
Datum: 02.12.2004
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 89/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2004:1202.4U89.04.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 2 O 491/03

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 20. April 2004 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

1

Der Beklagte ist Inhaber der Wortmarke "Androgel" (DE 397 41 881.7). Diese ist seit dem 04.12.1997 eingetragen für die Waren- und Dienstleistungsklassen 01 und 05 (pharmazeutische Erzeugnisse, chemische Erzeugnisse für medizinische Zwecke und gewerbliche Zwecke). Der Kläger begehrt im Wege der Löschungsklage wegen Verfalls der Marke die Einwilligung in deren Löschung beim Deutschen Marken- und Patentamt.

2

Der Kläger ist der Auffassung, das Gel sei nicht rechtserhaltend benutzt worden. Er beruft sich darauf, daß ein Produkt mit dem Namen "Androgel" nicht in Apotheken erhältlich sei. Ebenfalls existiere auch keine Medikamentenzulassung. Mit Schreiben vom 25.02.2003 beantragte der Kläger die Löschung der Marke. Dem widersprach der Beklagte mit Schreiben

3

vom 10.04.2003.

Das Landgericht hat den Beklagten durch Urteil vom 20. April 2004 antragsgemäß verurteilt,	4
in die Löschung der Marke DE 397 41 881.7 "Androgel" beim Deutschen Patent- und Markenamt einzuwilligen.	5
Wegen des Inhaltes des Urteils im einzelnen wird auf Bl. 81 ff der Akten verwiesen.	6
Gegen dieses Urteil hat der Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt, mit der er sein Klageabweisungsbegehren aus erster Instanz weiterverfolgt.	7
Unter Ergänzung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages behauptet der Beklagte, daß er ein Testosterongel entwickelt und es "Androgel" genannt habe. Von 1998 bis 2003 habe er damit 30 Patienten versorgt, und zwar zunächst in seiner Praxis in der urologischen Klinik des G-Hospitals in C und später in seiner privaten Praxis. Das Gel werde dafür in Tuben abgefüllt, die mit der Bezeichnung "Androgel" gekennzeichnet seien. Dies lasse er in einer Apotheke ausführen. Diese Tuben würden anschließend in einer Pappschachtel, die ebenfalls mit "Androgel" gekennzeichnet sei, den Patienten übergeben. Auch die Gebrauchsanleitung enthalte den Namen des Gels. Weiterhin sei auf das Gel unter dieser Bezeichnung bei diversen Fachvorträgen, in Veröffentlichungen, in einer Produktmonographie sowie in einer Broschüre hingewiesen worden. Schließlich verhandele er mit verschiedenen Unternehmen über den Marktgang des Mittels. Diese Verabreichung und Bewerbung des fraglichen Mittels müsse auch als ernsthafte Benutzung im Sinne des § 26 MarkenG angesehen werden.	8
Der Beklagte beantragt,	9
unter Abänderung des abgefochtenen Urteils des Landgerichts Bielefeld vom 20.04.2004 - 20 O 491/03 - die Klage kostenpflichtig abzuweisen.	20
Der Kläger beantragt,	11
die Berufung zurückzuweisen.	12
Unter Ergänzung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages ist der Kläger weiterhin der Ansicht, daß die vom Beklagten geschilderte, aber nach wie vor bestrittene Abgabe des Mittels keine ernsthafte Benutzungshandlung im Sinne des § 26 Abs. 1 MarkenG darstelle. Verkehrsüblich sei die von dem Beklagten behauptete Markenbenutzung nicht. Arzneimittel würden üblicherweise über Apotheken verkauft. Fertige Arzneimittel bedurften dafür einer vorherigen Zulassung, die das Präparat des Beklagten - unstreitig - nicht besitze. Das Präparat sei daher nicht verkehrsfähig. Der Beklagte selbst dürfe berufs- oder gewerbsmäßig gemäß § 43 Abs. 1 AMG Arzneimittel nicht in den Verkehr bringen. Es liege deshalb neben der Sache, wenn der Beklagte argumentiere, es entspreche der Art seines Unternehmens, daß er das Präparat nicht an seine Patienten verkaufe, sondern als Bestandteil der medizinischen Behandlung über seine ärztlichen Leistungen mit abrechne. Entscheidend sei, daß der Beklagte keine Arzneimittel verkaufen dürfe. Deshalb könne er seine Marke auch nicht in der im Verkehr üblichen Weise verwenden.	13
Wegen des Inhaltes der Parteivorträge im einzelnen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.	14

