



BUNDESPATENTGERICHT

14 W (pat) 323/03

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
20. August 2004

...

BESCHLUSS

In der Einspruchssache

betreffend das Patent 196 46 759

...

hat der 14. Senat (Technischer Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 20. August 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Schröder, der Richter Harrer und Dr. Gerster sowie der Richterin Dr. Schuster

beschlossen:

Auf den Einspruch wird das Patent 196 46 759
in vollem Umfang aufrechterhalten.

Gründe

I

Die Erteilung des Patents 196 46 759 mit der Bezeichnung

„Verwendung eines optischen Aufhellers in einem Desinfektionsmittel“

ist am 9. Januar 2003 veröffentlicht worden.

Gegen dieses Patent ist am 18. März 2003 Einspruch erhoben worden. Der Einspruch ist auf die Behauptung gestützt, der Gegenstand des Streitpatents sei gegenüber dem insbesondere durch die Entgegenhaltungen

D1 Conrad, C. Die hygienische Händedesinfektion. In: Deutsche Krankenpflegezeitschrift, Heft 7, 1983, S 495-497

- D2 Buchrieser, O. et al: Unzureichende Benetzung als Schwachstelle bei der Durchführung der hygienischen Händedesinfektion. In: Hyg Med (Hygiene + Medizin; Zeitschrift für angewandte Hygiene in Krankenhäusern und Praxis), Heft 12, 1996, S 670 bis 673
- D3 Österreichische Gesellschaft für Hygiene, Mikrobiologie und Präventivmedizin, Programm der 25. Jahrestagung am 21. – 23. Mai 1996 in Innsbruck
- D4 Jahrestagung der Österreichischen Gesellschaft für Hygiene, Mikrobiologie und Präventivmedizin, Vol 21 (1996) Abstract Nr 23
- D5 Römpf – Chemie Lexikon, Band 2, Thieme Verlag Stuttgart, 9. Auflage 1990, S 1403 – 1404 und
- D6 EP 0 243 300 A2

belegten Stand der Technik nicht mehr neu und beruhe auch nicht auf einer erfinderschen Tätigkeit.

Die Einsprechende ist der Ansicht, die Verwendung von Desinfektionsmitteln mit einem Gehalt an optischen Aufhellern zur Verbesserung der Händedesinfektion sei in D1 bereits vorbeschrieben. Nachdem in Absatz [0008] der Patentschrift optische Aufheller als Verbindungen charakterisiert seien, welche durch ultraviolette Strahlung zur Fluoreszenz im sichtbaren Wellenlängenbereich angeregt würden, sei Fluorescein, der fluoreszierende Inhaltsstoff der D1, mithin als optischer Aufheller anzusehen.

Im Übrigen rege die Zusammenschau der Entgegenhaltungen D1 und D5 zur Verwendung von optischen Aufhellern in Desinfektionsmitteln an, nachdem in D5 im Zusammenhang mit der Beschreibung der physikalischen Eigenschaft „Fluoreszenz“ bereits auf optische Aufheller hingewiesen werde. Auch die Kombination der Entgegenhaltungen D1 und D6 lege die Verwendung optischer Aufheller in

Desinfektionsmitteln nahe; denn D6 empfehle diese Stoffgruppe bereits zur Anfärbung tierischer und menschlicher Gewebe. Ein Hygiene-Fachmann, der eine mikrobiologische Vorbildung habe, werde durch diese Arbeitsweise auf die Verwendung von optischen Aufhellern zur Benetzungskontrolle hingewiesen.

Die Einsprechende beantragt,

das Patent zu widerrufen.

Die Patentinhaberin beantragt,

den Einspruch als unzulässig zu verwerfen und für den Fall der Zulässigkeit des Einspruchs, das Patent in vollem Umfang aufrecht zu erhalten.

Sie ist zunächst der Ansicht, dass der Einspruch als unzulässig zu verwerfen sei, weil die Rechtsperson der Einsprechenden an dem innerhalb der Einspruchsfrist eingereichten Vortrag nicht zweifelsfrei zu erkennen sei.

