



BUNDESPATENTGERICHT

14 W (pat) 338/03

(Aktenzeichen)

Verkündet am
15. Dezember 2006

...

BESCHLUSS

In der Einspruchssache

betreffend das Patent 100 32 118

...

hat der 14. Senat (Technischer Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 15. Dezember 2006 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Das Patent 100 32 118 wird widerrufen.

Gründe

I

Die Erteilung des Patents 100 32 118 mit der Bezeichnung

„Antithixotropes kosmetisches Mittel“

ist am 27. März 2003 veröffentlicht worden. Das Patent umfasst 11 Patentansprüche, von denen der Anspruch 1 wie folgt lautet:

Kosmetisches Mittel zur Behandlung von Haut oder Haaren, **dadurch gekennzeichnet**, dass es ein antithixotropes (rheopexes)

Verhalten aufweist und eine Polymerkombination enthält aus

(A) mindestens einem anionischen Polymer und

(B) mindestens einem kationischen Polymer

in einem wässrigen, alkoholischen oder wässrig-alkoholischen Medium, wobei Art und Menge der Polymere so gewählt sind, dass sie dem Mittel das antithixotrope (rheopexe) Verhalten verleihen.

Zum Wortlaut der Ansprüche 2 bis 10, die besondere Ausgestaltungen des kosmetischen Mittels nach Anspruch 1 betreffen, und des Anspruchs 11, der die Verwendung eines antithixotropen kosmetischen Mittels zur Haarfestigung betrifft, wird auf die Streitpatentschrift verwiesen.

Gegen dieses Patent sind mit den am 25. und 27. Juni 2003 eingegangenen Schriftsätzen zwei Einsprüche erhoben worden, von denen ein Einspruch im Laufe des Einspruchsverfahrens zurückgenommen wurde. Die Einsprüche sind auf die Behauptung gestützt, dem vorliegend beanspruchten Gegenständen fehle es an der Neuheit bzw. an der erfinderischen Tätigkeit sowie an der ausreichenden Offenbarung.

Dazu verweisen die Einsprechenden insbesondere auf die Druckschrift

D9: DE 28 11 010 C2.

Die Gegenstände der jeweiligen Hauptansprüche der Hilfsanträge 1, 2 und 3 seien gleichfalls nicht neu. In der mündlichen Verhandlung räumt die verbliebene Einsprechende ein, dass der Gegenstand des Hilfsantrags 4 gegenüber dem Stand der Technik zwar neu sei, jedoch gegenüber einer Kombination der Druckschrift D9 mit

D10: Melissa J. Vitale, Eidesstattliche Versicherung über die öffentliche Zugänglichkeit von D10a, D10b, D10c

D10a: Öffentlicher Vortrag vom Oktober 1999 mit „Declaration“

D10b: Werbesprospekt „AMAZE® Starch Fixative“ Mai 2000 mit „Declaration“

D10c: Rezeptur 9986-101, Oktober 1999 mit „Declaration“

nicht auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhe.

Die Einsprechende beantragt,

das Patent zu widerrufen.

Die Patentinhaberin beantragt,

die Einsprüche zurückzuweisen und das Patent in vollem Umfang gemäß Hauptantrag, hilfsweise im Umfang eines der Hilfsanträge 1 bis 4 aufrechtzuerhalten.

Die Patentinhaberin tritt dem Vorbringen der Einsprechenden entgegen und verfolgt ihr Patent gemäß Hauptantrag in vollem Umfang weiter, hilfsweise im Umfang der Patentansprüche 1 bis 9 gemäß Hilfsantrag 1, weiter hilfsweise im Umfang der Patentansprüche 1 bis 8 gemäß Hilfsantrag 2, sowie der Patentansprüche 1 bis 5 gemäß Hilfsantrag 3 und der Patentansprüche 1 und 2 gemäß Hilfsantrag 4 jeweils vom 23. Mai 2006.

Der Patentanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 1 lautet:

Kosmetisches Mittel zur Behandlung von Haut oder Haaren, **dadurch gekennzeichnet**, dass es ein antithixotropes (rheopexes) Verhalten aufweist und eine Polymerkombination enthält aus

- (A) 0,01 bis 20 Gew.% mindestens eines filmbildenden anionischen Polymers,
- (B) 0,01 bis 20 Gew.% mindestens eines filmbildenden kationischen Polymers und
- (C) 0 bis 20 Gew.% mindestens einer modifizierten Stärke, in einem wässrigen, alkoholischen oder wässrig-alkoholischen Medium, wobei Art und Menge der Polymere so gewählt sind, dass sie dem Mittel das antithixotrope (rheopexe) Verhalten verleihen, **dadurch gekennzeichnet**, dass das Polymere (A) in einer Menge

von 5 bis 65 Gew.%, das Polymer (B) in einer Menge von 8 bis 60 Gew.% und das Polymer (C) in einer Menge von 0 bis 75 Gew.% vorliegt, wobei die Mengenangaben jeweils auf die Gesamtmenge der Polymere (A), (B) und (C) bezogen sind.

