

Interner Verteilerschlüssel:

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

**Datenblatt zur Entscheidung
vom 10. Januar 2017**

Beschwerde-Aktenzeichen: T 0803/14 - 3.3.09

Anmeldenummer: 06026656.6

Veröffentlichungsnummer: 1825764

IPC: A23L1/035, A23L1/27, A23L2/58

Verfahrenssprache: DE

Bezeichnung der Erfindung:
Emulgatorzusammensetzung und deren Verwendung

Patentinhaberin:
Sensient Colors Europe GmbH

Einsprechende:
Rudolf Wild GmbH & Co. KG

Stichwort:

Relevante Rechtsnormen:
EPÜ Art. 54, 56, 123(2)

Schlagwort:
Hauptantrag: Neuheit - (nein)
Hilfsantrag 16: Änderungen: unzulässige Erweiterung - (nein)
Hilfsantrag 16: Erfinderische Tätigkeit - (ja)

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 0803/14 - 3.3.09

E N T S C H E I D U N G
der Technischen Beschwerdekammer 3.3.09
vom 10. Januar 2017

Beschwerdeführerin:
(Einsprechende)

Rudolf Wild GmbH & Co. KG
Rudolf-Wild-Strasse 107-115
69214 Eppelheim (DE)

Vertreter:

Grünecker Patent- und Rechtsanwälte
PartG mbB
Leopoldstraße 4
80802 München (DE)

Beschwerdegegnerin:
(Patentinhaberin)

Sensient Colors Europe GmbH
Geesthachter Strasse 103
21502 Geesthacht (DE)

Vertreter:

RGTH
Patentanwälte PartGmbH
Neuer Wall 10
20354 Hamburg (DE)

Angefochtene Entscheidung:

Entscheidung der Einspruchsabteilung des Europäischen Patentamts, die am 20. Januar 2014 zur Post gegeben wurde und mit der der Einspruch gegen das europäische Patent Nr. 1825764 aufgrund des Artikels 101 (2) EPÜ zurückgewiesen worden ist.

Zusammensetzung der Kammer:

Vorsitzender W. Sieber
Mitglieder: J. Jardón Álvarez
D. Prietzel-Funk

Sachverhalt und Anträge

I. Die Beschwerde der Einsprechenden richtet sich gegen die Entscheidung der Einspruchsabteilung, den Einspruch gegen das Patent EP 1 825 764 zurückzuweisen.

II. Das erteilte Patent enthielt neun Ansprüche, wobei Ansprüche 1 und 3 wie folgt lauteten:

"1. Emulgatorzusammensetzung zur Emulgierung zumindest eines fettlöslichen Farbstoffes in einem Lebensmittel, dadurch gekennzeichnet, dass sie, jeweils bezogen auf das Gewicht der Emulgatorzusammensetzung,

(a) zwischen 45 und 55 Gew.-% zumindest eines Lecithins und

(b) zwischen 55 und 45 Gew.-% zumindest eines Saccharoseesters von Fettsäuren umfasst, wobei

- die Fettsäure aus der Gruppe ausgewählt ist, die Palmitinsäure, Stearinsäure, Ölsäure, Laurinsäure und Erucasäure umfasst;
- das Lecithin aus der Gruppe ausgewählt ist, die Phosphatidylcholin, Phosphatidylethanolamin und Phosphatidylinosit umfasst;
- der fettlösliche Farbstoff ein Carotinoid ist und
- das Lebensmittel ein Fruchtgetränk oder eine Fruchtzusammensetzung ist."

"3. Emulgatorzusammensetzung nach Anspruch 2, dadurch gekennzeichnet, dass im Fall eines Saccharosediesters oder Saccharosetriesters die veresterten Fettsäuren gleich oder unterschiedlich voneinander sein können."

Die Ansprüche 2 und 4 bis 9 sind direkt bzw. indirekt auf den Anspruch 1 rückbezogen.

III. Die Einsprechende hatte den Widerruf des Patents im gesamten Umfang auf der Grundlage der Einspruchsgründe gemäß Artikel 100 a) EPÜ (mangelnde Neuheit und mangelnde erfinderische Tätigkeit) sowie gemäß Artikel 100 c) EPÜ beantragt.

Im Einspruchsverfahren wurde unter anderem auf folgende Dokumente Bezug genommen:

D1: WO 2007/047237 A1;

D2: EP 0 956 779 A1;

D3: GB 1 049 335 A;

D6: Ullmann's Encyclopedia of Industrial Chemistry. Fifth, Completely Revised Edition, Volume A15, VCH Verlagsgesellschaft mbH, Weinheim (Germany), 1990, Seiten 293 -294 (Lecithin);

D8: US 2002/0028280 A1; und

D16: Wikipediaauszug "Lecithine", (13 Seiten), nicht datiert.

IV. Die Entscheidung der Einspruchsabteilung kann wie folgt zusammengefasst werden:

- Anspruch 3 ergebe sich aus der Kombination der ursprünglichen Ansprüche 2 oder 3 mit Anspruch 6 und erfülle daher die Erfordernisse des Artikels 123(2) EPÜ.

