



# BUNDESPATENTGERICHT

14 W (pat) 11/10

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
28. Juni 2013

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

**betreffend die Patentanmeldung 102 06 995.6-41**

...

hat der 14. Senat (Technischer Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 2013 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Maksymiw, der Richter Dr. Gerster, Schell und Dr. Jäger

beschlossen:

1. Der Beschluss der Prüfungsstelle für Klasse A23L des Deutschen Patent- und Markenamts vom 24. Februar 2010 wird aufgehoben.
2. Das Patent wird mit folgenden Unterlagen erteilt:

Patentansprüche 1 bis 15 gemäß Hauptantrag vom  
28. Juni 2013,

sowie angepasste Beschreibung vom 28. Juni 2013.

## **Gründe**

### **I**

Mit Beschluss vom 24. Februar 2010 hat die Prüfungsstelle für Klasse A23L des Deutschen Patent- und Markenamts die Patentanmeldung mit der Bezeichnung

"Mikronährstoffkombinationsprodukt mit Pro- und Prebiotika"

zurückgewiesen.

Die Anmeldung wurde zurückgewiesen, weil die Gegenstände der seinerzeit geltenden jeweiligen Ansprüche 1 gemäß Hauptantrag und den Hilfsanträgen 1 bis 6 gegenüber dem aus

D3 WO00/07 606 A2

D6 DE 198 30 528 A1

- D8 UNGER, S.: Die Bedeutung von Pro- und Präbiotika in der Ernährung. In: J. Ernährungsmed. (1999), Vol. 1, S. 22-29
- D9 FOOKS, L.J. [u. a.]: Prebiotics, probiotics and human gut microbiology. In: Int. Dairy J. (1999), Vol. 9, S. 53 - 61. - ISSN: 0958-6946
- D12 WO 97/16 198 A1
- D13 DE 100 08 279 A1
- D16 DE 201 16 346 A1

bekanntem Stand der Technik nicht auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhe. Insbesondere wird im Beschluss ausgeführt, dass ausgehend von D6, woraus bekannt sei, die probiotischen Mikroorganismen von allen anderen ernährungsphysiologisch wertvollen Substanzen in Mehrschichttabletten zu trennen, wobei in einer Schicht ausschließlich die Probiotischen Mikroorganismen vorlägen, der Fachmann aus D16 die Anregung entnehmen konnte, ein Mikronährstoffprodukt als Kombinationsprodukt in Form mehrerer getrennt vorliegender und verabreichbarer Anteile zu formulieren. Die probiotischen Bakterienstämme gemäß Hilfsantrag 1 seien als Probiotika in Nahrungsergänzungsmitteln aus D3, D8, D9 D12 und D13 bekannt. Der Fachmann konnte daher ohne weiteres diese an sich bekannten Probiotika nach Belieben zur Rezeptur der D6 vorschlagen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, mit der sie ihr Patentbegehren mit den in der mündlichen Verhandlung überreichten Patentansprüchen 1 bis 15 und einer hieran angepassten Beschreibung weiterverfolgt. Die unabhängigen Ansprüche 1, 14 und 15 lauten:

1. Probiotika enthaltendes Mikronährstoffkombinationsprodukt, **dadurch gekennzeichnet**, dass das Mikronährstoffkombinationsprodukt mindestens zwei voneinander getrennt verabreichbare Produktanteile mit unterschiedlicher Zusammensetzung enthält, wobei ein erster Anteil als wirksame Bestandteile Probiotika enthält

und der zweite Anteil als wirksame Bestandteile Prebiotika, Spurenelemente, Vitamine und sekundäre Pflanzenstoffe enthält, und wobei die probiotischen Kulturen *Enterococcus faecium* und zusätzlich Milchsäurebakterien enthalten, ausgewählt aus der Gruppe enthaltend *Bifidobacterium lactis*, *Bifidobacterium animalis*, *Lactococcus lactis*, *Lactobacillus casei* und/oder *Lactobacillus salivarius*.

