

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 126/00

(Aktenzeichen)

Verkündet am
25. Januar 2001

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die angegriffene Marke 398 02 563

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 25. Januar 2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richter Knoll und Brandt

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

Cefdigrün

ist unter der Nummer 398 02 563.0 als Marke für "pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse" in das Markenregister eingetragen worden. Die Markeninhaberin hat das Warenverzeichnis der angegriffenen Marke im Beschwerdeverfahren eingeschränkt auf "Antiinfektiva", wobei sie in der mündlichen Verhandlung klargestellt hat, daß das Warenverzeichnis richtig wie folgt lautet: "Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse, nämlich Antiinfektiva". Nach der Veröffentlichung der Eintragung am 20. März 1998 ist Widerspruch erhoben worden von der Inhaberin der älteren, seit dem 20. August 1954 für "Mittel zur Behandlung von Herzkrankheiten" eingetragenen Marke 661 652

Cefacardin.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat noch ausgehend von dem ursprünglichen weiteren Warenverzeichnis der angegriffenen Marke in zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen

ist, die Verwechslungsgefahr zwischen den Marken verneint und den Widerspruch zurückgewiesen. Auch wenn die Marken zur Kennzeichnung identischer Waren verwendet werden könnten und von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen sei, sei ein ausreichender Markenabstand eingehalten, zumal auch die angesprochenen allgemeinen Verkehrskreise bei Waren, welche die Gesundheit betreffen, eine gewisse Sorgfalt walten ließen. Die Vergleichsbezeichnungen stimmten lediglich in den drei Anfangsbuchstaben "Cef" und im Schlußbuchstaben "n" überein. Durch die Abweichungen im übrigen werde aber sowohl klanglich als auch schriftbildlich ein ausreichender Abstand hergestellt. Eine Verwechslungsgefahr unter dem Aspekt eines Serienzeichens komme auch nicht in Betracht. Zwar könne "Cefa" ein Stammbestandteil für Marken der Widersprechenden sein. Dieser Bestandteil sei aber mit dem Bestandteil "Cef" der jüngeren Marke nicht wesensgleich.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden, die im Verfahren keinen konkreten Antrag gestellt hat.

In der Sache hat die Widersprechende im Beschwerdeverfahren nichts vorgetragen. Vor der Markenstelle hatte sie ausgeführt, daß an den Markenabstand strenge Anforderungen zu stellen seien, zumal auch die Waren der Widerspruchsmarke von Laien empfohlen werden könnten. Es seien auch der flüchtige Betrachter und die zum Teil undeutlichen telefonischen Bestellungen zu berücksichtigen. Sowohl klanglich als auch schriftbildlich bestehe aufgrund des identischen Wortanfangs "Cef", der nahezu identischen Endung "ün" bzw "in" sowie der Ähnlichkeit von "a" und "d" im Schriftbild durchaus Verwechslungsgefahr.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Vor der Markenstelle hatte sie ausgeführt, daß keine Verwechslungsgefahr bestehe. Die Vergleichsbezeichnungen wiesen einen ganz unterschiedlichen Sprech- und Betonungsrhythmus auf und stimmten in keiner Silbe überein. Auch die klangtragenden Vokalfolgen wiesen so erhebliche Unterschiede auf, daß eine Verwechslungsgefahr ausgeschlossen sei. In schriftbildlicher Hinsicht sei ebenfalls ein ausreichender Abstand eingehalten.

Im Beschwerdeverfahren hat die Inhaberin der angegriffenen Marke die Benutzung der Widerspruchsmarke bestritten. Die Widersprechende hat sich zur Frage der Benutzung ihrer Marke in der mündlichen Verhandlung vom 25. Januar 2001, zu der sie trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erschienen war, nicht geäußert. In einem am späten Nachmittag des Vortages vor der mündlichen Verhandlung vom 25. Januar 2001 nicht als eilig gekennzeichneten und ohne Hinweis auf die mündliche Verhandlung eingegangenen Telefax, das bis zur mündlichen Verhandlung nicht zu den Akten gelangt war, hat die Widersprechende vorgetragen, daß die Widerspruchsmarke fiktiv zugelassen sei und sich im Nachzulassungsverfahren befinde. Der Antrag hierzu sei vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte im August 1993 aufgerufen worden. Zuvor sei ein Produkt der Widersprechenden unter anderem zur Anwendung bei "leichteren Formen der Herzmuskel- und Kreislaufschwäche" mit der Marke gekennzeichnet und im Handel gewesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Beschlüsse der Markenstelle sowie auf die Schriftsätze der Beteiligten Bezug genommen.

II.

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

In der Sache konnte die Beschwerde jedoch keinen Erfolg haben. Der Widerspruch war gemäß § 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG zurückzuweisen, weil die Wider-

sprechende nach Erhebung der Nichtbenutzungseinrede im Beschwerdeverfahren eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke bzw berechnigte Gründe für eine Nichtbenutzung im maßgeblichen Zeitraum nicht glaubhaft gemacht hat, so daß mangels berücksichtigungsfähiger Waren auf seiten der Widerspruchsmarke der Widerspruch schon aus diesem Grund keinen Erfolg haben konnte, 43 Abs 1 Satz 3 MarkenG.