- Bezüglich der Auslegung des Anspruchs 1 war die Einspruchsabteilung der Auffassung, dass die in Anspruch 1 definierten Lecithine sich auf die konkreten Verbindungen Phosphatidylcholin, Phosphatidylethanolamin und Phosphatidylinosit beschränken.
- Das verspätet eingereichte Dokument D8 wurde als *prima facie* relevant angesehen und in das Verfahren zugelassen.
- Der beanspruchte Gegenstand sei neu gegenüber D1, D2, D3 und D8.
- Der beanspruchte Gegenstand beruhe auch auf einer erfinderischen Tätigkeit. Ausgehend von D8 als nächstliegendem Stand der Technik sah die Einspruchsabteilung die zu lösende technische Aufgabe darin, ein Emulgatorsystem zur Verfügung zu stellen, welches Carotinoid in sauren Fruchtsaftgetränken oder Fruchtzusammensetzungen stabil emulgiert. Die Lösung dieser Aufgabe gemäß Anspruch 1 ergebe sich weder aus D8 allein noch in Kombination mit D2.

V. Gegen diese Entscheidung legte die Einsprechende (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde ein und begründete diese mit Schreiben vom 30. Mai 2014. Sie beantragte die angefochtene Entscheidung aufzuheben und das Patent vollständig zu widerrufen.

VI. In ihrer Stellungnahme vom 12. Dezember 2014 widersprach die Patentinhaberin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) dem Vorbringen der Beschwerdeführerin und beantragte die Beschwerde zurückzuweisen (Hauptantrag), hilfsweise das Patent

gemäß einem der mit der Beschwerdebegründung eingereichten Hilfsanträge 1 bis 15 aufrecht zu erhalten. Ferner beantragte sie, D8 nicht in das Verfahren zuzulassen. Außerdem reichte sie folgende Dokumente ein:

D19: Vergleichsversuche (8 Seiten, nicht datiert);

D20: Produktspezifikation "SOLECTM SF-10", Solae LLC, 4. Oktober 2012; und

D21: Wikipedia-Eintrag "Lecithin" (3 Seiten), nicht datiert.

- VII. In dem der Ladung zur mündlichen Verhandlung beigefügten Bescheid teilte die Kammer den Parteien mit, welche Punkte in der mündlichen Verhandlung zu diskutieren seien. Bezüglich der Auslegung des Anspruchs 1 bemerkte die Kammer, dass mit der Formulierung "das Lecithin aus der Gruppe ausgewählt ist, die ... umfasst" eine offene Anspruchsformulierung gewählt worden sei, und die Gruppe der Lecithine nicht auf die drei genannten Mitglieder beschränkt sei.
- VIII. Mit Schreiben vom 11. November 2016 reichte die Beschwerdegegnerin 18 neue Anspruchssätze (Hilfsanträge 16 bis 33) ein und beantragte, diese Hilfsanträge vor den Hilfsanträgen 1 bis 15 zu berücksichtigen.
- IX. Mit Schreiben vom 9. Dezember 2016 reichte die Beschwerdeführerin weitere Argumente zur Unterstützung ihres Vorbringens ein.
- X. Am 10. Januar 2017 fand eine mündliche Verhandlung statt. Während der Verhandlung nahm die

Beschwerdegegnerin den zuvor gestellten Antrag betreffend die Nichtzulassung von D8 zurück.

XI. Die für diese Entscheidung relevanten Anspruchssätze sind die erteilten Ansprüche (Hauptantrag, siehe Punkt II oben) und die Ansprüche des Hilfsantrags 16.

Ansprüche 1 und 3 des Hilfsantrags 16 lauten (Änderungen gegenüber den erteilten Ansprüchen fett gedruckt bzw. durchgestrichen):

"1. Emulgatorzusammensetzung zur Emulgierung zumindest eines fettlöslichen Farbstoffes in einem Lebensmittel, dadurch gekennzeichnet, dass sie, jeweils bezogen auf das Gewicht der Emulgatorzusammensetzung,

(a) zwischen 45 und 55 Gew.-% zumindest eines Lecithins und

(b) zwischen 55 und 45 Gew.-% zumindest eines Saccharoseesters von Fettsäuren umfasst, wobei

- die Fettsäure aus der Gruppe ausgewählt ist, die **aus** Palmitinsäure, Stearinsäure, Ölsäure, Laurinsäure und Erucasäure ~~umfasst~~ **besteht**;
- das Lecithin aus der Gruppe ausgewählt ist, die **aus** Phosphatidylcholin, Phosphatidylethanolamin und Phosphatidylinosit ~~umfasst~~ **besteht**;
- der fettlösliche Farbstoff ein Carotinoid ist und
- das Lebensmittel ein Fruchtgetränk oder eine Fruchtzusammensetzung ist."

"3. Emulgatorzusammensetzung nach Anspruch 2, dadurch gekennzeichnet,

dass im Fall eines Saccharosediesters oder Saccharosetriesters die veresterten Fettsäuren gleich oder unterschiedlich voneinander sein können."

