

Interner Verteilerschlüssel:

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

**Datenblatt zur Entscheidung
vom 3. Juli 2013**

Beschwerde-Aktenzeichen: T 2529/10 - 3.3.06

Anmeldenummer: 96938108.6

Veröffentlichungsnummer: 804280

IPC: B01F 17/00, A61K 8/00

Verfahrenssprache: DE

Bezeichnung der Erfindung:
Emulgatoren

Patentinhaberin:
Cognis IP Management GmbH

Einsprechende:
Goldschmidt AG
SOCIETE D'EXPLOITATION DE PRODUITS POUR L'INDUSTRIE CHIMIQUE,
S.E.P.P.I.C

Stichwort:
Emulgatoren/COGNIS

Relevante Rechtsnormen:
EPÜ Art. 54(1)(2), 123(2)
VOBK Art. 13(3)

Schlagwort:
"Enge Auslegung des Anspruchs 1 (Nein)"
"Neuheit (Nein) - Hauptantrag und Hilfsantrag 1"
"Erweiterung über den Inhalt der Anmeldung in der
eingereichten Fassung hinaus (Ja) - Hilfsanträge 2 und 5"
"Spät eingereichte Hilfsanträge 3 und 6 - Zugelassen (Nein)"

Zitierte Entscheidungen:
T 0814/01, T 0934/91, T 0167/93, T 1099/06

Orientierungssatz:
-



Aktenzeichen: T 2529/10 - 3.3.06

ENTSCHEIDUNG
der Technischen Beschwerdekammer 3.3.06
vom 3. Juli 2013

Beschwerdeführerin: Cognis IP Management GmbH
(Patentinhaberin) Henkelstrasse 67
D-40589 Düsseldorf (DE)

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

Beschwerdegegnerin: Goldschmidt AG
(Einsprechende 1) Goldschmidtstrasse 100
D-45127 Essen (DE)

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

Beschwerdegegnerin: SOCIETE D'EXPLOITATION DE PRODUITS POUR
(Einsprechende 2) L'INDUSTRIE CHIMIQUE, S.E.P.P.I.C
75 quai d'Orsay
F-75007 PARIS CEDEX 07 (FR)

Vertreter: Conan, Philippe Claude
L'Air Liquide SA
75 Quai d'Orsay
F-75321 Paris Cedex 07 (FR)

Angefochtene Entscheidung: **Entscheidung der Einspruchsabteilung des
Europäischen Patentamts, die am
15. Oktober 2010 zur Post gegeben wurde und
mit der das europäische Patent Nr. 804280
aufgrund des Artikels 101 (3) (b) EPÜ
widerrufen worden ist.**

Zusammensetzung der Kammer:

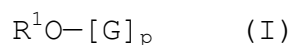
Vorsitzender: E. Bendl
Mitglieder: G. Santavicca
J. Geschwind

Sachverhalt und Anträge

- I. Die Beschwerde der Patentinhaberin (Beschwerdeführerin) richtet sich gegen die Entscheidung der Einspruchsabteilung über den Widerruf des europäischen Patents No. 0 804 280 betreffend Emulgatoren.
- II. In ihren Einspruchsschriften hatten die Einsprechenden 01 und 02 (Beschwerdegegnerinnen) den Widerruf des gesamten Patents beantragt. Als Einspruchsgründe wurden fehlende Neuheit und mangelnde erfinderische Tätigkeit (Artikel 100a) EPÜ) geltend gemacht.
- III. Grundlage der angegriffenen Entscheidung war das Patent wie erteilt als Hauptantrag und das Patent in der geänderten Fassung gemäß damaligem Hilfsantrag, welcher im Verlauf der mündlichen Verhandlung vor der Einspruchsabteilung vorgelegt wurde. Das erteilte Patent umfasste 5 Ansprüche, wobei Anspruch 1 wie folgt lautete:

"1. Verwendung von Mischungen enthaltend

(a) 43 bis 99 Gew.-% Alkyl- und/oder Alkenyloligoglykoside der allgemeinen Formel I



worin R^1 für einen gegebenenfalls hydroxysubstituierten Alkyl- und/oder Alkenylrest mit 16 bis 54 Kohlenstoffatomen, G für einen Zuckerrest mit 5 oder 6 Kohlenstoffatomen und p für Zahlen von 1 bis 10 steht, und

(b) 1 bis 57 Gew.-% Fettalkohole der allgemeinen Formel II



worin R^2 [sic] für einen aliphatischen, linearen oder verzweigten, gegebenenfalls hydroxysubstituierten

Kohlenwasserstoffrest mit 16 bis 54 Kohlenstoffatomen und 0 und/oder 1, 2 oder 3 Doppelbindungen steht, mit der Maßgabe, daß sich die Komponenten zu 100 Gew.-% addieren, als Emulgatoren zur Herstellung von kosmetischen oder pharmazeutischen Zubereitungen."

Verglichen mit Anspruch 1 wie erteilt enthielt Anspruch 1 gemäß damaligem Hilfsantrag das zusätzliche Merkmal "und wobei die Mischung zusammen mit einer Menge von höchstens 30 Gew.-% Glycerinmono/-dilaurat, -palmitat oder -stearat, bezogen auf die Emulgatoren, verwendet wird", und zwar vor dem letzten Merkmal "als Emulgatoren zur Herstellung von kosmetischen oder pharmazeutischen Zubereitungen".