Entscheidungsgründe

Die Berufung des Beklagten ist begründet. Das Landgericht hat dem Lösungsbegehren des Klägers zu Unrecht entsprochen. Zu Gunsten des Beklagten muß davon ausgegangen werden, daß seine Marke nicht verfallen ist, § 49 MarkenG. 17

Nach dieser Vorschrift ist eine Marke wegen Verfalls zu löschen, wenn sie nicht innerhalb eines Zeitraums von 5 Jahren nach Eintragung gemäß § 26 MarkenG benutzt worden ist. Nach § 55 Abs. 2 Ziffer 1 MarkenG kann dieser Lösungsanspruch wegen Verfalls von jedem geltend gemacht werden, also auch vom Kläger. 18

Zu Unrecht hat das Landgericht aber die hier entscheidende Frage bejaht, daß der Beklagte als Markeninhaber seine Marke nicht rechtserhaltend im Sinne des § 26 Abs. 1 MarkenG benutzt habe. Dabei geht es in erster Linie darum, ob die vom Beklagten geschilderte Art und Weise der Benutzung seiner Marke, nämlich die Abgabe des Gels an seine Patienten, als ernsthafte Benutzung im Sinne des § 26 Abs. 1 MarkenG angesehen werden kann. 19

Dabei ist von dem Vorbringen des Beklagten dazu - Behandlung in der Zeit von 1998 bis 2003 von rund 30 Patienten zunächst in seiner Praxis in der urologischen Klinik des G-Hospitals in C und dann in seiner Privatpraxis in der Form, daß das Gel in Tuben abgefüllt und diese mit "Androgel" gekennzeichnet sind, was auf seine Anweisung hin in einer Apotheke geschehen ist, und diese Tuben in einer Pappschachtel "Androgel" den Patienten zur Anwendung übergeben wurden - auszugehen. Denn die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des Lösungsanspruches - auch im Falle der Nichtbenutzung als Voraussetzung für den Verfall - trägt der Kläger. Trotz der Herabsetzung der Darlegungslast im Falle der Darlegung negativer Tatsachen und der daraus folgenden Beweiserleichterungen für den Kläger bleibt es in solchen Fällen dabei, daß dann, wenn der Beklagte konkrete Benutzungshandlungen - wie hier - behauptet, der Kläger die Unrichtigkeit dieser Behauptung zu beweisen hat (Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Auflage, § 55 Rdzif. 12; Ekey/Klippel, Markenrecht, § 55 Rdzif. 25). 20

Danach kann hier zunächst einmal eine Benutzung der Marke im Sinne des § 26 MarkenG nicht zweifelhaft sein. Eine solche Benutzung stellte jede Verwendung der Marke dar, die der Verkehr auf Grund der ihm objektiv entgegretenden Umstände als einen zeichenmäßigen Hinweis auf die Herkunft der Waren ansieht (BGH GRUR 2000, 890 - Immunine/Imukin). Hier sind die Patienten, denen der Beklagte die Salbe überlassen hat, im Verhältnis zu ihm als behandelnden Arzt aber als Endverbraucher anzusehen. Für sie ist die Bezeichnung "Androgel" das Mittel, um die ihnen vom Beklagten überlassene Salbe von anderen Salben zu unterscheiden. Folglich liegt in der Überlassung der mit der Marke gekennzeichneten Salbe sogar eine Benutzung der Marke im geschäftlichen Verkehr vor. Die vom Kläger angesprochene Problematik, inwieweit - etwa bei klinischen Versuchen - bei bloß betriebsinterner Verwendung eine Benutzung im Sinne des § 26 MarkenG vorliegt, stellt sich damit hier nicht. 21