Die Ansprüche 2 und 4 bis 7 sind direkt bzw. indirekt auf den Anspruch 1 rückbezogen.

XII. Die von der Beschwerdeführerin schriftlich und mündlich vorgebrachten Argumente können wie folgt zusammengefasst werden:

- Absatz [0022] der Patentschrift definiere eindeutig, dass unter den Begriff "Lecithine" auch die jeweilig hydrolisierten Stoffe (Lysolecithine) fallen, die mit ungefährlichen und geeigneten Enzymen gewonnen werden. Unabhängig von der Interpretation des Begriffs "umfasst", könne eine Emulgatorzusammensetzung gemäß Anspruch 1 des Hauptantrags und des Hilfsantrags 16 auch die Lyso-Derivate der dort erwähnten Lecithine enthalten.
- Ansprüche 1 und 3 des Hilfsantrags 16 erfüllten nicht die Erfordernisse des Artikels 123(2) EPÜ. Die Beschränkung gemäß Anspruch 1 des Hilfsantrags 16 stelle eine Auswahl aus zwei unabhängigen Listen dar, welche eine ursprünglich nicht offenbarte Kombination darstelle.
- D8 und D3 offenbarten explizit oder implizit alle Merkmale des Anspruchs 1 des Hauptantrags. Der Gegenstand des Anspruchs 1 sei daher nicht neu.
- Selbst wenn man die Neuheit des Gegenstandes des Anspruchs 1 des Hilfsantrags 16 anerkennen würde, mangle es ihm jedoch an erfinderischer Tätigkeit. Ausgehend von D8 als nächstliegendem Stand der

Technik sei die Aufgabe des Patents lediglich darin zu sehen, eine alternative Emulgatorzusammensetzung bereitzustellen. Für den Fachmann wäre es aufgrund seines allgemeinen Fachwissens naheliegend, das in D8 verwendete Lysolecithin durch Lecithin zu ersetzen. Auch D2 zeige, dass beide Verbindungen in gleicher Weise verwendet werden.

XIII. Die Beschwerdegegnerin hat im Wesentlichen wie folgt vorgetragen:

- Sowohl Anspruch 1 des Hauptantrags ("umfasst") als auch Anspruch 1 des Hilfsantrags 16 ("besteht aus") seien auf die drei genannten Lecithine beschränkt, nämlich Phosphatidylcholin, Phosphatidylethanolamin und Phosphatidylinosit. Lysolecithine, die nur eine Acylgruppe aufwiesen, seien unter diesen Namen ausgeschlossen und nicht Gegenstand der beanspruchten Emulgatorzusammensetzungen.
- Der beanspruchte Gegenstand sei gegenüber D8 und D3 neu, weil zumindest die beanspruchten Mengen der Emulgatoren nicht offenbart seien. Außerdem sei in D8 keine Emulgatorzusammensetzung als solche beschrieben, sondern lediglich als ein Teil einer Aromazusammensetzung.
- Ausgehend von D8 als nächstliegendem Stand der Technik sei der Gegenstand des Anspruchs 1 des Hilfsantrags 16 auch erfinderisch. Der Fachmann würde Lysolecithin nicht durch Lecithin ersetzen, da D8 explizit angebe, dass bei Anteilen an Lysolecithinen unter 50% die Transparenz oder der Geschmack des daraus hergestellten Getränkes leide. Außerdem unterschieden sich Lysolecithine von Lecithinen ganz erheblich in ihren HLB-Werten.

Lysolecithine seien deutlich polarer und daher hydrophiler. Der Fachmann habe auch keinen Grund, D8 mit D2 zu kombinieren. In D2 finde er keinen Hinweis, Lysolecithine durch Lecithine zu ersetzen.

XIV. Die Beschwerdeführerin beantragte, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und das Patent vollständig zu widerrufen.

Die Beschwerdegegnerin beantragte, die Beschwerde zurückzuweisen (Hauptantrag), hilfsweise, das Patent auf der Grundlage der mit Schreiben vom 11. November 2016 eingereichten Hilfsanträge 16 bis 33 oder der mit Schreiben vom 12. Dezember 2014 eingereichten Hilfsanträge 1 bis 15 aufrechtzuerhalten.

Entscheidungsgründe

HAUPTANTRAG (erteilte Ansprüche)

1. Artikel 100(c) EPÜ

1.1 Die Beschwerdeführerin hat unter Artikel 100 c) EPÜ einen Einwand gegen den erteilten Anspruch 3 (Punkt II) erhoben.

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin sei Anspruch 3 nicht durch die ursprünglichen Unterlagen gestützt. So beziehe sich der ursprünglich eingereichte Anspruch 6 lediglich auf Zuckerdi- oder -triester, bei denen die veresterten Fettsäuren gleich oder unterschiedlich voneinander sein können. Von Saccharosedi- oder -triestern sei dort aber nicht die Rede.

- 1.2 Die Kammer schließt sich jedoch der Meinung der Einspruchsabteilung an, dass der erteilte Anspruch 3 zumindest implizit durch die Kombination der ursprünglich eingereichten Ansprüche 2, 3 und 6 gestützt ist.