- IV. In der angegriffenen Entscheidung wurde unter anderem festgestellt, dass:
- a) bei der Auslegung des Anspruchs 1 des Streitpatents die Einspruchsabteilung der Entscheidung T 0814/01 vom 13. Oktober 2005 folge, wonach (Punkt 3.1 der Gründe) Anspruch 1 so formuliert sei, dass die Mischung ausschließlich aus den Komponenten a) und b) bestehe, deren Gewichtsanteile sich auf 100% ergänzten, so dass das Vorliegen weiterer Emulgatoren ausgeschlossen sei;
 - b) das Beispiel B8 von D1 neuheitsschädlich sei, da im Streitpatent auch technische Fettalkohole eingesetzt werden könnten, welche Verunreinigungen enthielten;
 - c) dies auch auf den Hilfsantrag zutreffe, da die Patentinhaberin in der mündlichen Verhandlung selbst angab, dass es sich bei der Anwesenheit von hydrophilen Wachsen um ein fakultatives Merkmal handle.

V. Mit ihrer Beschwerdebeurteilung hielt die Beschwerdeführerin den Hauptantrag und den Hilfsantrag des Einspruchsverfahrens aufrecht und reichte mit dem Schreiben vom 3. Juni 2013 die im weiteren Laufe des Verfahrens als Hilfsanträge 2, 5-7 bezeichneten Anträge ein. Mit dem Schreiben vom 25. Juni 2013 wurden die Hilfsanträge 3 und 4 eingereicht.

Die Ansprüche der Hilfsanträge 2, 3 und 5 enthalten folgende Änderungen:

Der 2. Hilfsantrag besteht aus dem Anspruch 1 des ersten Hilfsantrags, wobei beide Reste R^1 und R^2 für einen von Cetylstearylalkohol abgeleiteten Rest stehen.

Der dritte Hilfsantrag ist mit dem zweiten Hilfsantrag identisch, mit Ausnahme der Ersetzung des Ausdrucks "enthaltend" durch den Ausdruck "bestehend aus" und der Streichung des Merkmals "und wobei die Mischung zusammen mit einer Menge von höchstens 30 Gew.-% Glycerinmono/-dilaurat, -palmitat oder -stearat, bezogen auf die Emulgatoren, verwendet wird".

Verglichen mit Anspruch 1 des ersten Hilfsantrags wurde im Anspruch 1 gemäß dem 5. Hilfsantrag das Merkmal "und wobei die Mischung zusammen mit einer Menge von höchstens 30 Gew.-% Glycerinmono/-dilaurat, -palmitat oder -stearat, bezogen auf die Emulgatoren, verwendet wird" durch "und wobei die Mischung zusammen mit einer Menge von 2,5 bis 10 Gew.-% Glycerinmono/dilaurat, -palmitat oder -stearat, bezogen auf die Emulgatoren, verwendet wird" ersetzt.

- VI. In ihren schriftlichen Erwiderungen stellten die Beschwerdegegnerinnen *inter alia* die Neuheit des Gegenstands des erteilten Anspruchs 1 gegenüber D1 in Frage und beanstandeten die Zulässigkeit des 1. Hilfsantrags im Hinblick auf das Erfordernis des Artikels 123(2) EPÜ und das Fehlen der Neuheit.
- VII. Die mündliche Verhandlung fand am 3. Juli 2013 statt, in deren Verlauf die Beschwerdeführerin die Hilfsanträge 4, 6 und 7 zurückzog und einen neuen Hilfsantrag 6 einreichte.

Verglichen mit dem Anspruch 1 des 5. Hilfsantrags wurde in Anspruch 1 gemäß dem 6. Hilfsantrag das Merkmal "und wobei die Mischung zusammen mit einer Menge von 2,5 bis 10 Gew.-% Glycerinmono/-dilaurat, -palmitat oder -stearat, bezogen auf die Emulgatoren, verwendet wird" durch "und wobei die Mischung zusammen mit einer Menge von 2,5 bis 10 Gew.-% hydrophile Wachse, bezogen auf die Emulgatoren, verwendet wird" ersetzt.

- VIII. Die Argumente der Beschwerdeführerin (Patentinhaberin), insofern sie für diese Entscheidung relevant sind, können wie folgt zusammengefasst werden:

Hauptantrag

Auslegung von Anspruch 1

- a) Die Summe der Komponenten (a) und (b) im Anspruch 1 betrage 100%. Diese geschlossene Definition umfasse nur Alkylglycoside und Fettalkohole mit Resten R¹ und R² mit 16 bis 54 Kohlenstoffatomen. Obwohl keine Grenze für Verunreinigungen im Streitpatent gesetzt

sei, könne die geschlossene Definition des Anspruchs 1 nur Spuren von Alkylglycosiden mit Alkylresten mit weniger als 16 und mehr als 54 Kohlenstoffatomen umfassen; dies treffe auch für technischen Mischungen zu. Die im Absatz [0010] als hydrophile Wachse noch erwähnten technischen Fettalkohole mit 12 bis 22 Kohlenstoffatomen seien lediglich das Ergebnis einer fehlenden Anpassung der Beschreibung, nicht der Auslegung des Anspruchs 1. Dieser Absatz könne gestrichen werden.

Die Offenbarung im Absatz [0014] des Streitpatents, wonach die Emulsionen weitere Tenside, Hilfs- und Zusatzstoffe enthalten können, betreffe nicht die im Anspruch 1 definierten Emulgatoren, denn aus den im Streitpatent enthaltenen Beispielen ginge klar hervor, dass nur Alkylglykoside und Fettalkohole mit 16 bis 18 Kohlenstoffatomen verwendet worden seien.