Der Patentanspruch 1 des Hilfsantrags 2 unterscheidet sich vom Patentanspruch 1 des Hilfsantrags 1 dadurch, dass als zusätzliches Merkmal entsprechend dem erteilten Anspruch 8 das Verhältnis der Polymeren so gewählt ist, dass es in dem schraffierten Bereich des Dreiecksdiagramms der Abbildung 1/1 der Streitpatentschrift liegt und der Patentanspruch 1 des Hilfsantrags 3 vom Patentanspruch 1 des Hilfsantrags 2 dadurch, dass zusätzlich der Inhalt der erteilten Ansprüche 4 und 5 zur Spezifizierung der anionischen und kationischen Polymere aufgenommen ist. Der Patentanspruch 1 gemäß Hilfsantrag 4 lautet:

Kosmetisches Mittel zur Behandlung von Haut oder Haaren, **dadurch gekennzeichnet**, dass es ein antithixotropes (rheopexes) Verhalten aufweist und eine Polymerkombination enthält aus

- (A) 0,2 bis 2 Gew.%, bezogen auf die Gesamtzusammensetzung des Mittels, Polystyrolsulfonat,
- (B) 0,4 bis 2 Gew.%, bezogen auf die Gesamtzusammensetzung des Mittels, mindestens eines filmbildenden kationischen Polymers, ausgewählt aus quaternisierten Vinylpyrrolidon/Dialkylaminoalkylmethacrylat Copolymeren, Methylvinylimidazoliumchlorid/Vinylpyrrolidon Copolymeren, Methylvinylimidazolium Methylsulfat/Vinylpyrrolidon Copolymeren und Copolymeren aus Vinylcaprolactam, Vinylpyrrolidon und quaternisiertem Vinylimidazol und
- (C) 0,1 bis 10 Gew.% mindestens einer modifizierten Stärke, ausgewählt aus nichtionisch modifizierten Stärkederivaten, in einem wässrigen alkoholischen oder wässrig-alkoholischen Medium, wobei Art und Menge der Polymere so gewählt sind, dass

sie dem Mittel das antithixotrope (rheopexe) Verhalten verleihen, **dadurch gekennzeichnet**, dass das Polymere (A) in einer Menge von 10 bis 55 Gew.%, das Polymer (B) in einer Menge von 10 bis 55 Gew.% und das Polymer (C) in einer Menge von 10 bis 70 Gew.% vorliegt, wobei die Mengenangaben jeweils auf die Gesamtmenge der Polymere (A), (B) und (C) bezogen sind und wobei das Verhältnis der Polymere (A), (B) und (C) so gewählt ist, dass es in dem schraffierten Bereich des Dreieckdiagramms der Abbildung 1/1 liegt.

Die Patentinhaberin macht schriftsätzlich im Wesentlichen geltend, dass der entgegengehaltene Stand der Technik die beanspruchten Gegenstände nach Hauptantrag weder vorwegnehme noch nahelege, da in keiner der entgegengehaltenen Druckschriften antithixotrope kosmetische Mittel mit einer Kombination von kationischen und anionischen Polymeren gemäß Streitpatent offenbart seien. Die Angabe singulärer Werte für die Viskosität bei einzelnen Druckschriften impliziere, dass die Viskosität zeitlich konstant sei. Bei antithixotropen Zusammensetzungen wäre aber die Viskosität bei konstanter Schergeschwindigkeit nicht konstant. Der Gegenstand des Anspruchs 1 des Streitpatents beruhe auch auf einer erfinderschen Tätigkeit, da sich aus keinem der zitierten Dokumente für den Fachmann eine Veranlassung ergebe, ein Haarbehandlungsmittel mit antithixotropen Eigenschaften herzustellen. Rheoplexie sei ein bis heute unverstandenes und damit unvorhersehbares Phänomen. Antithixotropes Verhalten sei für Kosmetika generell nicht wünschenswert und müsse vermieden werden. Die Gegenstände der erteilten Ansprüche und insbesondere der Ansprüche gemäß den Hilfsanträgen seien daher vom Stand der Technik nicht nur nicht nahegelegt, sondern überwänden ein Vorurteil.