Darüber hinaus tritt sie dem Vorbringen der Einsprechenden in allen Punkten entgegen. Weder sei die Verwendung optischer Aufheller durch das in D1 beschriebene Arbeitsverfahren zur Händedesinfektion vorbeschrieben, weil dieses lediglich die Durchführung einer visuellen Kontrolle unter Verwendung des die Haut reizenden Farbstoffes Fluorescein ermögliche, der nicht unter die patentgemäß verwendeten optischen Aufheller falle. Auch führe die technische Lehre der Entgeghaltung D6, welche auf die Anfärbung und den Nachweis von Pilzen in totem Gewebe oder in Körperflüssigkeit und daran anschließender Betrachtung unter dem Mikroskop gerichtet sei, von der technischen Lehre der Erfindung, in der Benetzungskontrolle, weg. Daher könne auch die Zusammenschau von D1 und D6 die Erfindung nicht nahe legen. Im Übrigen vermittle auch der Hinweis aus D5, wonach optische Aufheller als

Weißtöner Textilien, Waschmitteln oder Papier zugesetzt würden, dem Fachmann nicht die Lehre, diese in Desinfektionsmitteln zu verwenden.

Zur Stützung ihrer Argumente übergibt sie einen Auszug aus dem FLUKA-Katalog 1995/96 unter Hinweis auf die Anmerkung zum dort aufgeführten Fluorescein, wonach eine Berührung von Haut und Augen mit dem Farbstoff zu vermeiden sei, und demonstriert an Hand zweier Produkte der Patentinhaberin „Desderman N“ und „Desderman N Optik“ -enthaltend einen optischen Aufheller auf Stilben-Basis- und einer 0,02% Fluorescein enthaltenden Vergleichsprobe von „Desderman N“ die Farbgebung der Desinfektionsmittel im Tageslicht und unter UV-Licht.

Der geltende Patentanspruch 1 lautet:

„Verwendung eines optischen Aufhellers in einem Desinfektionsmittel zur Desinfektion der Haut, Hände, Schleimhaut oder von Geräten und Arbeitsflächen zur Kontrolle der Vollständigkeit der Benetzung der mit dem Desinfektionsmittel behandelten Oberflächen.“

Wegen weiterer Einzelheiten, insbesondere zum Wortlaut der Ansprüche 2 und 3, welche Konzentrationsangaben bei der Verwendung des optischen Aufhellers im Desinfektionsmittel nach Anspruch 1 betreffen, wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II

1. Über den Einspruch ist gemäß § 147 Abs 3 Satz 1 Ziff 1 PatG durch den Beschwerdesenat des Bundespatentgerichts zu entscheiden.
2. Der Einspruch ist frist- und formgerecht erhoben, mit Gründen versehen und somit zulässig.

Er ist auch nicht deshalb unzulässig, weil die Identität der Einsprechenden, wie die Patentinhaberin meint, nicht feststeht.

Zutreffend hat die Patentinhaberin zwar darauf hingewiesen, dass nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung der innerhalb der Einspruchsfrist eingereichte Vortrag die Person des Einsprechenden zweifelsfrei erkennen lassen muss.

Diese Voraussetzungen sind hier im Einspruchsschriftsatz aber erfüllt.

Die von der Patentinhaberin geltend gemachten Zweifel an der Person der Einsprechenden greifen nicht durch. Entgegen der Ansicht der Patentinhaberin ist nicht unklar, wer Einspruch eingelegt hat, ob die B... AG oder die B1... GmbH. Bei verständiger Würdigung des Einspruchsschriftsatzes und der übrigen dem Patentamt innerhalb der Einspruchsfrist vorliegenden Unterlagen (siehe dazu BGH GRUR 1990, 108 – „Meßkopf“) ist hier die Identität der Einsprechenden zweifelsfrei erkennbar.

Der Einspruchsschriftsatz enthält im Briefkopf das Firmenlogo B2... und B... sowie die Anschrift der B... AG. Weiter ist bei der einleitenden Formulierung der Einspruchserhebung gemäß § 59 PatG auch nicht die Rede davon, dass der Einspruch im Namen und Auftrag einer anderen Rechtsperson erhoben wird. Die Einspruchsschrift ist zudem unterzeichnet mit B... AG Patentabteilung, Unterschrift Dr. R... und Unterschrift Dr. K... Die unter der Unterschrift Dr. R... befindlichen Angaben geben zu einer anderen Beurteilung keinen Anlass. Dies insbesondere bereits deshalb nicht, weil sich der Zusatz „für B1... GmbH“ eindeutig auf die in der Klammer angegebene und näher bezeichnete, mit Nr. versehene Angestelltenvollmacht -AngAV- bezieht. Denn wie aus den dem Patentamt innerhalb der Einspruchsfrist vorliegenden Unterlagen ersichtlich, ist nachweislich die Hinterlegung einer AngAV der B1... GmbH & Co. für Frau Dr. R... seit dem 8. August 2001 registriert. Es wäre allerdings

klarer gewesen, wenn sich die Klammer nicht hinter „AngAV“, sondern hinter „GmbH“ befunden hätte.

