474099 in geändertem Umfang, zur Post
gegeben am 16. November 2011.**

Zusammensetzung der Kammer:

Vorsitzender P. Gryczka
Mitglieder: J. Mercey
 C. Schmidt

Sachverhalt und Anträge

- I. Gegen die Zwischenentscheidung der Einspruchsabteilung, mit der das europäische Patent Nr. 1 474 099 in geänderter Fassung aufrechterhalten wurde, reichten die Beschwerdeführerin I (Einsprechende I) und Beschwerdeführerin II (Einsprechende II) Beschwerde ein. Anspruch 1 des aufrechterhaltenen Hauptantrages lautete:

"Dünnflüssige, sprühbare W/O Emulsionen mit einem reduzierten Silikongehalt als kosmetische und dermatologische Zubereitungen, enthaltend - neben weiteren kosmetischen/dermatologischen Zusatz- bzw. Hilfsstoffen - ein Emulgatorsystem aus:
A mindestens einem Silikonemulgator (W/S) mit einem HLB-Wert ≤ 8 ,
B mindestens einem W/O-Emulgator mit einem HLB-Wert < 7 und
C mindestens einem O/W-Emulgator mit einem HLB-Wert > 10 ,
und einem Silikonölgehalt unter 25 Gew.-% (bezogen auf das Gesamtgewicht der Zubereitung) und einer oder mehreren Lipide und/oder Öle enthaltenden Fettphase, dadurch gekennzeichnet, dass der oder die W/O-Emulgator(en) B aus der Klasse der Polyglycerin-emulgatoren gewählt wird/werden."

- II. Im Verfahren vor der Einspruchsabteilung war das Streitpatent in seinem gesamten Umfang von den Beschwerdeführerinnen und der weiteren Verfahrensbeteiligten (Einsprechende III) wegen mangelnder Neuheit und erfinderischer Tätigkeit (Artikel 100 a) EPÜ) sowie mangelnder Ausführbarkeit (Artikel 100 b) EPÜ) und mangelnder Offenbarung in der ursprünglich eingereichten Anmeldung (Artikel 100 c)

EPÜ) angegriffen worden. Zur Stützung der Einsprüche wurden unter anderem die folgenden Druckschriften herangezogen:

- (3) EP-A-856 305 und
- (5) US-A-4 563 346.

III. Die Einspruchsabteilung stellte in der angefochtenen Entscheidung fest, dass der Gegenstand der Ansprüche des damaligen Hauptantrages ausführbar, gegenüber u.a. der Druckschrift (3) neu und ausgehend von der Druckschrift (5) als nächstliegendem Stand der Technik erfinderisch sei. Die geänderten Ansprüche erfüllten auch die Erfordernisse des Artikels 123 (2) EPÜ.

IV. Die Beschwerdegegnerin (Patentinhaberin) reichte mit Schreiben vom 16. Oktober 2012 die Hilfsanträge 1 bis 18 und mit Schreiben vom 23. März 2015 die Hilfsanträge 19 und 20 ein.

Der Anspruch 1 des Hilfsantrages 1 unterscheidet sich vom Anspruch 1 des Hauptantrages nur durch die Einführung eines Disclaimers.

Der Anspruch 1 des Hilfsantrages 2 unterscheidet sich vom Anspruch 1 des Hauptantrages nur dadurch, dass der Silikonölgehalt 5 bis 20 Gew.-% beträgt.

Der Anspruch 1 des Hilfsantrages 3 unterscheidet sich vom Anspruch 1 des Hauptantrages nur dadurch, dass das Gewichtsverhältnis A:B:C wie a:b:c zu wählen ist, wobei a, b und c unabhängig voneinander rationale Zahlen von 1 bis 5 sind.

Der Anspruch 1 des Hilfsantrages 4 unterscheidet sich vom Anspruch 1 des Hilfsantrages 3 nur dadurch, dass a,

b und c unabhängig voneinander rationale Zahlen von 1 bis 3 sind.

Der Anspruch 1 des Hilfsantrages 5 ist eine Kombination des jeweiligen Anspruchs 1 der Hilfsanträge 2 und 3.