Neuheit

- b) Beispiel B8 der D1 veranschauliche die Verwendung von einem Emulgatorkonzentrat, welches aus einer Mischung von Alkylglycosiden (AG C16), Fettsäurepartialglyceriden (Monomuls) und Stearylalkohol hergestellt worden sei. Das Produkt AG C16 enthalte aber noch 2% an Alkylglycosiden und Fettalkoholen, welche Reste mit 14 Kohlenstoffatomen aufwiesen. Dieser Anteil gehe über den von Anspruch 1 eingeschlossenen Anteil an Verunreinigungen hinaus. Daher sei die Neuheit der Verwendung nach Anspruch 1 nicht vorweggenommen.

1. Hilfsantrag

- c) Obwohl das zusätzliche Merkmal des Anspruchs 1 des 1. Hilfsantrags fakultativ sei, enthalte dieser Anspruch 1 die zusätzliche Lehre, dass höchstens 30 Gew.% an bestimmten hydrophilen Wachsen anwesend sein könnten. Daher betreffe dieser Anspruch 1 einen neuen Gegenstand, welcher aus D1 nicht zu entnehmen sei.

2. Hilfsantrag

- d) Die Einreichung des 2. Hilfsantrags sei eine Reaktion auf die Mitteilung der Kammer in Vorbereitung der mündlichen Verhandlung gewesen. Darüber hinaus seien Mischungen von Cetearyloligoglucosiden mit Cetearylalkoholen nicht nur in der ursprünglichen Anmeldung erwähnt (Seite 4, erster Absatz, letzter Satz) und in allen Beispielen veranschaulicht, sondern auch in den erteilten Ansprüchen 4 und 5 definiert.

Die neue Mengenangabe "höchstens 30 Gew.%" ergebe sich, da die Anwesenheit von hydrophilen Wachsen fakultativ sei, und aus der ursprünglich offenbarten Obergrenze von 30 Gew.%.

Anspruch 1 des 2. Hilfsantrags sei daher zulässig und erfülle die Bedingungen des Artikels 123(2) EPÜ.

3. Hilfsantrag

- e) Auch die Einreichung des 3. Hilfsantrags sei eine Reaktion auf die vorläufige Meinung der Kammer über die Diskussion der Auslegung des erteilten

Anspruchs 1 gewesen. Für die Beschwerdeführerin sei es nicht möglich gewesen, vorauszusehen, wohin sich diese Diskussion gehen würde.

Der Ausdruck "bestehend aus" stelle eine abschließende Definition dar, welche als Vorsichtsmaßnahme angesehen werden solle und um konvergierende und leicht verständliche Anträge einzureichen. Dadurch seien keine neue Probleme entstanden. Somit sei der 3. Hilfsantrag zulässig.

5. Hilfsantrag

- f) Einwände gegen die Merkmalskombination des erteilten Anspruchs 1 seien nicht als Einspruchsgrund unter Artikel 100(c) EPÜ geltend gemacht worden und könnten daher nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens werden. Die zusätzliche fakultative Anwesenheit der Fettsäurepartialglyceride in einer Menge von 2,5 bis 10 Gew.% sei ursprünglich offenbart worden. Es sei aus der ursprünglich eingereichten Anmeldung ersichtlich, dass die definierte bevorzugte Mengenangabe sich insbesondere auf die bevorzugten Ausführungsformen beziehe. Somit erfülle der Anspruch 1 die Erfordernisse des Artikels 123(2) EPÜ.

6. Hilfsantrag

- g) Der während der mündlichen Verhandlung eingereichte neue 6. Hilfsantrag sei eine Reaktion auf die Einwände, dass Anspruch 1 des 5. Hilfsantrags nur die Mengenangabe der speziellen hydrophilen Wachse definiere. Im Anspruch 1 gemäß dem 6. Hilfsantrag sei die Menge aller hydrophilen Wachsen auf 2,5 bis

10 Gew.% begrenzt worden, um diesen Einwände zu überwinden. Da Wachse allgemein bekannte Produkte seien, der Begriff "Raumtemperatur" in Deutschland eine klare Bedeutung habe und "fest" ein klarer Bestandteil der Definition sei, könne der neu definierte Anspruch 1 nicht als unklar beanstandet werden. Gegebenenfalls könne der Fachmann Fachliteratur, wie ein Handbuch heranziehen, um die Definition einer Wachse zu finden. Die beanspruchte Kombination entspräche auch den Erfordernissen des Artikels 123(2) EPÜ.

IX. Die Argumente der Beschwerdegegnerinnen (Einsprechende 01 und 02), insofern sie für diese Entscheidung relevant sind, können wie folgt zusammengefasst werden:

Hauptantrag

Auslegung von Anspruch 1

- a) Die Verwendung nach Anspruch 1 sei durch den Ausdruck "enthaltend" offen definiert. Daher könne der Ausdruck "mit der Maßgabe" nur bedeuten, dass die Summe der Komponenten (a) und (b) nicht 100% betragen müsse. Somit stellten die im Anspruch 1 definierten Mengenangaben nur Gewichtsverhältnisse dar, was aus dem Absatz [0024] des Streitpatents ersichtlich sei. Aus dem gesamten Streitpatent sei nicht zu entnehmen, dass Anspruch 1 als abschließend formuliert anzusehen sei.