Ebenso unschädlich ist in diesem Zusammenhang, dass bei der Firmenbezeichnung B1... GmbH der Firmenzusatz & Co. fehlt, da es für die Einsprechende bei dieser Benennung nur darauf ankam zu belegen, dass es sich nicht um eine von Beiersdorf ausgestellte AngAV für Frau Dr. R... handelt. Trotz dieser Ungenauigkeit besteht mithin keine Unklarheit darüber, dass vorliegend Einsprechende die B... AG ist. Ob die Patentabteilung der B... AG in anderen Verfahren die Interessen ihrer juristisch selbständigen Tochterfirma B1... GmbH & Co. wahrnimmt, wie die Patentinhaberin noch vorträgt, ist demnach hier für die Würdigung der Person der Einsprechenden ohne Belang.

Im Übrigen hat auch die Eingangsstelle des Deutschen Patent- und Markenamts keinen Zweifel an der Person der Einsprechenden gehabt, indem auf Grund des eingereichten Abbuchungsauftrages auch die Abbuchung der Einspruchsgebühr vom Konto der B... AG erfolgt ist.

Nach allem kann zweifelsfrei festgestellt werden, dass Einspruch von der Beiersdorf AG erhoben worden ist.

Der Einspruch ist somit zulässig; er hat jedoch keinen Erfolg.

3. Bezüglich der Offenbarung der geltenden Ansprüche 1 bis 3 bestehen keine Bedenken; sie entsprechen den erteilten Ansprüchen 1 bis 3 und sind aus den ursprünglich eingereichten Ansprüchen 1 bis 4 iVm Seite 3 Zeilen 25 bis 29 der ursprünglichen Beschreibung herleitbar.

Das Patent betrifft die Verwendung eines optischen Aufhellers in einem Desinfektionsmittel zur Desinfektion der Haut, Hände, Schleimhaut oder von Geräten und

Arbeitsflächen zur Kontrolle der Vollständigkeit der Benetzung der mit dem Desinfektionsmittel behandelten Oberflächen, dh ein Kontrollverfahren unter Verwendung des genannten Desinfektionsmittels. Nach bekannten Verfahren zur visuellen Kontrolle des Auftrags von Desinfektionsmitteln werden, wie die Beschreibung der vorliegenden Patentschrift einleitend schildert, üblicherweise stark gefärbte Präparate verwendet, die den Nachteil haben, dass sie eventuell auftretende Blässe der Haut im Operationsfeld überdecken, wobei zur Bekämpfung der Ursachen derselben erforderliche Maßnahmen ggf erst verzögert erfolgen. Darüber hinaus haften die Farbstoffe lange auf der Haut und führen auch bei Kleidung, Geräten und Fußböden im Operationsbereich zu schwer zu beseitigenden Verfärbungen (aaO S 2 Abs [0003]).

Dementsprechend lässt sich den geltenden Unterlagen als die zu lösende Aufgabe entnehmen, Desinfektionsmittel zu schaffen, welche nicht die Nachteile üblicherweise stark färbender Präparate aufweisen, trotzdem aber eine einfache Kontrolle des Auftrags der Mittel auf die Haut- bzw Schleimhautoberfläche erlauben, um eine lückenlose Desinfektion des Operationsfeldes sicherstellen zu können (S 2 Abs [0006]). Gelöst wird diese Aufgabe durch den Einsatz eines im geltenden Anspruch 1 angegebenen Desinfektionsmittels, bei dem ein optischer Aufheller verwendet wird.

4. Die Neuheit des Gegenstandes von Anspruch 1 ist gegeben.

In keiner der Entgegenhaltungen ist ein Verfahren zur Kontrolle der Vollständigkeit der Benetzung der mit dem Desinfektionsmittel behandelten Oberflächen ausgehend von dem im Anspruch 1 aufgeführten, einen optischen Aufheller enthaltenden Desinfektionsmittel beschrieben.

