

BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 77/00

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 395 03 420

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 22. Januar 2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Buchetmann sowie der Richterinnen Winter und Schwarz-Angele

BPatG 152

6.70

beschlossen:

Die Beschwerde der Markeninhaberin wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Eingetragen worden ist unter der Rollenummer 395 03 420 die Marke

Euvekan

nach Beschränkung des Warenverzeichnisses im Beschwerdeverfahren nunmehr noch bestimmt für die Waren

"Arzneimittel, nämlich nicht rezeptpflichtige Arzneimittel, chemische Erzeugnisse für Heilzwecke; pharmazeutische Drogen".

Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der rangälteren Marke 499 966

Eunerpan,

die unter anderem eingetragen ist für

"Arzneimittel, chemische Erzeugnisse für Heilzwecke und Gesundheitspflege, pharmazeutische Drogen".

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent(- und Marken)amts hat in zwei Beschlüssen eine Verwechslungsgefahr bejaht und die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet. Ausgehend von identischen Waren und allgemeinen

Verkehrskreisen seien strenge Anforderungen an den Markenabstand zu stellen. Auch bei nur geringer Berücksichtigung der den Zeichen gemeinsamen kennzeichnungsschwachen Endung "an" stimmten die Marken auch in den Bestandteilen "Eu" sowie der Silbengliederung und dem Sprechrhythmus somit insgesamt zu stark überein, als daß Verwechslungen hinreichend sicher vermieden werden könnten.

Der Erinnerungsbeschluß ist am 22. November 1999 erlassen worden. Zu diesem Zeitpunkt lag der Markenstelle ein Schriftsatz der Widersprechenden vom 2. September 1998 vor, der aber nicht an die Inhaberin der angegriffenen Marke weitergeleitet worden war. Diese erhielt den Schriftsatz erst zusammen mit dem für sie nachteiligen Beschluß übermittelt.

Die Markeninhaberin hat Beschwerde erhoben. Sie behauptet, bei dem mit der Widerspruchsmarke gekennzeichneten Arzneimittel handle es sich um ein hochpotentes Psychopharmakon, das nur auf Rezept abgegeben werde. Infolgedessen erhebe sie den Einwand mangelnder Benutzung der Widerspruchsmarke für rezeptfreie Arzneimittel. Ihr eigenes Warenverzeichnis "beschränke" sie auf nicht rezeptpflichtige Arzneimittel, so daß angesichts der nunmehr unterschiedlichen angesprochenen Verkehrskreise (Fachpersonal bzw Laien) die klanglichen Abweichungen in den Marken für einen ausreichenden Abstand sorgten.

Die Markeninhaberin stellt keinen konkreten Antrag.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie macht keine über die Nichtbenutzungseinrede hinausgehende Benutzung geltend, stellt aber in Abrede, daß sie auf die Kennzeichnung allein von rezeptpflichtigen Arzneimitteln beschränkt sei. Es sei daher weiter von Warenidentität

und dem Durchschnittsverbraucher auszugehen. Bei dieser Situation reiche der Abstand der Marken nicht aus, um Verwechslungen zu vermeiden.

Ergänzend wird auf die Schriftsätze der Beteiligten sowie auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig (§ 66 MarkenG), hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

1. Der Senat hat von der Möglichkeit, das Verfahren gemäß § 70 Abs 3 Nr 2 MarkenG zurückzuverweisen abgesehen.

Auch wenn die Markeninhaberin dies nicht rügt und sie inzwischen ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme hatte, gibt das Verfahren jedoch Anlaß darauf hinzuweisen, daß bereits über 14 Monate vor Erlaß des Erinnerungsbeschlusses bei der Markenstelle ein Schriftsatz der Widersprechenden eingegangen ist, der erst mit dem Beschluß der Inhaberin der angegriffenen Marke zugestellt worden ist. Schriftsätze der Beteiligten sind grundsätzlich unverzüglich dem Gegner zu übermitteln (vgl hierzu § 59 Abs 2 MarkenG, Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl, § 59 Rdn 15). Ein Grund, der einen Eingriff in dieses unabdingbare Verfahrensprinzip des rechtlichen Gehörs (Ausschluß eines Geheimverfahrens) rechtfertigen würde, ist hier nicht ersichtlich. Dies umso weniger, als die Entscheidung erst über ein Jahr nach Eingang des Schriftsatzes ergangen ist und die Markenstelle sich den Ausführungen des zurückgehaltenen Schriftsatzes angeschlossen hat. Zudem handelte es sich bei dem fraglichen Schriftsatz um die erste sachliche Äußerung der Widersprechenden im Widerspruchsverfahren, sowie um die Bekanntgabe, daß die Widerspruchsmarke auf eine andere Inhaberin übertragen worden ist und diese nunmehr in das Verfahren eintritt. Der Markeninhaberin wurde also nicht nur

das Recht genommen, sich zu den sachlichen Ausführungen der Widersprechenden zu äußern, sondern sie wurde auch darüber im Unklaren gelassen, wer nun – nach der Meinung der Markenstelle – Beteiligte auf Seiten der Widersprechenden ist (womit ihr auch das Recht genommen wurde, sich mit deren Eintritt nicht einverstanden zu erklären). Eine möglicherweise bestehende Übung der Markenstelle, jedem Beteiligten innerhalb eines Verfahrensabschnittes nur einmal Gelegenheit zur Äußerung zu geben, widerspricht einem verfassungsrechtlichen Grundprinzip.