Der Anspruch 1 des Hilfsantrages 6 ist eine Kombination des jeweiligen Anspruchs 1 der Hilfsanträge 2 und 4.

Der jeweilige Anspruch 1 der Hilfsanträge 7 und 8 unterscheidet sich vom Anspruch 1 des Hilfsantrages 2 nur dadurch, dass die Gesamtmenge der Emulgatoren A, B und C aus dem Bereich von 0,1 bis 15 Gew.-% bzw. 0,5 bis 10 Gew.-% bezogen auf das Gesamtgewicht der Zubereitung beträgt.

Der Anspruch 1 des Hilfsantrages 9 ist eine Kombination des jeweiligen Anspruchs 1 der Hilfsanträge 5 und 8.

Der Anspruch 1 des Hilfsantrages 19 ist eine Kombination des jeweiligen Anspruchs 1 der Hilfsanträge 6 und 8.

Die Hilfsanträge 10 bis 18 und 20 unterscheiden sich von den Hilfsanträgen 1 bis 9 und 19 nur dadurch, dass der jeweilige Anspruch 11 gestrichen worden ist und die nachfolgenden Ansprüche dementsprechend unnummeriert worden sind.

- V. Die Beschwerdeführerinnen trugen vor, dass die Erfindung nicht ausführbar, u.a. gegenüber der Druckschrift (3) nicht neu sei, und dass die in vielen Hilfsanträgen vorgenommenen Änderungen der Ansprüche über die ursprünglich Offenbarung hinausgehen. Darüber hinaus wurde beantragt, alle Anträge, die nicht schon

im Einspruchsverfahren vorgelegt worden seien, zum Beschwerdeverfahren nicht zuzulassen.

Die Beschwerdeführerinnen trugen weiter vor, dass der Gegenstand des Anspruchs 1 aller Anträge durch eine Kombination der Druckschriften (5) und (3) nahegelegt worden sei. Die Beispiele 1 und 2 der Druckschrift (5) seien im von der Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 19. September 2011 eingereichten Vergleichsversuch (36) nicht korrekt nachgestellt worden, weil dort eine O/W-Emulsion und nicht - wie in der Druckschrift (5) beschrieben - eine W/O-Emulsion hergestellt worden sei. Selbst wenn der Fachmann von einer O/W-Emulsion ausginge, seien die anspruchsgemäßen W/O-Emulsionen trotzdem naheliegend, da es zum allgemeinen Fachwissen gehöre, dass W/O-Emulsionen auf der Haut wasserfester als O/W-Emulsionen seien, und dass ein verbessertes Sprühbild eine zwangsläufige Folge der Versprühung einer W/O- anstatt einer O/W-Emulsion sei. Eine W/O-Emulsion enthaltend drei Emulgatoren der Typen A, B und C werde durch die Druckschrift (3) bereits gelehrt.

- VI. Die Beschwerdegegnerin trug vor, dass der Gegenstand aller Anträge ausgehend von der Druckschrift (5) erfinderisch sei. Der Vergleichsversuch (36), der durch die mit Schreiben vom 23. März 2015 eingereichte Erklärung (43) ergänzt wurde, zeige, dass die Emulsion gemäß Beispiel 1 der Druckschrift (5) eine O/W- und keine W/O- Emulsion sei, und dass die erfindungsgemäßen Emulsionen ein verbessertes Sprühbild und verbesserte Wasserfestigkeit ergäben. Die Druckschrift (5) weise von der vorliegenden Erfindung weg, da sie lehre, dass Silikonemulgatoren für die darin beschriebenen Emulsionen nicht notwendig seien. Anhand des mit ihrem Schreiben vom 24. Januar 2011 eingereichten Versuchsberichts (14) argumentierte sie, dass der

Fachmann die Lehre der Druckschrift (3) nicht herangezogen hätte, da beim Nacharbeiten des Beispiels 1 der Druckschrift (3), eine steife Creme und keine dünnflüssige sprühbare Emulsion erhalten worden sei.