Im übrigen konnte die Beschwerde auch wegen der fehlender Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG keinen Erfolg haben. Der nach § 42 Abs 2 Nr 1 MarkenG erhobene Widerspruch ist von der Markenstelle zu Recht gemäß § 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG zurückgewiesen worden.

Nachdem die Widerspruchsmarke bereits seit 1954 eingetragen ist, konnte die Inhaberin der jüngeren Marke die Benutzung der Widerspruchsmarke bestreiten, § 43 Abs 1 MarkenG. Da die Benutzungsschonfrist vor der Veröffentlichung der Eintragung der angegriffenen Marke abgelaufen war, war es Aufgabe der Widersprechenden, eine ernsthafte Benutzung bzw berechnigte Gründe für eine Nichtbenutzung der Widerspruchsmarke für die Zeiträume nach § 43 Abs 1 Satz und Satz 2 MarkenG glaubhaft zu machen (vgl zum Nebeneinander der beiden Einreden bzw der beiden Zeiträume BGH GRUR 1998, 938 - DRAGON).

Die Widersprechende hat zwar vorgetragen, daß "Cefacardin" fiktiv zugelassen sei und sich seit August 1993 in einem Nachzulassungsverfahren beim Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) befinde. Anders als nach der früheren Rechtsprechung zum WZG (vgl BGH BIPMZ 1978, 159 ff "Orbicin") kann dies unter der Geltung des Markengesetzes grundsätzlich nicht mehr als Benutzungshandlung angesehen werden, sondern ist unter dem Gesichtspunkt berechtigter Gründe für eine Nichtbenutzung im Sinne des § 26 Abs 1 MarkenG zu prüfen (vgl BGH GRUR 2000, 890 "IMMUNINE/IMUKIN; vgl dazu auch im einzelnen die Senatsentscheidung GRUR 1999, 1002 - Sapeu).

Da Benutzungsfragen dem Beibringungsgrundsatz unterstellt sind (vgl dazu BGH GRUR 1998, 938, 939 reSp 1. Absatz), mußte die Widersprechende die berechtigten Gründe für die Nichtbenutzung darstellen. Hierzu gehören vorliegend Ausführungen, wie sie das Nachzulassungsverfahren vor dem BfArM von ihrer Seite gefördert hat und weshalb nach so langer Verfahrensdauer noch keine Entscheidung getroffen ist. Ob insoweit der Vortrag der Widersprechenden ausreichend substantiiert ist, kann dahinstehen, da die Widersprechende keinerlei Glaubhaftmachungsmittel vorgelegt hat. Regelmäßig sind insoweit zumindest der Zulassungsantrag und die Bescheide bzw Zwischenbescheide des BfArM einzureichen (vgl allgemein zur Glaubhaftmachung einer rechtserhaltenden Benutzung Althammer/Ströbele MarkenG, 6. Aufl, § 43 Rdn 43 ff).

Auch wenn der Senat mangels Kenntnis des am 24. Januar 2001 eingegangenen Telefax die am Ende der Verhandlung vom 25. Januar 2001 verkündete Entscheidung in der kurzen mündlichen Begründung in erster Linie auf die durchgreifende Nichtbenutzungseinrede gestützt hat, können die weiteren Einzelheiten zu den Benutzungsfragen dahinstehen, da die Beschwerde auch im Hinblick auf fehlende Verwechslungsgefahr keinen Erfolg haben konnte.

Selbst wenn ausgehend von einer normalen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und uneingeschränkt angesprochenen allgemeinen Verkehrskreisen trotz eines nicht unerheblichen Indikations- und Warenabstandes, der zwischen "Antiinfektiva" und "Mitteln zur Behandlung von Herzkrankheiten" gegeben ist, noch strenge Anforderungen an den Markenabstand gestellt werden, wird die angegriffene Marken diesen Anforderungen gerecht.

Klanglich weisen die Markenwörter zwar gleiche Anfangssilben und eine ähnliche Endungen "-ün" gegenüber "-in" auf. Demgegenüber heben sie sich aber in der Sprechsilbenzahl, im Sprech- und Betonungsrhythmus, in der klangtragenden Vokalfolge und auch in der konsonantischen Lauten im Wortinnern so deutlich voneinander ab, daß ein ausreichend abweichender Gesamteindruck entsteht.

Auch in schriftbildlicher Hinsicht weisen die Marken aufgrund der zahlreichen abweichenden Buchstaben solche Unterschiede in der Umrißcharakteristik auf, das die Bejahung einer entsprechenden Verwechslungsgefahr nicht Betracht kommt.

Der Widerspruch und die Beschwerde konnten nach alledem keinen Erfolg haben.

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

Kliems

Brandt

Knoll

Pü