In den Absätzen [0007] und [0008] des Streitpatents seien zwei alternative Ausführungsformen beschrieben, nämlich die Verwendung von reinen Alkylglycosiden und

Fettalkoholen oder die Verwendung von technischen Mischungen. Die in der Patentschrift beschriebenen und von Anspruch 1 umfassten technischen Mischungen von Alkylglycosiden und Fettalkoholen enthielten üblicherweise bis zu 3% an Verunreinigungen, wie z.B. Alkylglycosiden oder Fettalkoholen mit 14 Kohlenstoffatomen. Das Streitpatent selbst erwähne im Absatz [0006] einen Anteil von 6 Gew.% an Verunreinigungen. Darüber hinaus sei im Streitpatent offenbart, dass die Emulgatoren weitere Komponenten, wie hydrophile Wachse und Tenside, enthalten könnten, worunter auch Emulgatoren fielen.

In der Entscheidung T 814/01 vom 13. Oktober 2005 sei keine Begründung angegeben worden, weshalb Anspruch 1 abschließend auszulegen sei. Folglich sei die Verwendung nach Anspruch 1 offen definiert. Eine engere Auslegung würde zu Unsicherheiten und Problemen bei der Überprüfung der Neuheit führen.

Neuheit

- b) Das Beispiel B8 der Schrift D1 offenbare die Verwendung von Fettalkoholen und Alkylglycosiden, welche Reste mit 16 Kohlenstoffatomen aufwiesen (C16 Alkylglykoside), als Emulgatoren, nämlich die Verwendung einer Mischung von ungefähr 66 Gew.-% an C16 Alkylglycosiden und ungefähr 33 Gew.-% an Fettalkoholen mit 16 Kohlenstoffatomen. Selbst die Offenbarung der Verwendung des Produktes "AG C16" im Beispiel B8 der D1 entspreche der Verwendung nach Anspruch 1. Der noch anwesende 2 Gew.% Anteil an Fettalkoholen mit 14 Kohlenstoffatomen sei bei technischen Mischungen üblich, und somit von der

Definition des Anspruchs 1 umfasst. Daher nehme D1 die Neuheit der beanspruchten Verwendung vorweg.

1. Hilfsantrag

- c) Das zusätzliche Merkmal des Anspruchs 1 gemäß dem 1. Hilfsantrag sei unstreitig fakultativ. Somit seien die für den Hauptantrag vorgetragene Argumente und gezogenen Schlüsse auch hinsichtlich der Neuheit der Verwendung nach Anspruch 1 des 1. Hilfsantrags von Relevanz.

2. Hilfsantrag

- d) Da die Mitteilung der Kammer in Vorbereitung der mündlichen Verhandlung keinen Anlass zur Einreichung von weiteren Anträgen darstelle, sei der 2. Hilfsantrag spät eingereicht worden. Darüber hinaus räume der 2. Hilfsantrag die Bedenken gegen den Haupt- und den 1. Hilfsantrag nicht aus. Der Antrag sei folglich nicht ins Verfahren zuzulassen.

Da für die hydrophilen Wachse nur die Mengenangaben 10 bis 30 Gew.% und 2,5 bis 10 Gew.% ursprünglich offenbart worden seien, stelle die neue Mengenangabe "0 bis 30 Gew.%" eine Zwischenverallgemeinerung dar, welche für den Teilbereich 0 bis <2,5 Gew.% keine Stütze in der ursprünglich eingereichten Anmeldung habe.

Darüber hinaus sei auch eine ursprünglich nicht offenbarte Auswahl aus den Listen der ursprünglich eingereichten Ansprüche 4 bis 6, welche nicht nur Alkylglycoside und Fettalkohole mit Cetearylresten

definierten, und aus den Beispielen, welche die Verwendung von Cetearyl Alkylglycosiden mit Cetearylalkohol und Fettsäurepartialglyceriden veranschaulichten, ausgeführt worden.

Der 2. Hilfsantrag sei also nicht zulässig (Artikel 123(2) EPÜ).

3. Hilfsantrag

- e) Der 3. Hilfsantrag, welcher kurz vor der mündlichen Verhandlung eingereicht worden sei, stelle keine Antwort auf die Mitteilung der Kammer dar, werfe neue Fragen auf und sei schon deshalb nicht zulässig. Der Anspruch 1 des 3. Hilfsantrags sei nicht klar, noch habe dessen Gegenstand eine Stütze in der ursprünglich eingereichten Anmeldung. Insbesondere sei nicht erkennbar, welche Einschränkung durch den Ausdruck "bestehend aus" erzielt werde.

5. Hilfsantrag

- f) Die Verwendung gemäß Anspruch 1 des 5. Hilfsantrags beziehe sich auf eine Kombination der Komponenten (a) und (b), wie sie im erteilten Anspruch 1 definiert seien, mit den zusätzlichen 2,5 bis 10 Gew.% bestimmter Fettsäurepartialglyceride. Schon die Kombination der Merkmale des erteilten Anspruchs 1 habe keine Basis in der ursprünglich eingereichten Anmeldung, und zwar auf Grund der Begrenzung der Reste R^1 und R^2 auf mindestens 16 Kohlenstoffatome. Diese treffe um so mehr für den um ein weiteres Merkmal ergänzten Anspruch 1 zu. Daher verstoße Anspruch 1 gegen Artikel 123(2) EPÜ.

6. Hilfsantrag

g) Der 6. Hilfsantrag sei zu spät eingereicht worden. Dieser neue Antrag werfe neue Fragen auf, wie etwa die Bedeutung des Ausdrucks "hydrophile Wachse", welche bis zur mündlichen Verhandlung nie behandelt worden seien, so dass die Beschwerdegegnerinnen sich darüber nicht ausführlich vorbereiten hätten können. Weitere Dokumente wie Handbücher seien notwendig, damit die Parteien sich mit diesem Ausdruck auseinandersetzen könnten, welche aber zum Zeitpunkt der Verhandlung nicht vorhanden wären.