Der ursprünglich eingereichte Anspruch 2 definiert, dass "der Zuckerester ein Saccharoseester ist", und weiter gemäß ursprünglich eingereichtem Anspruch 3 "ein Saccharosemonoester, Saccharosediester oder Saccharosetriester". Der ursprünglich eingereichte Anspruch 6 spezifiziert, "dass im Falle eines Zuckerdi- oder -triesters die veresterten Fettsäuren gleich oder unterschiedlich voneinander sein können".

Da sich Anspruch 6 auf die "Emulgatorzusammensetzung nach einem der vorstehenden Ansprüche" bezieht, ergibt sich trotz der unterschiedlichen Wortwahl (Zucker gegenüber Saccharose) zumindest implizit, dass auch die im ursprünglich eingereichten Anspruch 3 genannten Saccharosedi- oder triester mit den gleichen oder unterschiedlichen Fettsäuren verestert sein können. Die im ursprünglich eingereichten Anspruch 3 noch erwähnten Saccharosemonoester sind im erteilten Anspruch 3 gestrichen worden, da diese ja mit nur einer Fettsäure verestert sind. Dies wurde von der Beschwerdeführerin auch nicht beanstandet.

2. *Auslegung des Anspruchs 1*

- 2.1 Anspruch 1 betrifft eine Emulgatorzusammensetzung zur Emulgierung zumindest eines fettlöslichen Farbstoffes in einem Lebensmittel, dadurch gekennzeichnet, dass sie, jeweils auf das Gewicht der Emulgatorzusammensetzung,

- (1) zwischen 45 und 55 Gew.-% zumindest eines Lecithins und
 - (2) zwischen 55 und 45 Gew.-% zumindest eines Saccharoseesters von Fettsäuren umfasst,
- wobei
- (3) die Fettsäure aus der Gruppe ausgewählt ist, die Palmitinsäure, Stearinsäure, Ölsäure, Laurinsäure und Erucasäure umfasst;
 - (4) das Lecithin aus der Gruppe ausgewählt ist, die Phosphatidylcholin, Phosphatidylethanolamin und Phosphatidylinosit umfasst;
 - (5) der fettlösliche Farbstoff ein Carotinoid ist und
 - (6) das Lebensmittel ein Fruchtgetränk oder eine Fruchtzusammensetzung ist.

2.2 Der Anspruch betrifft daher eine Zusammensetzung, die die Komponenten gemäß den Merkmalen (3) und (4) in den Mengen gemäß den Merkmalen (1) und (2) enthält.

Die Merkmale (5) und (6), welche sich auf die Verwendung der Emulgatorzusammensetzung beziehen, beschränken den Gegenstand des Anspruchs nur insofern, als die Zusammensetzung für diese Verwendung geeignet sein muss.

2.3 Inwieweit die Merkmale (3) und (4) den beanspruchten Gegenstand auf die dort gelisteten Fettsäuren bzw. Lecithine einschränken, war zwischen den Parteien streitig.

2.3.1 So vertrat die Beschwerdeführerin die Auffassung, dass die beanspruchte Zusammensetzung nicht nur die explizit erwähnten Lecithine umfasst, sondern auch die entsprechenden Lysolecithine, nämlich Lysophosphatidylcholin, Lysophosphatidylethanolamin und Lysophosphatidylinosit. Sie stützte sich dabei auf

Absatz [0022] der Patentschrift, worin festgestellt wird, dass Lecithine auch die hydrolysierten Stoffe umfassten, die mit ungefährlichen und geeigneten Enzymen gewonnen werden.

2.3.2 Demgegenüber argumentierte die Beschwerdegegnerin, dass nur genau die drei erwähnten Lecithine in der Zusammensetzung enthalten sein könnten. Die Lyso-derivate der genannten Lecithine, die nur eine Acylgruppe aufwiesen, seien daher vom Umfang des Anspruchs 1 ausgeschlossen.

2.3.3 In der Tat bezeichnen die chemischen Namen "Phosphatidylcholin", "Phosphatidylethanolamin" und "Phosphatidylinosit" strukturell genau definierte Gruppen von Verbindungen, wie aus D6, Seite 294, linke Spalte, oben und/oder D16, Seite 5 zu entnehmen ist. Ohne einen weiteren Hinweis im Anspruch würde der Fachmann die Bedeutung dieser Begriffe normalerweise nicht auf deren Derivate ausweiten, insbesondere nicht auf die strukturell unterschiedlichen Lyso-Derivate.

2.4 Bei der Frage, wie ein Anspruch zu interpretieren ist, ist aber zunächst auf den Wortlaut des Anspruchs zu achten. Das Merkmal " wobei ... das Lecithin **aus der Gruppe ausgewählt ist**, die ... **umfasst**" kann nicht auf die drei spezifisch erwähnten Lecithine beschränkt sein. Mit dem Wort "umfasst" ist eine offene Formulierung bei der Abfassung des Anspruchs gewählt worden, die im Sinne von "enthält" oder "einschließt" (entsprechend dem englischen "comprising") ausgelegt werden muss.