14. Verwendung eines Probiotika enthaltenden Mikronährstoffkombinationsproduktes nach einem der vorherigen Ansprüche zur diätetischen Behandlung bei Störungen, Beschwerden oder Krankheiten, ausgewählt aus der Gruppe enthaltend:

Allergien wie atopisches Ekzem, allergisches Asthma, Rhinitis allergica, Nahrungsmittelallergie;  
nach Chemo- und Strahlentherapie;  
nach Antibiotikaeinnahme;  
Gastroenteritiden;  
Laktoseintoleranz;  
chronisch-entzündliche Darmerkrankungen wie Colitis ulcerosa, Morbus Crohn;  
hepatische Enzephalopathie; und/oder  
Hypercholesterinämie.

15. Verwendung eines Probiotika enthaltenden Mikronährstoffkombinationsproduktes nach einem der vorherigen Ansprüche als Mittel zur Nahrungsergänzung.

Zur Begründung ihrer Beschwerde hat die Anmelderin im Wesentlichen vorgetragen, dass die nunmehr beanspruchte Anspruchsfassung gemäß Hauptantrag gegenüber dem Stand der Technik neu sei und auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhe.

Die Anmelderin beantragt,

den Beschluss der Patentabteilung des Deutschen Patent- und Markenamts vom 24. Februar 2010 aufzuheben und das Patent mit der Maßgabe zu erteilen, dass es die Fassung des Hauptantrags vom 28. Juni 2013 erhält.

Wegen weiterer Einzelheiten, insbesondere zum Wortlaut der Patentansprüche 2 bis 13, wird auf den Akteninhalt verwiesen.

## II

Die Beschwerde ist zulässig und führt zu dem im Tenor angegebenen Ergebnis.

1. Die geltenden Ansprüche gemäß Hauptantrag sind zulässig. Der Anspruch 1 basiert auf den ursprünglichen Ansprüchen 1 bis 3 sowie S. 4 Abs. 3 bis S. 5 Abs. 1 und S. 8 Abs. 2 der Erstunterlagen. Die Ansprüche 2 bis 15 gehen auf die ursprünglichen Ansprüche 4 bis 11 und 13 bis 18 zurück.
2. Das Probiotika enthaltende Mikronährstoffkombinationsprodukt gemäß Anspruch 1 des Hauptantrags ist gegenüber dem entgegengehaltenen Stand der Technik neu.

Der Anspruch 1 weist folgende Merkmale auf:

1. Mikronährstoffkombinationsprodukt enthaltend
2. mindestens zwei Produktanteile mit unterschiedlicher Zusammensetzung
3. die getrennt verabreichbar sind, wobei
4. ein erster Anteil als wirksame Bestandteile Probiotika enthält und

5. der zweite Anteil als wirksame Bestandteile Prebiotika, Spurenelemente, Vitamine und sekundäre Pflanzenstoffe enthält,
6. wobei die probiotischen Kulturen *Enterococcus faecium* und zusätzlich Milchsäurebakterien enthalten, ausgewählt aus der Gruppe enthaltend *Bifidobacterium lactis*, *Bifidobacterium animalis*, *Lactococcus lactis*, *Lactobacillus casei* und/oder *Lactobacillus salivarius*.

In keiner der entgegengehaltenen Druckschriften wird ein Mikronährstoffkombinationsprodukt beschrieben, bei dem mindestens zwei Produktanteile mit unterschiedlicher Zusammensetzung getrennt verabreichbar sind, wobei ein erster Anteil als wirksame Bestandteile Probiotika enthält.