Die Beschwerdegegnerin argumentierte, dass der Gegenstand der Hilfsanträge 3 bis 6, 9 und 19 aufgrund des Gewichtsverhältnisses der drei Emulgatoren zusätzlich erfinderisch sei.

Die Beschwerdegegnerin räumte in der mündlichen Verhandlung ein, dass keine der in den jeweiligen Anspruch 1 der Hilfsanträge 1, 2, 7 und 8 eingeführten Merkmale für die erfinderische Tätigkeit von Relevanz seien. Die Hilfsanträge 10 bis 18 und 20, worin der erteilte Anspruch 11 gestrichen wurde, seien wegen des Angriffes unter Artikel 100 (b) EPÜ auf diesen Anspruch eingereicht.

VII. Die Beschwerdeführerinnen beantragten, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und das Patent zu widerrufen.

Die Beschwerdegegnerin beantragte, die Beschwerde zurückzuweisen, oder, hilfsweise, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und das Patent auf Grundlage der mit Schreiben vom 16. Oktober 2012 eingereichten Hilfsanträge 1 bis 18 oder der mit Schreiben vom 23. März 2015 eingereichten Hilfsanträge 19 und 20 aufrechtzuerhalten.

VIII. Die mündliche Verhandlung fand am 23. April 2015 in Abwesenheit der Beschwerdeführerin II und der weiteren Verfahrensbeteiligten statt, die nach ordnungsgemäßer Ladung angekündigt hatten nicht teilzunehmen. Am Ende der mündlichen Verhandlung wurde die Entscheidung der Kammer verkündet.

Entscheidungsgründe

1. Die Beschwerden sind zulässig.
2. *Erfinderische Tätigkeit*

Hauptantrag

- 2.1 Das Streitpatent (siehe Ansprüche 1 und 9) betrifft dünnflüssige, sprühbare W/O Emulsionen als kosmetische und dermatologische Zubereitungen, die drei Emulgatoren enthalten, wovon einer ein W/O-Emulgator mit einem HLB-Wert < 7 und aus der Klasse der Polyglycerin-emulgatoren gewählt wird. Diese Zubereitungen können auch Lichtschutzmittel enthalten.
- 2.2 Die Kammer erachtet, im Einklang mit den Beschwerdeführerinnen, der Beschwerdegegnerin und der Einspruchsabteilung, die Druckschrift (5) als nächstliegenden Stand der Technik und Ausgangspunkt bei der Beurteilung der erfinderischen Tätigkeit.
 - 2.2.1 Die Druckschrift (5) beschreibt ebenfalls dünnflüssige, sprühbare W/O Emulsionen als Sonnenschutzformulierungen. Insbesondere beschreibt diese Druckschrift (siehe Anspruch 1) Wasser in Silikonöl-Emulsionen mit einer Viskosität < 10 Centipoise, die 5 bis 40 Gew.% Silikonöl und 1 bis 10 Gew.% eines nicht-ionischen lipophilen Emulgators mit einem HLB-Wert < 7 z.B. Polyglyceryl-2-Sesquioleat enthalten, die in Sprühformulierungen verwendet werden können (siehe Spalte 2, Zeilen 54 bis 59). Beispiel 1 dieser Druckschrift beschreibt eine dünne W/O-Emulsion enthaltend Decamethylcyclopentasiloxan (15 Gew.%) und

Dioleylmethylglucosid (3 Gew.%), die im Beispiel 2 mit einem Treibgas gemischt wird.