Die Beschwerdegegnerin hat versucht, "umfasst" mit "bestehend aus" gleichzusetzen, wodurch Anspruch 1 eingeschränkt zu lesen wäre. Selbst wenn diese enge

Auslegung durch die ursprünglichen Unterlagen gestützt wäre, kann die Kammer diesem Argument nicht folgen, da diese Auslegung dem üblichen Sprachgebrauch des Wortes "umfasst" zuwiderläuft. Wenn die Beschwerdegegnerin den Anspruch eng ausgelegt haben will, muss sie ihn dementsprechend ändern.

- 2.5 Mit anderen Worten, gemäß Merkmal (4) des erteilten Anspruchs 1 müssen die Lecithine nicht aus der Gruppe ausgewählt werden, die aus den drei genannten Lecithinen besteht; diese Gruppe umfasst lediglich diese drei Lecithine - neben möglichen anderen Lecithinen.

Analogerweise ist Merkmal (3) ebenfalls breit auszulegen. Die Fettsäuren müssen nicht aus der Gruppe ausgewählt werden, die aus Palmitinsäure, Stearinsäure, Ölsäure, Laurinsäure und Erucasäure besteht.

3. *Neuheit*

- 3.1 Die Beschwerdeführerin hat die Neuheit des Anspruchs 1 im Hinblick auf die Dokumente D8 und D3 bestritten.
- 3.2 Dokument D8 beschreibt Zusammensetzungen, die einen Geschmacksstoff und einen Emulgator enthalten. Als Emulgator wird Lysolecithin in Verbindung mit einem Zuckerester von Fettsäuren verwendet. Als Fettsäuren werden unter anderem Laurinsäure, Palmitinsäure, Stearinsäure sowie ungesättigte Fettsäuren, wie Ölsäure und Erucasäure, genannt. Die Geschmacksstoffzusammensetzungen werden zur Herstellung von einem stabilen, sauren und transparenten Getränk verwendet (siehe Abstract; Absätze [0011], [0012] und [0014]).

Ferner offenbart D8 explizit Zusammensetzungen, in denen das Verhältnis von Zuckerester zu Lysolecithin 1:1 beträgt: Beispiel 1, Versuch 8 in Tabelle 1; Beispiel 5, Versuche 2, 4 und 5 in Tabelle 5.

Der Emulgator gemäß Beispiel 1, Versuch 8 aus D8, der aus einem Zuckerester von Palmitinsäure und Lysolecithin im Verhältnis 1:1 besteht, enthält somit 50 Gew.-% des Zuckeresters und 50 Gew.-% des Lecithins, bezogen auf die Emulgatorzusammensetzung. Dieses Beispiel offenbart daher alle Merkmale des Anspruchs 1. Der Gegenstand des Anspruchs 1 ist daher nicht neu.

3.3 Die Beschwerdegegnerin argumentierte einerseits, dass Lysolecithin nicht unter den Anspruch falle, und andererseits, dass die beanspruchten Mengen in D8 nicht erreicht würden. So enthalte die Geschmacksstoffzusammensetzung gemäß Versuch 8 aus Beispiel 1 Lysolecithin und den Saccharoseester von Palmitinsäure lediglich in einer Menge von jeweils 1,0 Gew.-%, was weit unter den beanspruchten Mengen sei.

3.4 Diese Argumente überzeugen die Kammer jedoch nicht.

3.4.1 Wie unter den Punkten 1.4 und 1.5 oben dargelegt, ist der Anspruch bezüglich der Verwendung von Lecithin offen und nicht auf die drei gelisteten Lecithine beschränkt. Lysolecithine sind daher von Anspruch 1 nicht ausgeschlossen.

3.4.2 Auch die Mengenangaben von Lecithin und Zuckerester können die Neuheit nicht begründen. Es ist zwar richtig, dass die als Geschmacksstoffzusammensetzung bezeichnete Zusammensetzung 8 aus Beispiel 1 andere Bestandteile enthält, nämlich Glycerin (40 Gew.-%), Wasser (57.8 Gew.-%) und Geschmackstoff (0.2 Gew.-%),

jedoch sind diese nicht Teil des Emulgators. Die Emulgatoren in Beispiel 1 aus D8 werden im Verhältnis von 1:1 zueinander verwendet, was jeweils 50 Gew.-% entspricht. Die Emulgatorzusammensetzung ist daher anspruchsgemäß.

Die Beschwerdegegnerin hat auch argumentiert, dass Anspruch 1 nur 'isolierte' Emulgatorzusammensetzungen umfasse, und daher die aus D8 bekannte Zusammensetzung nicht neuheitsschädlich sei. Dies ist jedoch nicht korrekt und widerspricht auch der Lehre des Patents. Zunächst ist festzustellen, dass Anspruch 1 nicht auf isolierte Zusammensetzungen beschränkt ist. Sie können auch in einem Zwischen- oder Endprodukt erst *in situ* gebildet werden. Dies ist auch die Vorgehensweise, wie sie in der beispielhaften Beschreibung des Patents gezeigt wird. Dort wird die Lecithin-Komponente der Emulgatorzusammensetzung in die Ölphase und die Zuckerester-Komponente in die Wasserphase eingebracht. Anschließend wird durch Verrühren und Homogenisieren der beiden Phasen eine O/W Emulsion gebildet (siehe Absätze [0031] bis [0036]). Zu keinem Zeitpunkt liegt bei dieser Vorgehensweise eine isolierte Emulgatorzusammensetzung vor. Vielmehr bildet sich diese erst *in situ* bei der Vermischung der Phasen.

