

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 63/99

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
26. Februar 2001

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die angegriffene Marke 396 30 194

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Oktober 2000 unter unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richter Knoll und Engels

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

CEPHABRAUSE

ist am 21. August 1996 für die Waren "pharmazeutische Erzeugnisse" in das Markenregister eingetragen worden. Die Veröffentlichung der Eintragung erfolgte am 30. November 1996. Im Beschwerdeverfahren hat die Inhaberin der angegriffenen Marke das Warenverzeichnis auf "Pharmazeutische Erzeugnisse, nämlich rezeptpflichtige Antibiotika mit dem Wirkstoff aus der Cefalosporin-Gruppe" beschränkt.

Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der am 4. Februar 1985 für "Arzneimittel und pharmazeutische Erzeugnisse" eingetragenen Marke 1 073 293

CEFASEL.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat in dem angefochtenen Beschluß den Widerspruch zurückgewiesen und eine klangliche

Verwechslungsgefahr trotz strenger Anforderungen an den Markenabstand mit der Begründung verneint, daß der Übereinstimmung in der Lautfolge "CEPHA/CEFA" wegen des hierin liegenden Wirkstoffhinweises auf die Gruppe der Cephalosporine und des häufigen Vorkommens in Drittmarken keine entscheidende Bedeutung zukomme. Die übrigen Bestandteile "-BRAUSE" und "-SEL" unterschieden sich aber auch durch den bekannten Sinngehalt von "BRAUSE" deutlich. Für die Annahme einer assoziativen Verwechslungsgefahr unter dem Aspekt der Serienmarke fehle es bereits an der Wesensgleichheit eines Wortstamms. Im übrigen komme "CEPHA" wie auch "CEFA" wegen der genannten Kennzeichnungsschwäche kein Hinweischarakter auf die Widersprechende zu, zumal die angegriffene Marke nicht der Markenserie der Widersprechenden entsprechend gebildet sei.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden mit dem sinngemäßen Antrag,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

"CEFA" habe sich seit langem zu einem unterscheidungskräftigen Herkunftshinweis auf den Geschäftsbetrieb der Widersprechenden entwickelt. Der Bestandteil "Cefa" der Widerspruchsmarke sei weder beschreibend noch ein Hinweis auf die - im übrigen sich schon durch die Schreibweise unterscheidende - Wirkstoffklasse der "Cephalosporine", sondern eine reine, sich auf das Firmenschlagwort "CEFAK" beziehende Phantasiebezeichnung.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Eine Verwechslungsgefahr bestehe auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Zeichenserie, da die angegriffene Marke sich schon wegen ihrer besonderen

Schreibweise von der Widerspruchsmarke unterscheidet und als Stammbestandteil einer Markenserie ungeeignet sei. Im übrigen könne es nicht zweifelhaft sein, daß der Zeichenbestandteil "Cefa-" der Widerspruchsmarke als Hinweis auf Wirkstoffe der "Cefalosporine" wie zB "Cefaclor" verstanden werde, deshalb nur einen geringen Schutzzumfang genieße und - wie in den Parallelverfahren bereits ausführlich vorgetragen - keine mittelbare Verwechslungsgefahr begründen könne.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf den angefochtenen Beschluß, die Schriftsätze der Beteiligten sowie auf den Gegenstand der Erörterung in der mündlichen Verhandlung, in welcher auch das weitere Vorbringen der Beteiligten zu dem Parallelverfahren 25 W (pat) 89/96 einbezogen und ergänzend herangezogen worden ist.

II.

Die Beschwerde der Widersprechenden ist zulässig, insbesondere statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt, § 66 Abs 1 Satz 1, Abs 2 MarkenG.

Die Beschwerde hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Es besteht auch nach Auffassung des Senats keine Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG, so daß die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen war (§§ 42 Abs 2 Nr 1, 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG). Der Senat sieht, selbst wenn man trotz der im Warenverzeichnis der jüngeren Marke verankerten Rezeptpflicht strenge Anforderungen an den von der angegriffenen Marke einzuhaltenden Markenabstand unterstellt, weder eine unmittelbare Verwechslungsgefahr noch eine Verwechslungsgefahr durch gedankliches Inverbindungbringen begründet. Insoweit wird hinsichtlich der zu verneinenden unmittelbaren Verwechslungsgefahr auf die Ausführungen in dem zum Parallelverfahren 25 W (pat) 89/96 CEFABRAUSE / CEFASEL zeitgleich ergangenen Beschluß des Senats verwiesen.