- 2.2.2 Die Beschwerdegegnerin argumentierte anhand ihres Versuchsberichts (36), dass die Druckschrift (5) in Wirklichkeit O/W- und nicht W/O-Emulsionen beschreibe. Im Versuchsbericht (36) sei das Beispiel 1 der Druckschrift (5) nachgestellt worden und damit belegt, dass sich der Produkt gleichwohl nicht um eine W/O- sondern um eine O/W-Emulsion handele. Sie argumentierte, dass der Beweislast deswegen jetzt bei den Beschwerdeführerinnen läge, wenn sie behaupteten, dieses Beispiel sei von der Beschwerdegegnerin fehlerhaft nachgearbeitet. Im Laufe des langen Einspruchs/Beschwerdeverfahrens sei jedoch das Beispiel 1 der Druckschrift (5) von keiner der Beschwerdeführerinnen nachgearbeitet worden, um ihre Behauptungen, es handele sich doch um eine W/O-Emulsion, zu untermauern.
- 2.2.3 Die Beschwerdeführerin I argumentierte, dass es nicht notwendig sei, das Beispiel nachzustellen, da die Lehre der Druckschrift (5) absolut eindeutig sei. Denn nicht nur in diesem Beispiel sondern in der ganzen Druckschrift sei nur von W/O-Emulsionen die Rede.
- 2.2.4 Da es auf diesen Streit allenfalls dann ankommen könnte, wenn die erfinderische Tätigkeit zu bejahen wäre, soll im Folgenden zugunsten der Beschwerdegegnerin zunächst ausgegangen werden, dass der Produkt des Beispiels 1 der Druckschrift (5) in der Tat eine O/W-Emulsion und nicht wie dort angegeben eine W/O-Emulsion ist.
- 2.3 Ausgehend von diesem Stand der Technik liegt dem Streitpatent, gemäß den Ausführungen der

Beschwerdegegnerin, die Aufgabe zugrunde, stabile, dünnflüssige Emulsionen mit einem verbessertem Sprühbild und verbesserter Wasserfestigkeit bereitzustellen.

- 2.4 Zur Lösung dieser Aufgabe schlägt Anspruch 1 des Hauptantrages W/O-Emulsionen enthaltend drei Emulgatoren vor.
- 2.4.1 Zum Beleg für eine erfolgreiche Lösung der patentgemäßen Aufgabe hat die Beschwerdegegnerin auf den Versuchsbericht (36), der durch die Erklärung (43) ergänzt worden ist, verwiesen.
- 2.4.2 In diesem Versuchsbericht wird Beispiel 1 der Druckschrift (5) nachgestellt und die daraus resultierende Emulsion mit einer Treibgas Mischung gemäß Beispiel 2 der Druckschrift (5) versetzt. Dieses Produkt wird dann mit einer Sprühformulierung verglichen, in der die Emulgatorauswahl gemäß Anspruch 1 des Streitpatentes abgeändert wurde. Im ersten Fall wurde bei Austragung durch einen Aerosol-Sprühkopf ein Schaum erzeugt, der nicht stabil war und nach 30 Sekunden in sich zusammenfiel, wohingegen im zweiten Fall eine stabile, versprühte W/O-Emulsion erzeugt wurde, die innerhalb eines Zeitraums von 35 Sekunden nicht verfiel.

Die ergänzende Erklärung (43) räumt die im Punkt 6.2 des Bescheids vom 12. November 2014 erwähnten Zweifel der Kammer bezüglich der Vergleichbarkeit der Beispiele im Versuchsbericht (36) aus dem Weg, so dass ein verbessertes Sprühbild für eine W/O-Emulsion enthaltend drei Emulgatoren gemäß dem Streitpatent gegenüber einer O/W-Emulsion enthaltend einen Emulgator gemäß Beispiel 1 der Druckschrift (5) anerkannt werden kann. Dass eine

W/O-Emulsion auf der Haut wasserfester als eine O/W-Emulsion ist, wurde von allen Parteien aufgrund allgemeinen Fachwissens anerkannt.

2.5 Es bleibt zu untersuchen, ob der Stand der Technik dem Fachmann Anregungen bot, die genannte Aufgabe durch die Bereitstellung der anspruchsgemäßen Emulsionen zu lösen.

2.5.1 Nach dem Vortrag beider Parteien gehört es zum allgemeinen Fachwissen, dass W/O-Emulsionen auf der Haut wasserfester sind als O/W-Emulsionen. Beide Parteien trugen auch vor, dass das verbesserte Sprühbild eine zwangsläufige Folge der Versprühung einer W/O- anstatt einer O/W-Emulsion sei, da bei Begasung einer Emulsion aus Öl und Wasser, das lipophile Treibmittel nach dem Öl in der Emulsion strebe. Dies führe dazu, dass O/W-Emulsionen, die mit einem Treibgas versetzt worden seien, bei Versprühung einen instabilen Schaum erzeugten, wohingegen W/O-Emulsionen, zu stabilen, versprühten W/O-Emulsionen führten. Dem stimmt die Kammer zu.