Insbesondere sei der Ausdruck "hydrophile Wachse" aus folgenden Gründen nicht klar: Er setzte keine klare Grenze zwischen hydrophilen und hydrophoben Wachsen fest; es seien keine Raumtemperatur und keine präzise Definition von "festen Stoffen" noch einer Bestimmungsmethode dafür angegeben worden; darüber hinaus sei die in der ursprünglich eingereichten Anmeldung angegebene Definition von "Wachsen" sehr breit und umfasse auch Fettalkohole.

Auch sei die von der Beschwerdeführerin erwähnte Möglichkeit der Heranziehung von Handbüchern, um die Bedeutung von "hydrophilen Wachsen" zu ermitteln, ein Verstoß gegen die Vorschriften des Artikels 13(3) VoBK. Daher sei der neue 6. Hilfsantrag *prima facie* nicht zulässig.

X. Die Beschwerdeführerin (Patentinhaberin) beantragte die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Aufrechterhaltung des Streitpatents wie erteilt, oder

hilfsweise die Aufrechterhaltung des Streitpatents gemäß dem mit der Beschwerdebeurteilung eingereichten Hilfsantrag 1, oder gemäß der Hilfsanträge 2 und 5, mit Schreiben vom 3. Juni 2013 eingereicht, oder des Hilfsantrags 3, eingereicht mit Schreiben vom 25. Juli 2013, oder gemäß des Hilfsantrags 6, eingereicht während der mündlichen Verhandlung.

XI. Die Beschwerdegegnerinnen (Einsprechende 1 und 2) beantragten die Zurückweisung der Beschwerde.

Entscheidungsgründe

1. Die Beschwerde ist zulässig.

Hauptantrag (Patent wie erteilt)

Auslegung des erteilten Anspruchs 1

2. Es stellt sich die Frage, ob Anspruch 1 durch das Merkmal "mit der Maßgabe, dass sich die Komponenten zu 100 Gew.-% addieren" abschließend formuliert ist, d.h. ob die Mischung ausschließlich aus den Komponenten a) und b) mit jeweils 16 bis 54 Kohlenstoffatomen besteht, deren Gewichtsanteile sich auf 100% ergänzen und daher die Anwesenheit weiterer Emulgatoren, insbesondere der kürzerkettig (C₁₄) substituierten Alkyloligoglykoside, ausgeschlossen ist.

2.1 Die erteilten Ansprüche 2 und 3 definieren die im Anspruch 1 genannten Reste R¹ und R² als Reste abgeleitet von bestimmten Alkoholen oder als deren **technische** Gemische. Zur Klärung, was dieser Begriff auf dem

betreffenden Gebiet bedeutet sei Absatz [0006] des Streitpatents genannt, in dem, im Rahmen der technischen Mischungen von Alkoholen, die beispielsweise bei der Hydrierung von technischen Fettsäuremethylestern erhalten werden, unter anderem (Zeilen 16-19) beschrieben wird, dass Alkyloligoglucoside der Kettenlänge C₈-C₁₀, die als Vorlauf bei der destillativen Trennung technischer C₈-C₁₈ Kokosfettalkohole anfallen und mit einem Anteil von weniger als 6 Gew.-% C₁₂-Alkohol **verunreinigt sein könnten, bevorzugt sind**. Es ist dabei anzumerken, dass, im Gegensatz zur Argumentation der Beschwerdeführerin, diese Verunreinigungen Alkohole mit Kohlenstoffzahlen (C₁₂) außerhalb des erwünschten Bereichs (C₈-C₁₀) betreffen.

- 2.2 Daher muss Anspruch 1 so ausgelegt werden, dass zumindest die bei der destillativen Auftrennung von technischen Fettalkoholen anfallenden Verunreinigungen enthalten sein können, wie etwa bis zu < 6 Gew.% kürzerkettig (< C₁₆) substituierter Alkyl- und Alkenylglycoside und Alkohole.
- 2.3 Dieser Schluss steht nicht im Widerspruch mit der Offenbarung der Patentschrift (Absatz [0010]), wonach in einer bevorzugten Ausführungsform der Erfindung die Emulgatormischungen zusammen mit konsistenzgebenden hydrophilen Wachsen eingesetzt werden, worunter auch technische Fettalkohole mit 12 bis 22 Kohlenstoffatomen fallen (Absatz [0010], Zeile 27).

Neuheit

3. Die Entgegenhaltung D1 betrifft Öl-in-Wasser-Emulsionen mit einem Gehalt an Alkylglucosiden und weiteren

Bestandteilen, wie beispielsweise langkettigen Fettsäurealkoholen.

3.1 Beispiel B8 von D1 (siehe Tabelle 1) veranschaulicht die Herstellung einer O/W-Emulsion, wofür ein Emulgatorkonzentrat verwendet wird.

3.1.1 Wird D1 im Sinne der Einspruchsabteilung interpretiert, d.h. wird der Anspruch 1 so ausgelegt, dass außer den Bestandteilen (a) und (b) noch weitere Stoffe, wie hydrophile Wachse, enthalten können, so gilt folgende Argumentation:

3.1.2 Zur Herstellung dieses Emulgatorkonzentrats (siehe Fußnote 5 der Tabelle 1) werden drei Komponenten zusammengemischt, nämlich 40% eines Alkyloligoglucosids mit einer Kettenlänge des Alkylrests von 16 Kohlenstoffatomen (AG C16), 52 % Monomuls 90-35 (ein Fettsäurepartialglycerid auf der Basis von gehärtetem Palmöl) und 8% Stearylalkohol (Fettalkohol mit einer Kettenlänge von 18 Kohlenstoffatomen).