Zur mündlichen Verhandlung ist die Patentinhaberin wie angekündigt nicht erschienen.

Wegen weiterer Einzelheiten, insbesondere zum Wortlaut der Ansprüche 2 bis 11 gemäß Hauptantrag und der weiteren Ansprüche gemäß den Hilfsanträgen 1 bis 4 wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II

1. Der Einspruch ist frist- und formgerecht erhoben und mit Gründen versehen. Er führt zum Widerruf des Patents.

2. Es kann dahinstehen, ob die Patentansprüche gemäß Hauptantrag zulässig sind, da ihre Gegenstände mangels Neuheit nicht patentfähig sind. Die Ansprüche der Hilfsanträge 1 bis 4 sind jedenfalls aus dem erteilten Patent sowie den Erstunterlagen ableitbar. Auch besteht für den Fachmann kein Zweifel daran, wie die Mengenangaben für die Polymeren in den jeweiligen Ansprüchen 1 der Hilfsanträge 1 bis 4 zu verstehen sind. Denn die Mengenangaben in Gew.-% für die Polymeren im Oberbegriff dieser Ansprüche beziehen sich sämtlich unter Hinzuziehen von Beschreibung und insbesondere der Beispiele der Streitpatentschrift auf die Gesamtzusammensetzung der kosmetischen Mittel, wogegen die Mengenangaben in den kennzeichnenden Teilen dieser Ansprüche sich auf die Gesamtmenge der Polymere (A), (B) und (C) beziehen, wie es in diesen Ansprüchen auch explizit angegeben ist. Die diesbezüglichen Einwände der Einsprechenden können daher nicht durchgreifen.

3. Die kosmetischen Mittel gemäß den jeweiligen Patentansprüchen 1 des Hauptantrags und der Hilfsanträge 1 bis 3 sind nicht neu.

Der Gegenstand des Anspruchs 1 des Hauptantrags betrifft ein Mittel mit den Merkmalen:

1. Kosmetisches Mittel zur Behandlung von Haut oder Haaren, das
2. ein antithixotropes Verhalten aufweist und
3. eine Polymerkombination enthält aus
 - 3.1 (A) mindestens einem anionischen Polymer und
 - 3.2 (B) mindestens einem kationischen Polymer
4. in einem wässrigen, alkoholischen oder wässrig-alkoholischen Medium,
5. wobei Art und Menge der Polymere so gewählt sind, dass sie dem Mittel das antithixotrope (rheopexe) Verhalten verleihen.

Aus D9 sind Mittel zur Behandlung von Haaren bekannt, die eine Polymerkombination mit einem anionischen und kationischen Polymer enthalten (S. 2 Z. 3 bis 7). Die Mittel können 0,5 g eines Natriumsalzes von Polystyrolsulfonat und 0,5 g eines quaternären Polyvinylpyrrolidon-Copolymers (Polyquaternium-11) in 100 g wässriger Lösung aufweisen und bilden ein Gel (vgl. S. 52 Beispiel 57 i. V. m. S. 44 unter Anionische Polymere (b) und S. 45 unter Kationische Polymere (ddd)). Aus D9 sind damit Mittel mit den Merkmalen 1, 3, 3.1, 3.2 und 4 bekannt. Aber auch die Merkmale 2 und 5 des Gegenstandes des Anspruchs 1 werden bei D9 erfüllt. Beim Streitpatent wird nach Anspruch 4 und bei allen Beispielen ein Natriumsalz von Polystyrolsulfonat, und nach Anspruch 5 i. V. m. den Beispielen 1 bis 4 Polyquaternium-11 eingesetzt. Nach Anspruch 8 i. V. m. S. 4 Abs. [0019] des Streitpatents wird zur Auswahl geeigneter Mengenverhältnisse der Polymere das Dreiecksdiagramm Abb. 1/1 herangezogen. Bei Verhältnissen der Polymeren einschließlich der optional einzusetzenden Stärkederivate (C) im schraffierten Bereich der Figur 1 des Streitpatents weisen die Mittel danach ein antithixotropes Verhalten auf. Dies ist zumindest beim Beispiel 57 von D9 der Fall, denn bei einem Gehalt von jeweils 0,5 g der Polymeren des Beispiels 57 ergibt sich ein Wert von jeweils 50 % für Polymer (A) und (B), der in den schraffierten Bereich der Figur 1 des Streitpatents fällt. Obwohl in D9 nicht darauf hingewiesen wird, dass das Mittel antithixotropes Verhalten aufweist, gehört auch diese Eigenschaft des Mittels zum Offenbarungsgehalt von D9, denn zwangsläufige Ergebnisse, die sich bei

der Nacharbeitung der dargestellten Lehre ergeben, sind für einen Fachmann auch dann offenbart, wenn sie in der Entgegenhaltung nicht erwähnt werden (BGH GRUR 1980, 283 - Terephthalsäure; Schulte PatG 7. Aufl. § 3 Rdn. 99).