Die Markenstelle hat auch eine Verwechslungsgefahr durch gedankliches Inverbindungbringen (assoziative Verwechslungsgefahr) unter dem Gesichtspunkt einer Markenserie (mittelbare Verwechslungsgefahr) im Ergebnis zutreffend verneint. Auch insoweit wird im wesentlichen auf die Entscheidungsgründe in vorgenanntem Verfahren Bezug genommen. Der in zwei Punkten abweichende Sachverhalt führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Zwar hat die Anmelderin nur im vorliegenden Fall - vermutlich aus Versehen - die Benutzung der Widerspruchsmarke nicht bestritten, so dass nach dem eingetragenen Warenverzeichnis, welches mit den dort aufgeführten Oberbegriffen auch Antibiotika umfasst, an sich sogar die Möglichkeit einer Verwendung beider Marken für gleiche Waren bestünde. Diesem formalen Gesichtspunkt, der bei der Prüfung einer unmittelbaren Verwechslungsgefahr uneingeschränkt heranzuziehen ist, kommt im Hinblick auf die geltend gemachte irrtümliche Zuordnung der jüngeren Marke zu einer älteren Markenserie der Widersprechenden nicht die gleiche Bedeutung zu. Insoweit kommt es nämlich darauf an, ob der Verkehr durch die Benutzung mehrerer entsprechend gebildeter Marken an die Verwendung des fraglichen Stammbestandteils als Hinweis auf die Widersprechende gewöhnt ist. Spielt somit ausnahmsweise neben dem Schutzgegenstand der Widerspruchsmarke selbst auch die Benutzung weiterer Marken und die Gewöhnung des Verkehrs eine maßgebliche Rolle, ist konsequenterweise zu berücksichtigen, auf welchem Warengbiet sich die Verkehrsauffassung herausgebildet hat. Dieses unterscheidet sich aber deutlich von den speziellen Waren, für die seitens der angemeldeten Marke Schutz beansprucht wird (vgl dazu die Ausführungen in dem zum Parallelverfahren 25 W (pat) 89/96 CEFABRAUSE / CEFASEL ergangenen Beschluß des Senats).

Andererseits wirkt sich vorliegend die abweichende Schreibweise der klanglich gleichlautenden Bestandteile "CEFA / CEPHA" zumindest in gewissem Umfang verwechslungsmindernd aus. Allerdings können hinsichtlich der Annahme der Markenstelle, es fehle bereits an dem für die Interpretation als Serienzeichen erforderlichen wesensgleichen Stammbestandteil (vgl hierzu Ingerl/Rohnke Marken-gesetz 1998, § 14 Rdn 428, 432; Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl, § 9

Rdn 215) Bedenken bestehen, obwohl sich die Widersprechende selbst auf die für ihre Markenserie typische Schreibweise mit "f" beruft.

Denn in der Rechtsprechung ist bei nur geringfügigen, dem Verkehr nicht auffallenden schriftlichen Zeichenunterschieden und klanglichem Gleichlaut eine Wesensgleichheit teilweise anerkannt (vgl BGH GRUR 1989, 350, 352 Abo/ Abbo; BPatG GRUR 1996, 128, 130 - Plak Guard / GARD, anders BPatGE 22, 193, 197 – RHINISAT / Ysat, vgl auch die Übersicht in Fezer Markenrecht, 2. Aufl, § 14 Rdn 228-229) oder ohne Erörterung dieser Frage vorausgesetzt worden (vgl BGH MarkenR 2000, 359 - Bayer / BeiChem). Dies kann hier letztlich dahingestellt bleiben. Denn die von der Markenserie abweichende Schreibweise spricht jedenfalls nicht zusätzlich für, sondern eher gegen eine Auffassung des Verkehrs, die angemeldete Marke gehöre zur Markenserie der Widersprechenden. Die insoweit bestehende Gewöhnung an die Schreibweise mit "f" legt hinsichtlich derjenigen mit "ph" auch deshalb eine Gleichsetzung etwa unter dem Gesichtspunkt einer Zeichenmodernisierung nicht unbedingt nahe, weil die Entwicklung der Orthographie (Orthografie) durchweg umgekehrt verläuft.

Nach alledem war die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen.

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde beruht auf § 83 Abs 2 MarkenG.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bot der Streitfall keinen Anlaß, § 71 Abs 1 MarkenG.

Kliems

Knoll

Engels

Pü