Entgegenhaltung D1 lehrt die hygienische Händedesinfektion. Sie richtet sich an Hygienefachkräfte, die zur Sensibilisierung des Personals bei Fortbildungen und Schulungen einen mit Fluorescein versetzten Alkohol anwenden, um nach dem

Trocknen unter UV-Licht die desinfizierten Stellen sichtbar zu machen (S 496 vorletz Abs). Im Unterschied zum patentgemäß verwendeten Desinfektionsmittel enthält das Mittel nach D1 den zu den Tagesleuchtfarben gehörenden Farbstoff Fluorescein.

Dagegen sind optische Aufheller farblose oder nur wenig farbige Verbindungen. Sie unterscheiden sich von Fluoreszenz-Farbstoffen dadurch, dass sie ultraviolettes Licht absorbieren und sichtbares Licht emittieren; Fluoreszenz-Farbstoffe hingegen absorbieren und emittieren nur im sichtbaren Bereich (vgl gutachtlich Ullmann 4. Aufl Bd 17, S 460 li Sp über Abb 2 und Abschnitt 1; S 468 re Sp Abschnitt 3 iVm Abs 1 von Abschnitt 3.1; S 470 re Sp Abschnitt 3.6).

Fluorescein fällt auch nicht unter Berücksichtigung der Erläuterungen in der Beschreibung der Streitpatentschrift unter die optischen Aufheller. Auf Seite 2 Absatz [0008] ist zwar angegeben, dass optische Aufheller Verbindungen sind, welche durch ultraviolette Strahlung zur Fluoreszenz im sichtbaren Wellenlängenbereich angeregt werden, aber nach Absatz [0009] sind die gemäß Streitpatent einzusetzenden Desinfektionsmittel bei Tageslicht ungefärbt.

Druckschrift D2 ist nachveröffentlicht. Zum Beleg, dass der Inhalt der D2 jedoch bereits vor dem Anmeldetag des Streitpatents der Öffentlichkeit zugänglich war, hat die Einsprechende zwar auf das vorveröffentlichte Programm der Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Hygiene, Mikrobiologie und Präventivmedizin (D3) und die zugehörige Sammlung der Abstracts (D4) hingewiesen. Die Ergebnisse der in der D2 referierten Studie gehen indessen nicht über den Inhalt der Entgegenhaltung D1 hinaus.

Die Druckschrift D5 erörtert die physikalische Grundlage für das Zustandekommen der Fluoreszenz (S 1403 re Sp Stichwort „Fluoreszenz“).

Entgegenhaltung D6 beschreibt ein Verfahren, Präparate und deren Herstellung zum Nachweis von Pilzen und Algen in tierischem oder menschlichem Gewebe mit einem Stilben-Aufheller, sowie eine diesen enthaltende Test-Packung und die Verwendung des optischen Aufhellers in einem Verfahren zum Nachweis von Pilzen (Ansprüche 1,9,16,17 u 21). Wegen der hierfür erforderlichen Aufbereitung der unter dem Fluoreszenz-Mikroskop zu betrachtenden Proben, die sich ausweislich der Beispiele 1 bis 3 gänzlich vom patentgemäßen, durch einfaches Aufbringen auf die Haut gekennzeichneten Arbeitsverfahren unterscheidet, hat die Einsprechende ihren Vorhalt der mangelnden Neuheit des Gegenstandes nach Anspruch 1 in der mündlichen Verhandlung nicht weiter aufrecht erhalten.

5. Der Gegenstand nach Anspruch 1 des Streitpatents beruht auch auf einer erfinderischen Tätigkeit.

Bei deren Beurteilung ist von der bereits vorstehend genannten Aufgabe auszugehen, die durch den Einsatz eines im geltenden Anspruch 1 angegebenen Desinfektionsmittels, bei dem ein optischer Aufheller verwendet wird, gelöst wird.

Von einer vergleichbaren Aufgabe geht auch die Entgegenhaltung D1 aus. Sie lehrt die hygienische Händedesinfektion unter Verwendung eines fluoreszierenden Desinfektionsmittels, mittels dessen Unzulänglichkeiten bei der Desinfektion unmittelbar sichtbar gemacht werden können. Mit der Unterscheidung benetzter und unbenetzter Hautareale im UV-Licht ist eine zuverlässige Benetzungskontrolle möglich. Die benetzten Stellen zeigen sich hellgelb (S 496 vorletz Abs). Anregungen dahingehend, den Farbstoff Fluorescein, der selbst färbend wirkt, im Desinfektionsmittel zur Vermeidung von nachteiligen Verfärbungen auf der Haut oder auf Gegenständen durch einen optischen Aufheller zu ersetzen, lassen sich dieser Entgegenhaltung aber nicht entnehmen.