3.1.3 Das für Beispiel B8 der D1 von der Beschwerdegegnerinnen berechnete Gewichtsverhältnis der Glucosidkomponente zum Fettalkohol weist einen Alkylglucosidanteil (ungefähr 83,3 Gew.-%) und einen Fettalkoholanteil (ungefähr 16,7 Gew.-%) auf, welche in den in Anspruch 1 des Streitpatents definierten Bereichen von 43-99 Gew.-% für die Alkyloligoglykoside und 1-57 Gew.-% für die Fettalkohole liegen.

3.1.4 Im Sinne dieser Interpretation hätte die Kammer keinen Grund, von der angegriffenen Entscheidung über die

Neuheit der Verwendung nach erteiltem Anspruch 1 abzuweichen.

- 3.1.5 Wird hingegen der Anspruchswortlaut so ausgelegt, dass die Mischung ausschließlich aus den Bestandteilen (a) und (b) bestehen darf, so ist die folgende Schlussfolgerung von Relevanz:
- 3.1.6 Die in Beispiel B8 der D1 verwendete Komponente AG C16 besteht vor der Mischung aus 80% Alkyloligoglucosid mit einer Kettenlänge des Alkylrests von 16 Kohlenstoffatomen und 20% Restalkohol. Die Fettsäurerestzusammensetzung dieser Mischung ergibt sich aus dem Absatz 1.2 von D1: 2% C₁₄, 96% C₁₆ und 2% C₁₈ Ketten. Somit stellt auch das Produkt "AG C16" ein Emulgatorkonzentrat dar, welches aus C₁₆ und C₁₈ Alkyloligoglucosiden mit 2% C₁₄ Verunreinigung und aus einer C₁₆ und C₁₈ Fettalkoholmischung mit 2% C₁₄ Verunreinigung besteht. Das Verhältnis zwischen den Alkyloligoglucosiden und den Fettalkoholen (80:20) entspricht dem in Anspruch 1 definierten.
- 3.2 Zusammenfassend bedeutet dies, dass der Wortlaut des Anspruchs 1 des Hauptantrags
- a) die Verwendung von Mischungen technischer Alkyl- und Alkylenglycoside und technischer Fettalkohole mit einschließt,
 - b) diese technischen Produkte, wie in der Beschreibung genannt, Verunreinigungen (wie etwa von bis 6 Gew.-%) außerhalb des beanspruchten Kohlenstoffzahlbereichs haben können (Beschreibung des Streitpatents, Absätze [0006] und [0007]) und
 - c) D1, Beispiel 8, solche Zusammensetzungen beschreibt.

3.3 Daher ist der Gegenstand von Anspruch 1 der erteilten Fassung des Streitpatents von D1 neuheitsschädlich vorweggenommen.

3.3.1 Diese Feststellung steht nicht im Widerspruch zu der früheren Entscheidung T 0814/01 (*supra*), die ebenfalls das vorliegende Streitpatent betrifft, und nach ständiger Rechtsprechung (Rechtsprechung der Beschwerdekammern des EPA, 6. Auflage 2010) für das vorliegende Beschwerdeverfahren weder nach dem EPÜ noch nach dem Grundsatz der *res judicata* (zur Definition von *res judicata* siehe Punkt VII.E.11 der Rechtsprechung, Seite 993 der deutschen Fassung, in Verbindung mit T 934/91, ABl. 1994, 184) Bindungswirkung hat (siehe z.B. T 167/93, ABL. 1997, 229, und T 1099/06 vom 30. Januar 2008).

Bei der Diskussion der Neuheit im Abschnitt 3.1 dieser Entscheidung wurde der Unterschied zu Offenbarungen, die Alkyl- oder Alkylenoligoglykoside mit weniger als 16 C-Atomen als wesentliche Bestandteile enthalten, diskutiert. In den in der Entscheidung zitierten Beispielen dieser Offenbarungen werden jeweils Gehalte an C₁₂- und C₁₄-Resten der Alkyl- und Alkenylglycoside von zusammen mehr als 20 Gew.% beschrieben. Die Feststellung in der Entscheidung, dass die Anwesenheit von C₈-C₁₅ Emulgatoren bei den erfindungsgemäßen ausgeschlossen sei, muss in diesem Zusammenhang verstanden werden

Im Gegensatz dazu, geht es im vorliegenden Fall, wie zuvor diskutiert, um **Verunreinigungen**, welche aus dem Herstellungsprozess der technischen Fettalkohole stammen und in einer wesentlich geringen Größenordnung vorhanden sind.

1. Hilfsantrag

4. Anspruch 1 gemäß dem 1. Hilfsantrag verlangt, zusätzlich zu den zuvor diskutierten Merkmalen, dass die Emulgatormischung entweder mit oder ohne einer Menge von höchstens 30 Gew.-% der definierten Fettsäurepartialglyceride verwendet wird.

4.1 Wie zuvor beschrieben, offenbart D1 die Verwendung eines Emulgatorkonzentrates (Alkylglucosid "AG C16") zur Herstellung von kosmetischen Zubereitungen, welches höchstens mit 2 Gew.% an C₁₄ Fettalkoholen verunreinigt ist, und keine Fettsäurepartialglyceride enthält. Daher wird in D1 die Verwendung einer Emulgatormischung offenbart, die aus den im Anspruch 1 des 1. Hilfsantrags definierten Komponenten besteht.