Denn die aus D6 bekannten Mehrschichttabletten, bei denen eine Schicht die Probiotika enthält, und die anderen Schichten ernährungsphysiologisch wertvolle Lebensmittelinhaltsstoffe enthalten, sind nicht getrennt verabreichbar (Anspruch 1). Das Mikronährstoffkombinationsprodukt der D16 ist zwar getrennt verabreichbar, enthält aber keine Probiotika (Ansprüche 4 und 5, S. 8 Abs. 2 bis 4). Aus D3 sind therapeutische Zusammensetzungen bekannt, die Milchsäurebakterien enthalten, wie die Gattungen *Lactobacillus* oder *Bifidobacterium* (Ansprüche 1, 3 und 5). In D12 werden probiotisch wirksame Formulierungen beschrieben, die durch Trocknung stabilisierte Mikroorganismen aus verschiedenen *Lactobacillus*-Spezies, *Bifidobacterium*-Spezies und *Enterococcus faecium* sowie magensaftresistente Matrixkomponenten enthalten (Ansprüche 1, 3 und 4). Aus D13 sind Milchzucker enthaltende Zusammensetzungen bekannt, die Bifidus-Bakterien enthalten (Anspruch 1). In D8 und D9 wird die Bedeutung von Pro- und Präbiotika und die Entwicklung des probiotischen Konzepts beschrieben, wobei *Lactobacillus*, *Bifidobacteria* und *Enterococci* aufgeführt werden (D8 S. 24 re. Sp. Abs. 5 bis 9; D9 S. 55 li. Sp. Abschnitt 4. bis re. Sp. Abs. 1 und Tabelle 2). Getrennt verabreichbare Kombinationsprodukte gemäß Anspruch 1 gehen aus diesen Druckschriften nicht hervor. Die weiteren dem Senat vorliegenden Druckschriften liegen vom Gegenstand des Anspruchs 1 noch weiter entfernt.

3. Das Probiotika enthaltende Mikronährstoffkombinationsprodukt gemäß Anspruch 1 des Hauptantrags beruht gegenüber dem entgegengehaltenen Stand der Technik auch auf einer erfinderischen Tätigkeit.

Der Anmeldung liegt die Aufgabe zugrunde ein verbessertes Probiotika enthaltendes Mikronährstoffkombinationsprodukt zur Verfügung zu stellen, das die Nachteile des Standes der Technik überwindet, wobei eine möglichst hohe Anzahl probiotischer Kulturen den Wirkort lebend erreicht und diese eine wesentlich verlängerte durchschnittliche Lebensdauer aufweisen, die nutritive Stimulierung des Immunsystems verbessert, die resorbierende Wirkung der Oberfläche des Darms vergrößert und zur Erhöhung der Resorption der im Nährstoffprodukt zugeführten Stoffe beiträgt (vgl. Abs. [0007, 0008, 0012] der Offenlegungsschrift).

Zur Lösung der Aufgabe konnte der Fachmann, ein Lebensmittelchemiker, der langjährig mit der Bereitstellung von Nahrungsergänzungsmitteln befasst ist, und mit einem Biologen zusammenarbeitet, der sich mit probiotischen Bakterienkulturen auskennt, von D6 ausgehen. Aus D6 sind nämlich bereits Mikronährstoffkombinationsprodukte bekannt, die trotz der Zusätze von Vitaminen, Mineralien, Ballaststoffen etc. eine stabil bleibende Anzahl von probiotisch wirkenden, die Darmflora stabilisierenden Mikroorganismen enthalten. Bei D6 wird dieses Ziel durch die Formulierung einer Mehrschichttablette erreicht, bei der die probiotischen Mikroorganismen in einer getrennten Schicht zur Verfügung gestellt werden (Anspruch 1 i. V. m. Sp. 1 Z. 60 bis Sp. 2 Z. 4). Aus D6 ist dem Fachmann damit zwar bekannt, die Probiotika in einem Kombinationsprodukt getrennt von den anderen Bestandteilen entsprechend den Merkmalen 1, 2, 4, 5 zu formulieren. Eine getrennte Verabreichung wird aber in D6 nicht in Betracht gezogen. Aus dem von der Anmelderin mit Eingabe vom 17. Dezember 2007 vorgelegten Aktivitätstest geht hervor, dass gerade die von den anderen Mikronährstoffen getrennte Verabreichung der Probiotika die biologische Aktivität bestimmter probiotischer Kulturen nach der Simulation einer Magenpassage erhält, da der pH-Wert durch die Säureproduktion der noch aktiven Bakterien absinkt (vgl. Aktivitätstest Anlage 1b S. 1