- 3.5 Demnach ist der Gegenstand des Anspruchs 1 im Hinblick auf Beispiel 1 aus D8 nicht neu. Der Hauptantrag ist daher nicht gewährbar.

HILFSANTRAG 16

4. Artikel 100(c) EPÜ

Die Beschwerdeführerin hat ihren Einwand unter Artikel 100(c) EPÜ auch gegenüber Anspruch 3 des

Hilfsantrags 16 aufrecht erhalten. Aus den gleichen Gründen wie beim Hauptantrag kann die Kammer diesem Einwand aber nicht folgen.

5. *Änderungen*

5.1 In Anspruch 1 des Hilfsantrags 16 wurde in Merkmal (4) die Formulierung

*"das Lecithin aus der Gruppe ausgewählt ist, die Phosphatidylcholin, Phosphatidylethanolamin und Phosphatidylinosit **umfasst**;* [Hervorhebung durch die Kammer]

in die Formulierung

*"das Lecithin aus der Gruppe ausgewählt ist, die **aus** Phosphatidylcholin, Phosphatidylethanolamin und Phosphatidylinosit **besteht**;* [Hervorhebung durch die Kammer]

geändert.

Die entsprechende Änderung wurde auch für die Gruppe der Fettsäuren gemäß Merkmal (3) durchgeführt.

5.2 Durch diese Änderung wird die Anwesenheit anderer Lecithine bzw. Fettsäuren in der Emulgatorzusammensetzung ausgeschlossen.

5.2.1 Obwohl die ursprünglichen Unterlagen immer den Begriff "umfasst" verwendet haben, ist für den fachkundigen Leser aus dem Gesamtzusammenhang ersichtlich, dass zumindest für die bevorzugten Verbindungen "umfasst" tatsächlich die Bedeutung "bestehend aus" haben soll.

So heißt es auf Seite 3 der ursprünglich eingereichten Anmeldung:

"Vorzugsweise ist das Lecithin aus der Gruppe ausgewählt, die Phosphatidylcholin, Phosphatidylethanolamin und Phosphatidylinosit umfasst. Stärker bevorzugt ist das Lecithin Phosphatidylcholin."

Durch das Wort "vorzugsweise" wird hier klar, dass die darauffolgend genannte Gruppe aus Lecithinen eine Einschränkung darstellt, denn etwas den "Vorzug" geben bedeutet, anderes demgegenüber zurückzustellen und zu vernachlässigen. Auch wenn mit dem Wort "umfasst" auf den ersten Blick eine offene Formulierung gewählt wurde, würde der Satz keinen Sinn machen, wenn trotzdem alle möglichen Lecithine als bevorzugt angesehen würden. Der Fachmann würde daher trotz der eigentlichen Bedeutung des Wortes "umfassen" erkennen, dass obige Passage so gelesen werden muss, dass sie eine Gruppe von Lecithinen in abschließender Weise beschreibt. Somit ist die Änderung von "umfasst" in "bestehend aus" durch die ursprünglichen Unterlagen gestützt.

- 5.2.2 Entsprechendes leitet sich auch für die Einschränkung der Fettsäuren aus den ursprünglichen Unterlagen ab.
- 5.3 Die Beschwerdeführerin argumentierte, dass beide Beschränkungen jeweils eine Auswahl aus einer Liste mit weiteren Mitgliedern darstelle, und die daraus resultierende Kombination ursprünglich nicht offenbart sei.

Die Kammer kann dieser Argumentation jedoch nicht folgen. Anspruch 1 ist auf die drei Lecithine bzw. die fünf Fettsäuren beschränkt, die in der Anmeldung in der ursprünglichen Fassung als bevorzugt beschrieben worden

sind (siehe Ansprüche 5 und 7; Seite 3). Wie oben dargelegt würde der Fachmann für diese bevorzugten Verbindungen das Wort "umfasst" als "bestehend aus" verstehen. Die resultierende Kombination ist daher explizit aus Anspruch 7 (wenn rückbezogen auf Anspruch 5) der ursprünglich eingereichten Fassung zu entnehmen.

6. Auslegung des Anspruchs 1

6.1 Durch die Änderungen von "umfasst" in "bestehend aus" in den Merkmalen (3) und (4) des Anspruchs 1 ist das Vorhandensein anderer Lecithine bzw. anderer Fettsäuren ausgeschlossen. Dies wurde von der Beschwerdegegnerin auch so gesehen und explizit bestätigt. Die beanspruchten Zusammensetzungen können jetzt nur die drei in Anspruch 1 explizit genannten Lecithine (und die fünf explizit genannten Fettsäuren) enthalten. Andere Lecithine bzw. Fettsäuren können nicht mehr anwesend sein.