4.2 Somit nimmt D1 auch die Verwendung gemäß Anspruch 1 des 1. Hilfsantrags neuheitsschädlich vorweg.

4.3 Da die Neuheit des beanspruchten Gegenstands nicht gegeben ist, muss nicht dargelegt werden, ob der Anspruch 1 des 1. Hilfsantrags die Erfordernisse des Artikels 123(2) EPÜ erfüllt (siehe aber Punkt 6, *infra*).

2. Hilfsantrag

Zulässigkeit des zweiten Hilfsantrags

5. Die Kammer erachtet den zweiten Hilfsantrag für zulässig. In Anbetracht der Tatsache, dass das Erfordernis des Artikels 123(2) EPÜ nicht erfüllt ist, werden diesbezüglich aber keine weiteren Überlegungen dargelegt.

Artikel 123(2) EPÜ

6. Verglichen mit dem erteiltem Anspruch 1 enthält der Anspruch 1 des 2. Hilfsantrags unter anderem das zusätzliche Merkmal "und wobei die Mischung zusammen mit einer Menge von höchstens 30 Gew.-% Glycerinmono/-dilatrat, -palmitat oder -stearat, bezogen auf die Emulgatoren, verwendet wird".
- 6.1 Die Beschwerdeführerin hat ausgeführt, dass diese Änderung sich auf Seite 5, Zeilen 9-21, der ursprünglich eingereichten Anmeldung stützt.
- 6.2 In der zitierten Textstelle werden aber lediglich Mengen an hydrophilen Wachsen von 10 bis 30 und 2,5 bis 10 Gew.-%, bezogen auf die Emulgatoren definiert. Da der Bereich "höchstens 30 Gew.-%" mit dem Bereich 0 bis 30 Gew.-% gleichzusetzen ist und für den Bereich >0 bis < 2,5 Gew.-% keine Stütze in der ursprünglich eingereichten Anmeldung vorhanden ist, geht Anspruch 1 des zweiten Hilfsantrags schon aus diesem Grund über den Inhalt der ursprünglich eingereichten Anmeldung hinaus.
- 6.3 Daher muss nicht dargelegt werden, ob die weiteren Änderungen im Anspruch 1 des 2. Hilfsantrags (wie etwa die Begrenzung auf Reste R^1 und R^2 , welche vom Cetylstearylalkohol abgeleitet werden, oder die Anwendung der für die hydrophilen Wachse definierten Mengen auf die im Anspruch 1 erwähnten Fettsäurepartialglyceride) die Erfordernisse des Artikels 123(2) EPÜ erfüllen (siehe Punkt IX d, *supra*, sowie Punkt 10.3, *infra*).

6.4 Somit erfüllt der Anspruch 1 des 2. Hilfsantrags nicht die Erfordernisse des Artikels 123(2) EPÜ.

3. Hilfsantrag

7. Der 3. Hilfsantrag, welcher am 25. Juni 2013 eingereicht wurde, d.h. **eine Woche** vor der mündlichen Verhandlung vor der Kammer, stellt eine Änderung des Vorbringens der Beschwerdeführerin dar, deren Zulassung ins Verfahren im Ermessen der Kammer steht (Artikel 13(1) VoBK). Unter anderem soll eine Änderung des Vorbringens keine Fragen aufwerfen, deren Behandlung der Kammer oder den anderen Beteiligten ohne Verlegung der mündlichen Verhandlung nicht zuzumuten ist (Artikel 13(3) VoBK).

7.1 Im Rahmen der Erläuterung der Änderungen stellte sich in der mündlichen Verhandlung heraus, dass der 3. Hilfsantrag insbesondere Fragen zur Klarheit der neuen Merkmale/Ausdrücke und hinsichtlich der Basis in den ursprünglichen Anmeldeunterlagen aufwirft. Unter anderem haben sich Fragen hinsichtlich der Bedeutung der neu definierten Reste R^1 und R^2 ("für einen vom Cetylstearylalkohol **abgeleiteten** Rest", Hervorhebung eingefügt) gestellt. Weiters war nicht unmittelbar zu klären, ob vom Cetylstearylalkohol abgeleitete Reste wie beansprucht im Zusammenhang mit Alkyloligoglycosiden, oder nur mit Alkyloligoglucosiden offenbart sind.

7.2 Die Beschwerdegegnerinnen haben erklärt, dass sie diese Fragen ohne Verlegung der mündlichen Verhandlung nicht behandeln könnten. Auch die Kammer hatte Bedenken bezüglich der verspäteten Einreichung, Klarheit und Basis des geänderten Gegenstands. Die Ausführung der

Beschwerdeführerin während der mündlichen Verhandlung hat diese Bedenken nicht ausgeräumt.

8. Somit hat die Kammer entschieden, den 3. Hilfsantrag ins Verfahren nicht zuzulassen (Artikel 13(3) VoBK).

5. Hilfsantrag

Zulässigkeit des 5. Hilfsantrags

9. Die Kammer erachtet den fünften Hilfsantrag für zulässig. In Anbetracht der Tatsache, dass das Erfordernis des Artikels 123(2) EPÜ nicht erfüllt ist, wird diesbezüglich aber von einer Diskussion der Gründe abgesehen.