2.5.2 Der Fachmann, der vor der Aufgabe stand, dünnflüssige, sprühbare Emulsionen mit verbessertem Sprühbild und verbesserter Wasserfestigkeit zur Verfügung zu stellen, wird also nach flüssigen W/O-Emulsionen streben und daher von der Druckschrift (3) angesprochen werden.

2.5.3 Druckschrift (3) beschreibt eine flüssige W/O-Emulsion als kosmetisches Produkt (siehe Beispiel 1), enthaltend u.a. Cetyl Dimethiconcopolyol, Polyglyceryl-4-isostearat und Polysorbat 20. Diese Stoffe sind Emulgatoren der Typen (A), (B) bzw. (C). Diese Emulsion hat ausgezeichnete Eigenschaften und ist wasserfest (siehe Spalte 9, Zeilen 23 bis 25). Daher würde der

Fachmann ein solches Emulgatorsystem übernehmen, wenn er eine stabile W/O-Emulsion mit verbessertem Sprühbild und verbesserter Wasserfestigkeit bereitstellen möchte.

2.5.4 Die Kammer kommt in Anbetracht der obigen Feststellungen zu dem Ergebnis, dass die Druckschrift (3) dem Fachmann eine spezifische und konkrete Anregung bietet, die unter Punkt 2.3 festgelegte patentgemäße Aufgabe zu lösen, wodurch er zwanglos zum anspruchsgemäßen Verfahren gelangt.

2.6 Aus folgenden Gründen kann das Vorbringen der Beschwerdegegnerin zur Stützung der erfinderischen Tätigkeit die Kammer nicht überzeugen.

2.6.1 Das Argument der Beschwerdegegnerin, die Druckschrift (5) weise von der vorliegenden Erfindung weg, mit der Folge, dass die anspruchsgemäßen Emulsionen nicht nahegelegen habe, hält die Kammer für nicht stichhaltig.

Die herangezogene Passage der Druckschrift (5) lehrt lediglich, dass durch die Verwendung eines nicht-ionischen lipophilen Emulgators mit einem HLB-Wert < 7 Silikonemulgatoren nicht mehr "notwendig" sind. Diese Druckschrift lehrt jedoch nicht, dass solche Emulgatoren stören oder unerwünscht sind. Darüber hinaus zeigte die Beschwerdegegnerin selbst anhand ihres Versuchsberichts (36), dass die Emulsionen gemäß der Druckschrift (5), die keine Silikonemulgatoren enthalten, keine W/O-Emulsionen sind. Daraus hätte der Fachmann den Rückschluss ziehen können, dass ein solcher Silikonemulgator doch nicht unerlässlich sei, um W/O-Emulsionen zu bilden. Aus diesem Grunde kann die Lehre dieser Druckschrift nicht von der erfindungsgemäßen Lösung weg weisen.

- 2.6.2 Die Beschwerdegegnerin argumentierte auch, dass der Fachmann die Lehre der Druckschrift (3) nicht herangezogen hätte, da beim Nacharbeiten des Beispiels 1 der Druckschrift (3) (siehe Versuchsbericht (14)), eine hochviskose, pastöse W/O-Emulsion erhalten worden sei, die weder dünnflüssig noch sprühbar sei.

Dem vermag die Kammer nicht zu folgen. Sie ist vielmehr zu dem Ergebnis gelangt, dass der Fachmann die Lehre der Druckschrift (3) wörtlich verstehen und dem Beispiel 1 eine **flüssige** W/O-Emulsion entnehmen würde. Die Druckschrift (3) lehrt ohnehin (siehe Spalte 8, Zeilen 37 bis 39), dass abhängig von der Wassermenge, die Konsistenz der erfindungsgemäßen Emulsionen von einer Flüssigkeit zu einer Paste bis zu einem Feststoff reichen. Insofern weiß der Fachmann, wie (dünn)flüssige Emulsionen herzustellen sind. Daher spricht nichts gegen die Annahme, dass der Fachmann das Emulgatorsystem gemäß dem einzigen Beispiel der Druckschrift (3) in die dünnflüssige Zusammensetzungen gemäß der Druckschrift (5) übernommen hätte.