2. Sachlegitimation

Der Inhaberin der jüngeren Marke ist zur Kenntnis gelangt, daß auf Seiten der Widersprechenden ein Inhaberwechsel stattgefunden hat. Sie hat dem nicht widersprochen, so daß von einem vermuteten Einverständnis über den Beteiligtenwechsel gemäß § 267 ZPO analog auszugehen ist.

3. Verwechslungsgefahr

Zwischen den Marken "Eunerpan" und "Euvekan" besteht Verwechslungsgefahr gemäß § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG.

Die sich gegenüberstehenden Waren können identisch sein, denn weder die beschränkte Nichtbenutzungseinrede noch die Beschränkung des Warenverzeichnisses seitens der Inhaberin der angegriffenen Marke können bewirken, daß sich – wie die Markeninhaberin meint – nunmehr rezeptpflichtige und nicht rezeptpflichtige Arzneimittel gegenüberstünden. Eine Nichtbenutzungseinrede dergestalt, daß lediglich die Benutzung für rezeptpflichtige Arzneimittel anerkannt werde, kann eine Rechtswirkung nicht entfalten. Denn die Regelungen über den Benutzungszwang sollen nicht zur Folge haben, daß der Markeninhaber in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit zu sehr eingeschränkt wird (vgl hierzu ausführlich BPatG GRUR 1980, 54 - MAST REDIPAC und 1995, 488 APISOL/Aspisol). Auch

eine tatsächliche Beschränkung auf Rezeptpflicht, zB wegen des verwendeten, in der Regel rezeptpflichtigen Wirkstoffes, ist bei der Widersprechenden nicht erkennbar (vgl BGH MarkenR 2000, 258 f - IMMUNINE/IMUKIN). Bei den von der Widersprechenden benutzten Psychopharmaka werden eine Reihe pflanzlicher Medikamente sowie chemisch definierte Präparate angeboten, die keiner Rezeptpflicht unterliegen, das sind zB bei den pflanzlichen Antidepressiva Arzneimittel aus Johanniskraut (vgl Rote Liste 1999, zB Aristo 350, Nr 71001, Helarium Hypericum, Nr 71008), aus Baldrian (zB Sedariston Konzentrat, Nr 71048), aus Kava-Kava (zB Antares 120, Nr 71052, Eukavankapseln, Nr 71055) usw. Mit den beiden Marken können also jeweils auch nicht rezeptpflichtige Psychopharmaka gekennzeichnet werden, womit die allgemeinen Verkehrskreise angesprochen sind, die allerdings bei Arzneimitteln in der Regel etwas sorgfältiger auswählen als bei etwa gleichpreisigen Verbrauchsgütern des täglichen Lebens.

Bei einer identischen Warenlage muß entweder der Markenabstand besonders deutlich sein, oder es müssen andere Gründe vorliegen, die einen geringeren Markenabstand rechtfertigen. Beides liegt hier nicht vor. Die Widerspruchsmarke hat einen durchschnittlichen Schutzzumfang, denn die Kennzeichnung "Eunerpan" hat zwar beschreibende Anklänge, in ihrer Gesamtheit ist sie jedoch durchschnittlich unterscheidungskräftig. "Eu" ist zwar eine Vorsilbe mit der Bedeutung von "gut, schön, gut ausgebildet, normal und gesund"; "ner" kann allerdings allenfalls in Richtung auf "Nerven" deuten, und "pan" ist ein (allerdings in aller Regel am Wortanfang stehendes) Bestimmungswort von Zusammensetzungen mit der Bedeutung von "all, ganz, gesamt und völlig" (vgl dazu Duden, Das Wörterbuch medizinischer Fachausdrücke, 1992, S 249, 520), so daß die Gesamtmarke in etwa die Bedeutung von "insgesamt gesunde Nerven" haben könnte. Diese Andeutungen, die auch für den Fachmann nicht ohne weiteres erkennbar sind, bewirken aber nicht ohne weiteres eine Schwäche der Kennzeichnungskraft, des Gesamtzeichens. Beschreibende Markenteile haben lediglich bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr geringeres Gewicht.

Die jüngere Marke "Euvekan" und die Widerspruchsmarke "Eunerpan" stimmen aber nicht nur in dem für Fachleute beschreibenden Bestandteil "Eu" überein, sondern sie haben darüber hinaus Gemeinsamkeiten, die ein sicheres Auseinanderhalten bei identischen Waren nicht mehr gewährleisten. Beide haben die gleiche Vokalfolge, die selbe Silbengliederung und den gleichen Sprechrhythmus. Die Konsonanten "v" zu "n" (beide eher schwach klingend) und "k" zu "p" (beide hart klingend) sind nicht derart unterschiedlich, daß sie den Gleichklang entscheidend beeinflussen könnten. Ausgehend davon, daß der Verkehr Übereinstimmungen mehr im Gedächtnis behält als Abweichungen, reichen die Unterschiede der beiden Marken nicht aus.

Die Beschwerde ist deshalb ohne Erfolg.

Für die Kosten gilt § 71 Abs 1 Satz 2 MarkenG.

Dr. Buchetmann

Winter

Schwarz-Angele

Hu