Der Gegenstand des Anspruchs 1 des Hauptantrags ist damit gegenüber D9 nicht mehr neu. Das gleiche gilt für die Gegenstände der jeweiligen Ansprüche 1 der Hilfsanträge 1 bis 3. Der Anspruch 1 des Hilfsantrags 1 weist gegenüber dem Hauptantrag die zusätzlichen Merkmale auf, dass das anionische (A) und das kationische (B) Polymer filmbildend sind und in einer Menge von jeweils 0,01 bis 20 Gew.% enthalten sind, 0 bis 20 Gew.% mindestens einer modifizierten Stärke (C) enthalten sein können, sowie das Polymer (A) in einer Menge von 5 bis 65 Gew.%, das Polymer (B) in einer Menge von 8 bis 60 Gew.% und das Polymer (C) in einer Menge von 0 bis 75 Gew.% jeweils bezogen auf die Gesamtmenge der Polymere vorliegen. Wie vorstehend dargelegt, sind beim bei D9 insbesondere in Betracht gezogenen Beispiel 57 jeweils 0,5 Gew.% filmbildendes anionisches und kationisches Polymer im Mittel enthalten, was bezogen auf die Gesamtmenge der Polymere jeweils 50 Gew.% ergibt. Damit sind auch die zusätzlichen Merkmale des Anspruchs 1 des Hilfsantrags 1 von D9 vorweggenommen. Im Anspruch 1 des Hilfsantrags 2 wird zusätzlich noch darauf Bezug genommen, dass das Verhältnis der Polymere (A), (B) und (C) so gewählt ist, dass es in dem schraffierten Bereich des Dreieckdiagramms der Abbildung 1/1 liegt. Wie vorstehend bereits dargelegt wird auch dieses Merkmal bei D9 erfüllt. Auch die gegenüber dem Anspruch 1 des Hilfsantrags 2 zusätzlichen Merkmale, Polystyrolsulfonat als Komponente (A) und unter anderem quaternisiertes Vinylpyrrolidon/Dialkylaminoalkylmethacrylat Copolymeres als Komponente (B), des Anspruchs 1 des Hilfsantrags 3 sind bei D9 bereits erfüllt. Denn, wie vorstehend dargelegt, wird beim Beispiel 57 der D9 Polystyrolsulfonat als anionisches Polymer und Vinylpyrrolidon/Dialkylaminoalkylmethacrylat Copolymer, d. h. Polyquaternium-11, als kationisches Polymer eingesetzt.

Die Ansprüche 1 nach dem Hauptantrag und den Hilfsanträgen 1 bis 3 haben daher mangels Neuheit ihrer Gegenstände keinen Bestand.

4. Das kosmetischen Mittel nach Anspruch 1 des Hilfsantrags 4 ist neu.

Der Anspruch 1 des Hilfsantrags 4 weist gegenüber dem Anspruch 1 des Hilfsantrags 3 unter anderem das Merkmal auf, dass die Polymerkombination 0,1 bis 10 Gew.% mindestens einer modifizierten Stärke, ausgewählt aus nichtionisch modifizierten Stärkederivaten enthält. Die aus D9 bekannten kosmetischen Mittel mit einer Kombination von anionischen und kationischen Polymeren enthalten diesen Zusatz nicht. Auch die weiteren im Verlauf des Einspruchsverfahrens genannten Druckschriften können die Neuheit der Mittel nach Anspruch 1 des Hilfsantrags 4 nicht Frage stellen, denn in keiner dieser Druckschriften wird ein kosmetisches Mittel mit einer Kombination eines Polystyrolsulfonats als anionischem Polymer, eines speziellen kationischem Polymer sowie einer nichtionisch modifizierten Stärke beschrieben.