- 2.7 Der Gegenstand des geltenden Anspruchs 1 stellt daher eine naheliegende Lösung der patentgemäßen Aufgabe dar und beruht deshalb nicht auf einer erfinderischen Tätigkeit. Es kann daher dahinstehen, ob die Druckschrift (5) O/W- oder W/O-Emulsionen offenbart.

Hilfsanträge 1, 2, 7 und 8

3. Der in den Anspruch 1 des Hilfsantrages 1 gegenüber dem Anspruch 1 des Hauptantrages enthaltene Disclaimer dient dazu, Neuheit gegenüber einer Druckschrift, die Stand der Technik unter Artikel 54(3) EPÜ darstellt, herzustellen.

Das in den Anspruch 1 des Hilfsantrages 2 gegenüber dem Anspruch 1 des Hauptantrages eingeführte Merkmal, nämlich wonach der Silikonölgehalt von 5 bis 20 Gew.-% beträgt, ist bereits aus Beispiel 1 der nächstliegenden Druckschrift (5) bekannt. Dessen Produkt weist einen Decamethylcyclopentasiloxangehalt von 15 Gew.% auf. Dieses Merkmal kann somit nicht zur erfinderischen Tätigkeit des Gegenstandes des Anspruchs 1 des Hilfsantrages 1 gegenüber der Druckschrift (5) beitragen.

Die in den jeweiligen Anspruch 1 der Hilfsanträge 7 und 8 gegenüber dem Anspruch 1 des Hilfsantrages 2 eingeführten Merkmale, nämlich dass die Gesamtmenge der Emulgatoren A, B und C aus dem Bereich von 0,1 bis 15 Gew.-% bzw. 0,5 bis 10 Gew.-% bezogen auf das Gesamtgewicht der Zubereitung beträgt, sind auch bereits aus Beispiel 1 der nächstliegenden Druckschrift (5) bekannt. Dessen Produkt weist ein Emulgatorgehalt (nämlich Dioleilmethylglucosid) von 3 Gew.% auf. Diese Merkmale können somit ebenfalls nicht zur erfinderischen Tätigkeit des Gegenstandes des jeweiligen Anspruchs 1 der Hilfsanträge 7 und 8 gegenüber der Druckschrift (5) beitragen.

- 3.1 Die Beschwerdegegnerin räumte ein, dass keine dieser eingeführten Merkmale zur erfinderischen Tätigkeit beitrage.
- 3.2 Folglich trifft der gegen den Anspruch 1 des Hauptantrages erhobene Einwand des Naheliegens (siehe Punkt 2 *supra*) auch den Gegenstand des jeweiligen Anspruchs 1 der Hilfsanträge 1, 2, 7 und 8. Daraus ergibt sich notwendigerweise die gleiche Schlussfolgerung, nämlich dass das Streitpatent gemäß

Hilfsanträge 1, 2, 7 und 8 ebenfalls nicht erfinderisch ist.

Hilfsanträge 3 bis 6, 9 und 19

4. In dem jeweiligen Anspruch 1 der Hilfsanträge 3, 5 und 9 wurde gegenüber dem jeweiligen Anspruch 1 des Hauptantrages bzw. der Hilfsanträge 2 und 8 das Merkmal eingeführt, dass das Gewichtsverhältnis A:B:C wie a:b:c zu wählen ist, wobei a, b und c unabhängig voneinander rationale Zahlen von 1 bis 5 sind. Der jeweilige Anspruch 1 der Hilfsanträge 4, 6 und 19 unterscheidet sich vom dem jeweiligen Anspruch 1 der Hilfsanträge 3, 5 und 9 nur dadurch, dass a, b und c unabhängig voneinander rationale Zahlen von 1 bis 3 sind.