6.2 Die Beschwerdeführerin war jedoch der Auffassung, dass auch der geänderte Anspruch 1 des Hilfsantrags 16 nach wie vor die Lyso-Derivate der genannten Lecithine umfasst. Sie stützte sich dabei auf folgenden Satz in Absatz [0022] der Beschreibung des Patents:

"Lecithine umfassen auch die hydrolisierten Stoffe, die mit ungefährlichen und geeigneten Enzymen gewonnen werden."

6.2.1 Dieser Satz kann jedoch nicht isoliert vom Rest des Absatzes betrachtet werden. Absatz [0022] beginnt mit den Worten: "Unter dem Begriff "Lecithin" wird hier eine Substanz gemäß EG-Nummer E 322 ... [verstanden]." Dieser Absatz definiert also den Begriff "Lecithin" im

Hinblick auf die EG-Nummer E 322, nach der auch die Lyso-Derivate unter diese Nummer fallen.

6.2.2 Im folgenden Absatz [0023] werden dann aber die drei Lecithine ohne jeglichen Hinweise auf Derivate der Lecithine, wie Lysolecithine, genannt. Mit der Nennung dieser spezifischen Lecithine löst sich die Beschreibung also von der darüber erwähnten Definition für E 322. Bei zwanglosem, sinngebenden Lesen verbietet es sich danach eher, Teile dieser Definition einfach auf das Verständnis des folgenden Absatzes zu übertragen. Wie bereits unter Punkt 2.3.3 erwähnt, würde ein Fachmann ohne weitere derartige Hinweise im Absatz [0023] bzw. im Anspruch die Bedeutung der genannten Lecithine nicht auf deren Derivate ausweiten, schon gar nicht auf die strukturell unterschiedlichen Lyso-Derivate.

6.2.3 Daher kann die Kammer dem Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht folgen. Anspruch 1 des Hilfsantrags 16 ist auf die genannten Lecithine beschränkt, deren Lyso-Derivate sind ausgeschlossen.

Letztendlich ist Absatz [0022] bei der Anpassung der Beschreibung an die gewährbaren Ansprüche auch gestrichen worden.

7. *Erfinderische Tätigkeit*

7.1 Nächstliegender Stand der Technik

7.1.1 Die Beschwerdeführerin formulierte ihre Einwände bezüglich erfinderischer Tätigkeit ausschließlich ausgehend von D8 als nächstliegendem Stand der Technik.

- 7.1.2 Wie bereits unter Neuheit diskutiert offenbart D8 Getränke im sauren Bereich, welche zur Stabilisierung und Verhinderung einer Trübung durch Ausfallen der enthaltenen Aromastoffe eine Emulgatorkombination, bestehend aus einem Saccharosefettsäureester und einem Lysolecithin, enthalten (siehe Punkt 3.2 oben).
- 7.2 Aufgabe und Lösung
- 7.2.1 Ausgehend von diesem Stand der Technik liegt der Erfindung gemäß der Beschwerdegegnerin die Aufgabe zugrunde, eine alternative Emulgatorzusammensetzung zur Verfügung zu stellen, welche ebenfalls eine hohe Säurestabilität aufweist und somit die Emulgierung von Lebensmittelfarbstoffen in Fruchtgetränken ermöglicht (siehe Absatz [0015] der Patentschrift).
- 7.2.2 Zur Lösung dieser Aufgabe schlägt Anspruch 1 eine Emulgatorzusammensetzung vor, welche sich von den Zusammensetzungen gemäß D8 im Wesentlichen dadurch unterscheidet, dass ein Lecithin, ausgewählt aus der Gruppe bestehend aus Phosphatidylcholin, Phosphatidylethanolamin und Phosphatidylinosit, anstatt Lysolecithin verwendet wird.
- 7.2.3 Die Beschwerdeführerin betonte, dass eine Verbesserung der Säurestabilität einer beanspruchten Emulsion gegenüber einer Emulsion aus D8 nicht gezeigt wurde. Außerdem bezweifelte sie, ob die Aufgabe des Patents als erfolgreich gelöst gesehen werden könne.
- 7.2.4 Die Kammer stimmt der Beschwerdeführerin zu, dass eine Verbesserung der Säurestabilität gegenüber D8 nicht gezeigt wurde. Allerdings ist eine solche Verbesserung vom Patent nicht angestrebt. Wie oben dargelegt, besteht die Aufgabe des Patents lediglich in der

Bereitstellung einer **alternativen**
Emulgatorzusammensetzung.

7.2.5 Aus der Beschreibung der Patentschrift ist für die Kammer nachvollziehbar, dass diese Aufgabe erfolgreich gelöst wurde. Die Beschwerdeführerin hat zwar insoweit ihre Bedenken geäußert, einen experimentellen Beleg für das Gegenteil hat sie jedoch nicht vorgelegt.

7.3 Naheliegen

7.3.1 Es bleibt zu untersuchen, ob der Fachmann, ausgehend von D8 und mit der vorstehend definierten Aufgabe konfrontiert, in naheliegender Weise zu dem beanspruchten Gegenstand gelangt wäre, das heißt im vorliegenden Fall, ob dem Stand der Technik ein Hinweis entnommen werden kann, die Lysolecithine aus der Emulgatorzusammensetzung von D8 durch die anspruchsgemäßen Lecithine zu ersetzen.

