

# BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 229/00

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
5. November 2001

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Markenmeldung P 45178/5 Wz**

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 5. November 2001 unter Mitwirkung der Richterin Winter als Vorsitzende sowie der Richter Voit und Schramm

beschlossen:

Die Beschwerde der Anmelderin wird zurückgewiesen.

**Gründe**

**I.**

Zur Eintragung in das Markenregister ist unter der Nummer P 45178 angemeldet die Bezeichnung

Xavol,

nach einer schon im patentamtlichen Verfahren erfolgten Beschränkung für die Waren

"Arzneimittel, pharmazeutische Erzeugnisse sowie chemische Erzeugnisse für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für Kinder und Kranke, jedoch nicht Analgetika".

Die Bekanntmachung ist am 15. Januar 1994 erfolgt.

Widerspruch erhoben hat u.a. die Inhaberin der rangälteren, seit 1952 für die Waren

"Remèdes, médicaments, médecines, préparations chimico-pharmaceutiques, drogues pharmaceutiques, préparations galéniques, désinfectants, produits pour la destruction des animaux et des plantes"

international registrierten Marke IR 160 352

Carmol,

die seit 1953 in dem vorgenannten Umfang auch Schutz in der Bundesrepublik Deutschland genießt.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat durch Beschluß der Prüferin eine Verwechslungsgefahr bejaht und die Eintragung versagt. Zur Begründung ist ausgeführt, die sich gegenüberstehenden Waren könnten identisch sein. Angesichts dieses Umstands sei bei einem durchschnittlichen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke der erforderliche klangliche Abstand der Marken nicht gewahrt.

Die Anmelderin hat Beschwerde erhoben. Zur Begründung ist ausgeführt, eine klangliche Verwechslungsgefahr bestehe wegen des unterschiedlichen, klangstarken Anfangskonsonanten "X" der angegriffenen Marke nicht. Dieser bewirke auch eine deutliche schriftbildliche Abweichung. Im übrigen werde die Einrede der Nichtbenutzung gemäß § 43 Abs 1 Satz 1 MarkenG erhoben.

Die Anmelderin hat keinen förmlichen Antrag gestellt.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, daß angesichts der gegebenen Identität bzw engen Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Waren der erforderliche Markenabstand in klanglicher und schriftbildlicher Hinsicht nicht mehr gegeben sei. Eine Benutzung sei durch die im Beschwerdeverfahren vorgelegten Unterlagen zur Glaubhaftmachung belegt.

Die angemeldete Marke ist während des Widerspruchsverfahrens zuletzt auf die jetzige Beschwerdeführerin umgeschrieben worden.

## II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Die Beschwerdeführerin ist richtige Verfahrensbeteiligte. Zwar ist im markenrechtliche Widerspruchsverfahren § 265 Absatz 2 ZPO entsprechend anwendbar (BGH GRUR 1998, 940 – Sanopharm). Die Beschwerdegegnerin hat jedoch gegen den ihr bekanntgewordenen Umstand der Rechtsnachfolge keinen Widerspruch erhoben, so daß entsprechend § 267 ZPO eine Einwilligung in den Beteiligtenwechsel vermutet wird.

2. Es besteht Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Absatz 1 Nummer 2 MarkenG.

Die Widersprechende hat auf die zulässige Nichtbenutzungseinrede der Anmelderin eine Benutzung für "Analgetika/Antirheumatika" und "Hypnotika/Sedativa" glaubhaft gemacht.

Die Anmelderin hat ihre im übrigen statthafte Nichtbenutzungseinrede ausdrücklich nach § 43 Absatz 1 Satz 1 MarkenG erhoben. Dementsprechend ist auch nur der nach dieser Vorschrift maßgebliche Benutzungszeitraum

entscheidend (Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl, § 43 Rdn 21 mwN). Der diesbezügliche Zeitraum reicht daher von dem Tag der Bekanntmachung der angegriffenen Marke am 15. Januar 1994 bis ins Jahr 1989 zurück.

Die Widersprechende hat die Benutzung durch Vorlage zweier eidesstattlicher Versicherungen sowie durch Einreichung von Verpackungsmustern und Preislisten für die Jahre 1992 und 1993 in ausreichender Weise glaubhaft gemacht. Aus den überreichten Unterlagen ergibt sich eine Benutzung für "Tropfen" und "Franzbranntwein". Beide Produkte sind unter das Warenverzeichnis subsumierbar. Nach der erweiterten Minimallösung ist die Widersprechende nicht auf diese Spezialware beschränkt, sondern eine Benutzung in einem weiteren Bereich anzuerkennen, welcher in dem hier gegebenen Bereich der Arzneimittel der jeweiligen Hauptgruppe der "Roten Liste" entspricht (BPatG GRUR 1995, 488, 489 APISOL/Aspisol).

Die danach maßgeblichen Produkte der Widersprechenden sind zwar nicht in der "Roten Liste" verzeichnet. Die Heranziehung vergleichbarer Produkte von Konkurrenten (zB Klosterfrau) ergibt jedoch, daß der Franzbranntwein unter "Analgetika/Antirheumatika" und der "Melissengeist" unter "Hypnotika/Sedativa" einzuordnen ist.

Diese Waren sind gemäß § 43 Absatz 1 Satz 3 MarkenG den Waren der angegriffenen Marke gegenüberzustellen. Zwar nimmt das dortige Warenverzeichnis "Analgetika" ausdrücklich aus, so daß sich bezüglich des Franzbranntweins ein gewisser Abstand über die diätetischen Erzeugnisse hinaus auch zu den anderen Waren ergibt. Die "Tropfen" liegen aber zu allen Waren der angegriffenen Marke zumindest im engeren Warenähnlichkeitsbereich.

Der Senat hat mangels entgegenstehender Anhaltspunkte eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft und damit einen normalen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke zugrundegelegt.

Dieser Umstand und fehlende Veräußerungsbeschränkungen bei den sich gegenüberstehenden Waren gebieten einen noch deutlichen Abstand der Zeichen.

Dieser ist bereits in klanglicher Hinsicht nicht gewahrt. Die Zeichen stimmen in der Vokalfolge und Silbengliederung überein. Die jeweiligen Endungen sind identisch. Sie sind zwar im Arzneimittelbereich häufig anzutreffen, jedoch bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr gleichwohl in Ansatz zu bringen, da diese von dem Gesamteindruck der Zeichen abhängt, bei dem auch kennzeichnungsschwache Zeichenteile nicht unberücksichtigt bleiben dürfen. Entgegen der Auffassung der Anmelderin sind auch die Wortanfänge einander angenähert. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß "C" üblicherweise wie "K" ausgesprochen wird und damit eine klangliche Verwandtschaft im Anfangskonsonanten "X" der angegriffenen Marke besteht, der wie "Ks" wiedergegeben wird. Die vorhandenen Unterschiede im weniger beachteten Wortinneren genügen demgegenüber nicht mehr, um in ausreichender Weise der Gefahr von Verwechslungen entgegenzuwirken.

Eine Kostenauflegung nach § 71 Absatz 1 MarkenG ist nicht veranlaßt.

Winter

Voit

Schramm

Na