4.1 Nachdem jedoch kein technischer Effekt für die beanspruchten Gewichtsverhältnisse der drei Emulgatoren gezeigt worden ist, sind die ausgewählten Verhältnisse von 1 bis 5 bzw. von 1 bis 3 weder zielgerichtet noch kritisch, sondern rein willkürlich. Die vorgenommene Auswahl dieser Gewichtsverhältnisse stellt also lediglich eine Routinetätigkeit dar, die keines erfinderischen Zutuns des Fachmanns bedurfte.

4.2 Die Beschwerdegegnerin argumentierte, dass Druckschrift (3) kein Gewichtsverhältnis der drei Emulgatoren lehre, weil ihr Beispiel 1 keine genaue Angaben zur Mengen der Emulgatoren vom Typ A und Typ B sondern nur eine Gesamtmenge zusammen mit Hexyllaurat angebe.

Die Lehre der Druckschrift (3) ist jedoch nicht nur auf ihr einziges Beispiel beschränkt, sondern lehrt im Allgemeinen, dass mehrere Emulgatoren verwendet werden können und dass diese (Cetyl)Dimethiconcopolyol und/oder Polyglyceryl-4-isostearat als W/O-Emulgatoren und

Polysorbat 20 als O/W-Emulgator sein können (siehe Spalte 5, Zeile 38 bis Spalte 6, Zeile 2). Mögliche Mengen der jeweiligen Typen von Emulgatoren werden in Spalte 6, Zeilen 20 bis 25 angegeben, so dass es lediglich eine Routinetätigkeit für den Fachmann darstellt, Gewichtsverhältnisse der drei Emulgatoren, die zu stabilen W/O-Emulsionen führen, zu ermitteln. Jedenfalls wurde, wie im Punkt 5.1 oben festgestellt, sowieso nicht gezeigt, dass andere Gewichtsverhältnisse nicht genauso geeignet wären.

- 4.3 Folglich trifft der gegen den Anspruch 1 des Hauptantrages erhobene Einwand des Naheliegens (siehe Punkt 2 *supra*) auch den Gegenstand des jeweiligen Anspruchs 1 der Hilfsanträge 3 bis 6, 9 und 19. Daraus ergibt sich notwendigerweise die gleiche Schlussfolgerung, nämlich dass das Streitpatent gemäß Hilfsanträge 3 bis 6, 9 und 19 ebenfalls nicht erfinderisch ist.

Hilfsanträge 10 bis 18 und 20

5. Anspruch 1 der jeweiligen Hilfsanträge 10 bis 18 und 20 ist identisch mit dem Anspruch 1 der jeweiligen Hilfsanträge 1 bis 9 und 19. Daher sind die Hilfsanträge 10 bis 18 und 20 aus den gleichen Gründen wie die Hilfsanträge 1 bis 9 und 19 ebenfalls nicht gewährbar.

6. *Zulässigkeit von Hilfsanträgen, Neuheit (Artikel 100 a) EPÜ), Ausführbarkeit (Artikel 100 b) EPÜ) und Änderungen (Artikel 123(2) EPÜ)*

- 6.1 Die Beschwerdeführerinnen trugen vor, dass die Erfindung nicht ausführbar und - u.a. gegenüber der Druckschrift (3) - nicht neu sei. Weiter argumentierten

sie, dass die in vielen Hilfsanträgen vorgenommenen Änderungen der Ansprüche in der ursprünglich eingereichten Anmeldung nicht offenbart seien. Schließlich wurde beantragt, alle Anträge, die nicht im Einspruchsverfahren vorgelegt worden seien, zum Verfahren nicht zuzulassen.

- 6.2 Diese Fragen können jedoch dahinstehen, da der Gegenstand aller Anträge nicht auf einer erfinderischen Tätigkeit) beruht.

Entscheidungsformel

Aus diesen Gründen wird entschieden:

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

Der Geschäftsstellenbeamte:

Der Vorsitzende:



P. Martorana

P. Gryczka

Entscheidung elektronisch als authentisch bestätigt