Artikel 123(2) EPÜ

10. Verglichen mit dem erteilten Anspruch 1 enthält der Anspruch 1 gemäß dem 5. Hilfsantrag das Merkmal "und wobei die Mischung zusammen mit einer Menge von 2,5 bis 10 Gew.-% Glycerinmono/-dilaurat, -palmitat oder -stearat, bezogen auf die Emulgatoren, verwendet wird".
 - 10.1 Nach der Beschwerdeführerin stütze sich diese Änderung auf Seite 5, Zeilen 9-21, der ursprünglich eingereichten Anmeldung.
 - 10.2 Allgemein wurde in der ursprünglich eingereichten Anmeldung eine Mischung aus den Komponenten (a) und (b) beansprucht, wobei die Kettenlänge R^1 der Alkyl- und Alkylenoligoglycoside zwischen 4 und 54 war und die Kettenlänge R^2 der Fettalkohole zwischen 6 und 54 definiert war.

- 10.3 Wie in der Entscheidung T 0814/01 (*supra*) bereits dargelegt wurde, lassen sich die Untergrenzen von je 16 Kohlenstoffatomen für R^1 und R^2 durch Auswahl auf Seite 3 der ursprünglich eingereichten Beschreibung zusammen mit einer Kombination der Ansprüche 1, 3 und 5 herleiten. Somit bildet Anspruch 1 bereits eine Kombination von Merkmalen.
- 10.4 Weiters werden in der ursprünglichen Anmeldung hydrophile Wachse in einer Ausführungsform auf Seite 5 der vorliegenden Erfindung genannt und bilden einen optionalen Bestandteil der verwendeten Mischungen. Falls verwendet, müssen diese hydrophilen Wachse aus der Gruppe fester Stoffe mit freien Hydroxylgruppen ausgewählt werden. Als Beispiele sind technische Mono- und/oder Diester des Glycerins mit Fettsäuren mit 12 bis 18 Kohlenstoffatomen, wie Glycerinmono/-dilaurat, -palmitat oder -stearat oder Fettalkohole, sowie technische Fettalkohole mit 12 bis 22 Kohlenstoffatomen, wie Cetylalkohol, Stearylalkohol oder Cetearylalkohol genannt.
- 10.5 Als bevorzugte Mengen an hydrophilen Wachsen werden die Bereiche 10 bis 30, 2,5 bis 10 Gew.-% oder spezifische Gehalte für die Bestandteile einer Mischung aus drei Komponenten (Seite 5, dritter Absatz) angegeben.
- 10.6 Selbst wenn die beanspruchte Auswahl von Glycerinmono/-dilaurat, -palmitat oder -stearat mit dem Bereich 2,5 bis 10 Gew.-% als ursprünglich offenbart angesehen wird, dann kann für die Kombination dieser Auswahl mit den Komponenten (a) und (b) der Mischung, deren Reste

spezifische Kohlenstofflängen aufweisen, keine Stütze gefunden werden.

10.7 Daher ist die Kombination vom Merkmalen von Anspruch 1 des fünften Hilfsantrags nicht direkt und eindeutig aus der ursprünglich eingereichten Anmeldung herleitbar.

10.8 Deshalb erfüllt der Gegenstand der fünften Hilfsantrags nicht das Erfordernis des Artikels 123(2) EPÜ.

6. Hilfsantrag

11. Der 6. Hilfsantrag, welcher während der mündlichen Verhandlung vor der Kammer eingereicht worden ist, stellt eine noch spätere Änderung des Vorbringens der Beschwerdeführerin dar (siehe Punkt 7, *supra*).

11.1 Verglichen mit dem Hauptantrag enthält Anspruch 1 des 6. Hilfsantrags das zusätzliche Merkmal "und wobei die Mischung zusammen mit einer Menge von 2,5 bis 10 Gew.-% hydrophile Wachse, bezogen auf die Emulgatoren, verwendet wird".

11.2 Dieses zusätzliche Merkmal, insbesondere der Begriff "hydrophile Wachse", welches auf der Beschreibung der ursprünglich eingereicht Anmeldung (Seite 5, zweiter Absatz, erster Satz) basiert, war bis zur mündlichen Verhandlung vor der Kammer nie Gegenstand einer Diskussion gewesen.

11.3 Bei der Diskussion dieses Merkmals stellte sich heraus, dass der 6. Hilfsantrag, insbesondere die Frage der Klarheit und Bedeutung des Ausdrucks "hydrophile Wachse" aufwirft, unter anderem, weil die in der ursprünglich

eingereichten Anmeldung gegebenen Definition der hydrophilen Wachse ("bei Raumtemperatur feste Stoffe, die über freie Hydroxylgruppen verfügen") sehr breit ist und mehrere Interpretationen zulässt. Insbesondere die Abgrenzung des Gehalts an Wachsen gegenüber der Komponente (b), den Fettalkoholen, scheint unklar, da beide Komponenten Fettalkohole sein können. Unter anderem wurde von der Beschwerdeführerin vorgeschlagen, (nicht in der Verhandlung vorliegende) Fachliteratur bzw. Handbücher, zu konsultieren.

- 11.4 Das Studium der Fachliteratur ohne Verlegung der mündlichen Verhandlung war den Beschwerdegegnerinnen zu diesem späten Zeitpunkt nicht zuzumuten. Die Kammer entschied somit, den 6. Hilfsantrag ins Verfahren nicht zuzulassen (Artikel 13(3) VoBK).

Schlussfolgerung

12. Da kein Antrag der Beschwerdeführerin den Erfordernissen des EPÜ genügt, kann das Streitpatent nicht aufrechterhalten werden.

Entscheidungsformel

Aus diesen Gründen wird entschieden:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Der Geschäftsstellenbeamte

Der Vorsitzende

D. Hampe

E. Bendl