5. Das kosmetische Mittel nach Anspruch 1 des Hilfsantrags 4 beruht aber nicht auf einer erfinderischen Tätigkeit.

Dem Streitpatent liegt die Aufgabe zugrunde, die rheologischen Nachteile bekannter kosmetischer Zusammensetzungen zu vermeiden sowie neue kosmetische Mittel zur Verfügung zu stellen mit neuen, attraktiven haptischen Eigenschaften (vgl. Streitpatent S. 2 Abs [0004]). Diese Aufgabe ist durch die aus D9 bekannten Mittel bereits gelöst. Mittel in wässriger Lösung, die 0,5 Gew.% Polystyrolsulfonat als anionisches Polymer (A) und 0,5 Gew.% Polyquaternium-11 als kationisches Polymer (B) gemäß Beispiel 57 von D9 enthalten, weisen nämlich bereits zwangsläufig diese Eigenschaften auf. Die Mittel des Streitpatents sollen sich darüber hinaus insbesondere als Haarfestiger eignen (vgl. Anspruch 2 des Hilfsantrags 4 i. V. m. S. 5 Abs. [0027] und den Beispielen 2 bis 6 des Streitpatents). Um ausgehend von D9 die Mittel insbesondere im Hinblick für ihre Eignung als

Haarfestiger zu verbessern und zum Gegenstand des Anspruchs 1 nach Hilfsantrag 4 zu gelangen, war es für den Fachmann durch D10 bis D10b nahegelegt, dem Mittel eine nichtionische Stärke zuzusetzen. Als Fachmann ist dabei ein Kosmetikchemiker zu betrachten, der mit einem Physiker oder Physikochemiker, der sich mit dem Fließverhalten von Polymeren in wässrigen und alkoholischen Lösungen auskennt, zusammenarbeitet. Die Dokumente D10 bis D10b betreffen einen Vortrag (D10a) über die Anwendung von AMAZE[®], einem nichtionisch modifizierten Stärkederivat, und einen Werbeprospekt (D10b) über AMAZE[®], deren öffentliche Zugänglichkeit vor dem Anmeldetag des Streitpatents unwidersprochen von der Patentinhaberin durch die eidesstattliche Versicherung (D10) belegt ist. AMAZE[®] wird dabei als nichtionisch modifizierter Stärkefestiger bezeichnet, der Haarfestigern in Form von Schäumen und Gelen zugesetzt wird, nicht klebrig ist und dem Haar einen griffigen Halt verleiht (vgl. D10b S. 1 li. Sp. Abs. 1 und 2 i. V. m. D10a S. 2 obere Folie). Diese nichtionisch modifizierte Stärke kann mit anionischen und kationischen Polymeren kombiniert werden, wobei die in D9 und im Anspruch 1 des Hilfsantrags 4 genannten Polymere Flexan[®] 130 (Natriumsalz von Polystrolsulfonat) und Polyquaternium-11 besonderes hervorgehoben werden (D10b S. 2 mittlere Sp. unter Hold bis re. Sp. Abs. 1; D10a S. 6 obere Folie). Dabei wird auch eine Mischung von 1,5 % AMAZE[®] mit 0,5 % Flexan[®] 130 in wässriger Lösung herausgestellt. Im Streitpatent werden gleichfalls diese Polymere in Kombination eingesetzt (vgl. S. 6 Beispiele 2 bis 4). Der Fachmann wird nicht erwarten, dass sich durch den Zusatz des nichtionischen Stärkederivats das antithixotrope Verhalten des Mittels ändert, da er lediglich von ionisch gegensätzlich geladenen Polymeren, die ein Assoziat bilden können, einen Einfluss auf das rheologische Verhalten des Mittels erwartet. Er war also nicht davon abgehalten, durch einen einfachen Versuch festzustellen, ob beim Zusatz von 1,5 % des Stärkederivats zu einem Mittel, das 0,5 Gew.% des anionischen Polymers und 0,5 Gew.% des kationischen Polymers, wie Beispiel 57 von D9, enthält, das antithixotrope Verhalten erhalten bleibt. Wie die Einsprechende in der mündlichen Verhandlung gezeigt hat, fällt diese Mischung dann auch Mitten in den die antithixotropen Mischungen kennzeichnenden schraffierten Bereich der Abbildung 1/1

des Anspruchs 1 des Hilfsantrags 4. Der Fachmann brauchte also weder die Mengenverhältnisse der Polymeren zur Gesamtzusammensetzung noch zur Gesamtmenge der Polymeren zu verändern, um durch die von D9 und D10a, b nahegelegte Kombination zu den Mitteln des Anspruchs 1 des Hilfsantrags 4 zu gelangen.

Der Anspruchs 1 des Hilfsantrags 4 hat daher mangels erfinderischer Tätigkeit seines Gegenstandes keinen Bestand.

6. Die übrigen Ansprüche nach dem Hauptantrag und den Hilfsanträgen 1 bis 4 teilen das Schicksal der jeweiligen Ansprüche 1 (vgl. BGH GRUR 1997, 120 - elektrisches Speicherheizgerät).

gez.

Unterschriften