Die Einsprechende hat hierzu vorgetragen, es habe dennoch nahe gelegen, das Fluorescein durch einen anderen fluoreszierenden Bestandteil, nämlich einen optischen Aufheller, auszutauschen. Der Fachmann werde schon durch die Nennung

von optischen Aufhellern im Zusammenhang mit der Erörterung des Begriffes „Fluoreszenz“ in D5 auf diese Möglichkeit hingewiesen (S 1404 re Sp Abs 2), weshalb der Gegenstand gemäß Anspruch 1 nicht auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhe. Dieser Einwand vermag jedoch nicht durchzugreifen, weil sich die Ausführungen zur Fluoreszenz in D5 in der Aufzählung von dem Fachmann bekannter Eigenschaften der optischen Aufheller als Weißtöner erschöpfen (S 1404 re Sp Abs 2). Der Einwand der Einsprechenden beruht daher nach Überzeugung des Senats auf einer unzulässigen rückschauenden Würdigung des Standes der Technik.

Entgegen der Auffassung der Einsprechenden regt auch die europäische Patentanmeldung 0 243 300 (D6) nicht dazu an, die Lehre der D1 im Sinne des vorliegenden Patents weiterzuentwickeln. Sie verfolgt das Ziel, eine schnelle und zuverlässige

Diagnose von Pilzinfektionen zu ermöglichen (S 2 Z 35/36). Die optischen Aufheller dienen hierbei der Anfärbung der charakteristischen Strukturen von Pilzen und Algen (S 4 Z 28 bis 30). Der Entgegenhaltung D6 liegt damit eine ersichtlich andere Aufgabenstellung als dem patentgemäßen Arbeitsverfahren zu Grunde. Zur Lösung dieser Aufgabenstellung wendet der Fachmann -hier eine mikrobiologisch erfahrene Fachkraft- Maßnahmen an, die von der patentgemäßen Lösung wegführen, indem er nämlich das zu untersuchende Gewebe mit geeigneten Methoden fixiert, färbt und unter dem Fluoreszenz-Mikroskop betrachtet (Beispiele 1 bis 3 iVm Ansp 1). Selbst unter Beachtung des Hinweises der Einsprechenden, wonach in D6 (S 4 Z 40 bis 44) bereits die Anfärbung von tierischem und menschlichem Gewebe mittels optischer Aufheller empfohlen worden sei, erhält der Fachmann keine Anregung, zur Kontrolle der Vollständigkeit der Benetzung der mit dem patentgemäß eingesetzten Desinfektionsmittel behandelten Oberflächen in das Desinfektionsmittel optische Aufheller einzuarbeiten. Der erwähnte Hinweis stellt lediglich auf die verbesserte Wirkung der in der D6 verwendeten Aufheller gegenüber bekannten Aufhellern ab, nicht aber auf das patentgemäß andere Arbeitsverfahren.

Im Ergebnis führen Aufgabe und Lösung der Entgegenhaltung D6 in eine andere Richtung und können dem Fachmann daher auch in der Zusammenschau mit der D1 keine Anregung zur Durchführung des vorliegenden Arbeitsverfahrens vermitteln.

Hinzu kommt, dass die Fachwelt noch in unmittelbarer zeitlicher Nähe zum vorliegenden Patent und in Kenntnis der bereits 1987 veröffentlichten europäischen Patentanmeldung D6 einen anderen Weg der Desinfektionskontrolle beschritten hat, nämlich den zur Verwendung einer Fluorescein enthaltenden Desinfektionslösung, wie im Mai 1996 anlässlich der Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Hygiene, Mikrobiologie und Präventivmedizin (D3) berichtet und in D4 referiert wird. Dies spricht nach Überzeugung des Senats ebenfalls dafür, dass die Lehre des vorliegenden Patents dem Fachmann nicht nahe gelegen hat.

Auch die Berücksichtigung der übrigen dem Senat vorliegenden Druckschriften führt zu keiner anderen Beurteilung des Sachverhalts.

6. Nach alledem ist der Gegenstand des geltenden Patentanspruchs 1 neu und beruht auch auf einer erfinderischen Tätigkeit, so dass dieser Anspruch Bestand hat.

Das Gleiche gilt für die auf den Patentanspruch 1 rückbezogenen Ansprüche 2 und 3, die bevorzugte Ausführungsformen betreffen.

Schröder

Harrer

Gerster

Schuster

Na