7.3.2 D8 selbst gibt keine Anregung zur beanspruchten Lösung. Im Gegenteil führt die Offenbarung von D8 von der vorliegenden Erfindung weg. Denn D8 offenbart in Absatz [0017], bevorzugt zumindest 50 Gew.-% oder mehr Lysolecithin, bezogen auf die Gesamtmenge an Phospholipiden, zu verwenden. Als Grund hierfür wird angegeben, dass bei geringeren Anteilen an Lysolecithinen die Transparenz oder der Geschmack eines daraus hergestellten Getränks leidet. D8 lehrt daher deutlich, dass Phospholipide, die nur eine geringe Menge an Lysolecithinen aufweisen, Transparenz und Geschmack der erhaltenen Getränke herabsetzen, und daher eine gewisse Menge Lysolecithine enthalten sein sollen, um dem entgegenzuwirken. Die Lecithine des Patents enthalten aber überhaupt keine Lysolecithine mehr.

7.3.3 Eine Kombination von D8 mit dem allgemeinen Fachwissen führt ebenfalls nicht zum beanspruchten Gegenstand. Wie bereits von der Einspruchsabteilung anerkannt, unterscheiden sich Lysolecithine von Lecithinen in ihrer Struktur und in ihren HLB-Werten. Sie weisen nur eine Acylgruppe auf und sind daher deutlich polarer in ihrer Kopfgruppe und daher in ihrer Gesamtheit deutlich hydrophiler. Der Fachmann würde daher nicht erwarten, dass Lecithine und Lysolecithine ähnliche Eigenschaften wie Emulgatoren aufweisen.

7.3.4 Letztlich führt eine Kombination der Lehre von D8 mit D2 den Fachmann auch nicht zum Gegenstand des Anspruchs 1. D2 betrifft Nahrungsmittelendprodukte, wie zum Beispiel Getränke, in denen schwer wasserlösliche oder wasserunlösliche Nährstoffe oder Nutraceuticals stabil eingearbeitet sind (siehe Absätze [0002] und [0003]). Gemäß der Beschwerdeführerin lehrt D2, dass Lecithine und Lysolecithine für die gleichen Zwecke und in gleicher Weise verwendet werden, insbesondere, weil Formel (1) in Absatz [0009] der D2 ein Phospholipid beschreibt, das sowohl ein Lysolecithin als auch ein Lecithin sein kann.

Wie oben bereits diskutiert, ist die Lehre von D8, mindestens 50 Gew.-% Lysolecithine bezogen auf die Gesamtmenge an Phospholipiden zu verwenden. D2 gibt keinen Hinweis, dass und aus welchem Grunde dieses wesentliche Merkmal aus D8 ignoriert werden sollte und Lysolecithine durch Lecithine zu ersetzen wären. In diesem Zusammenhang sei bemerkt, dass D8 selbst bereits auf die Verwendung von Emulgatorzusammensetzungen enthaltend Lecithine hinweist (siehe Absatz [0003]), und diese Zusammensetzungen als nachteilig beschreibt (siehe Absatz [0008]).

- 7.3.5 Nach Ansicht der Kammer handelt es sich bei der Argumentation der Beschwerdeführerin vielmehr um eine ex-post-facto Analyse, basierend auf der Kenntnis der Lehre des Patents.
- 7.4 Der Gegenstand des Anspruchs 1 sowie der (direkt und/oder indirekt) abhängigen Ansprüche 2 bis 7 erfüllt daher die Erfordernisse des Artikel 56 EPÜ betreffend die erfinderische Tätigkeit.
8. Die Beschwerdegegnerin hat während der mündlichen Verhandlung die Beschreibung an die Ansprüche des Hilfsantrags 16 angepasst. Die Beschwerdeführerin hatte gegen die vorgenommenen Änderungen keine Einwände.

HILFSANTRÄGE 17 BIS 33 UND 1 BIS 15

9. Da der Hilfsantrag 16 die Erfordernisse des EPÜ erfüllt, braucht die Kammer die Hilfsanträge 17 bis 33 und 1 bis 15 nicht zu diskutieren.

Entscheidungsformel

Aus diesen Gründen wird entschieden:

1. Die angefochtene Entscheidung wird aufgehoben.
2. Die Angelegenheit wird an die Einspruchsabteilung mit der Anordnung zurückverwiesen, das Patent in folgender Fassung aufrechtzuerhalten:
 - Ansprüche 1 bis 7, eingereicht als Hilfsantrag 16 mit Schreiben vom 11. November 2016; und
 - Beschreibung Seiten 2, 3 und 4, eingereicht am 10. Januar 2017 während der mündlichen Verhandlung vor der Beschwerdekammer.

Die Geschäftsstellenbeamtin:

Der Vorsitzende:



M. Cañueto Carbajo

W. Sieber

Entscheidung elektronisch als authentisch bestätigt