bis 2 und S. 2 obere Graphik). Nach der vorliegenden Anmeldung enthält das dem Aktivitätstest unterzogene Orthomol<sup>®</sup> Immun Pro die probiotischen Kulturen *Enterococcus faecium* und bestimmte Milchsäurebakterien entsprechend Merkmal 6 des Anspruchs 1 (Beispiel 1 und S. 6 Tabelle I der Offenlegungsschrift). Darüber hinaus ist in der Anmeldung ausgeführt, dass die Kombination von *Enterococcus faecium* und Milchsäurebakterien die gestellte Aufgabe in besonderem Maße löst, und auch im Beispiel wird diese Kombination eingesetzt (vgl. Abs. [0012, 0013, 0014, 0043]). Aus D6 ist zwar bekannt, als Probiotika Milchsäurebakterien im Kombinationsprodukt zu verwenden. *Enterococcus faecium* wird aber dort nicht erwähnt. Auch im weiteren Stand der Technik erhält der Fachmann keine Hinweise die Kombination von *Enterococcus faecium* und bestimmten Milchsäurebakterien, wie sie im Merkmal 6 des Anspruchs 1 aufgeführt sind, im Produkt einzusetzen. In D3, D8 und D13 werden lediglich Milchsäurebakterien erwähnt (D3: Ansprüche 3 und 5; D8: S. 24 li. Sp. Abs. 5 bis 9; D13: Sp. 4 Z. 5 bis 7 und 39 bis 56). D9 beschreibt zwar Milchsäurebakterien und *Enterococcus faecium* als Inhaltsstoffe. Diese Bakterien werden aber lediglich in einer Tabelle von Milchsäurebakterien aufgeführt (D9: S. 55 li. Sp., Tabelle 2). In D12 werden Lactobakterien und *Enterococcus faecium* unter ausgewählten Mikroorganismen genannt. Unter anderem wird darauf hingewiesen, dass Formulierungen durch Trocknung stabilisierte Mikroorganismen der Spezies *Enterococcus faecium* und/oder *Lactobacillus acidophilus* umfassen können. Eine Anregung die Kombination von *Enterococcus faecium* mit den im Merkmal 6 des Anspruchs 1 genannten Bakterien zu verwenden ist aber D12 nicht zu entnehmen (Ansprüche 4 und 7 i. V. m. S. 4 le. Abs. bis S. 5 Abs. 1 und S. 5 Abs. 6).

D16 beschreibt zwar getrennt verabreichbare Mikronährstoffkombinationsprodukte. Eine Anregung zur Lösung der anmeldungsgemäßen Aufgabe durch den Gegenstand des Anspruchs 1 kann D16 aber bereits deshalb nicht liefern, da die Produkte der D16 keine Probiotika umfassen. Die weiteren im Prüfungsverfahren genannten Druckschriften liegen vom Gegenstand des Anspruchs 1 weiter entfernt. Sie können ebenfalls keinen Anlass zur Lösung der Aufgabe durch den

Gegenstand des Anspruchs 1 bieten. Der Gegenstand des Anspruchs 1 gemäß Hauptantrag ergibt sich damit nicht in nahe liegender Weise aus dem Stand der Technik.

4. Der Gegenstand nach Anspruch 1 gemäß Hauptantrag erfüllt somit alle Kriterien der Patentfähigkeit. Der Anspruch 1 gemäß Hauptantrag ist daher gewährbar.

Die Ansprüche 2 bis 13 betreffen besondere Ausgestaltungen des Gegenstandes des Anspruchs 1 gemäß Hauptantrag und sind mit diesem gewährbar.

5. Die Patentfähigkeit der Verwendung des Probiotika enthaltenden Mikronährstoffkombinationsproduktes nach einem der Ansprüche 1 bis 13 gemäß Anspruch 14 des Hauptantrags zur diätetischen Behandlung bei Störungen, Beschwerden oder Krankheiten bzw. gemäß Anspruch 15 des Hauptantrags als Mittel zur Nahrungsergänzung wird sinngemäß von den für das bereitgestellte Mikronährstoffkombinationsprodukt gemäß Anspruch 1 des Hauptantrags ausgeführten Gründen getragen. Die Ansprüche 14 und 15 gemäß Hauptantrag sind daher gleichfalls gewährbar.

Maksymiw

Gerster

Schell

Jäger

Fa