Unerheblich ist auch, daß der Beklagte die Salbe seinen Patienten nicht besonders in Rechnung gestellt hat. Zum einen hat er auch die Salbe durch seine Liquidation für seine jeweilige Behandlung miterfaßt. Zum anderen erfordert die Benutzung im Sinne des § 26 MarkenG keine eigenständige entgeltliche Abgabe der markierten Ware. Nicht nur der Handel mit der markierten Ware isoliert stellt eine ausreichende Benutzung dar. Entscheidend ist vielmehr die Verwendung der Marke als zeichenmäßiger Hinweis auf die Herkunft der Waren (BGH GRUR 2002, 1072 - Sylt-Kuh). Hier diente die Markierung der Salbe gerade dazu, sie für die Patienten von anderen Salben unterscheidbar zu machen. 22

Die vom Beklagten geschilderte Verwendung seiner Marke stellt auch eine ernsthafte Benutzung im Sinne des § 26 Abs. 1 MarkenG dar.	23
Das Merkmal der "Ernsthaftigkeit" ist in erster Linie als Bagatellschwelle zu beurteilen, durch die die formale, nur zum Zwecke des Rechtserhaltes vorgenommene "Scheinbenutzungshandlung" ausgeschlossen werden soll. Dabei ist es entgegen der Auffassung des Klägers auch ohne Bedeutung, ob die Verwendungshandlungen rechtmäßig sind (vgl. Ingerl/Rohnke aaO § 26 Rdzif. 13 m.w.N.), so daß sich die Frage nach der arzneimittelrechtlichen Zulässigkeit im Rahmen der §§ 4 a, 13 AMG nicht stellt. Denn eine - unterstellte - Rechtsverletzung auf dem Gebiet des AMG löst grundsätzlich allein die jeweils normspezifische Sanktion aus (vgl. Fezer, Markenrecht 3. Auflage § 26 MarkenG Rdzif. 39), ändert aber nichts an der Ernsthaftigkeit der Benutzung. Maßgebend ist allein, ob die tatsächlich vorgenommene Benutzung objektiv sinnvoll ist und damit auf einen ernsthaften Benutzungswillen schließen läßt.	24
Dabei teilt der Senat den Ausgangspunkt des Klägers und den des Landgerichts nicht, die beide auf die abstrakte Vermarktungsmöglichkeit eines solchen medizinischen Gels abstellen und damit zwangsläufig zu Kriterien gelangen müssen, die der konkreten Situation des Beklagten nicht gerecht werden können (BGH GRUR 1986, 542 - King II). Der Beklagte ist eben kein Arzneimittelhersteller, der entsprechende Mittel allgemein auf den Markt bringt. Er ist im Gegenteil ein Kleinproduzent, der im Rahmen seiner ärztlichen Praxis ein von ihm entwickeltes Arzneimittel herstellen läßt, das er an seine Patienten abgibt und mit der Marke "AndroGel" versehen hat. Die gegenteilige Auffassung würde den markenrechtlichen Schutz von Produkten in Kleinserien von vornherein ausschließen (Bundespatentgericht GRUR 2001, 58 - Kobracross).	25
Deutlich wird diese Problematik auch an dem verfehlten Hinweis des Klägers, wonach ein Arzneimittelhersteller den Benutzungszwang nach § 26 Abs. 1 MarkenG dadurch leicht unterlaufen könnte, daß er einen niedergelassenen Arzt mit der Vermarktung lizenziert. Das ist gerade nicht eine originäre Kleinproduktion, um deren Beurteilung es hier allein geht.	26
Es bleibt damit bei dem allein relevanten Ausgangspunkt, daß es allein darauf ankommt, ob der Beklagte in seiner konkreten Situation soweit von einer vernünftigen und nachvollziehbaren Benutzung der Marke sich entfernt hat, daß die Verwendung nur noch als bloße "Scheinbenutzungshandlung" zur bloßen Rechtserhaltung zu werten ist.	27
Das ist nicht der Fall. Der Beklagte hat als Arzt ein bestimmtes Gel entwickelt, das er ersichtlich deshalb mit seiner Marke versehen hat, um es bei der Abgabe an seine Patienten kenntlich und damit identifizierbar zu machen. Auch für den Patienten ist es damit von anderen Mitteln zu unterscheiden.	28
Der Umfang der Verwendung des Mittels und damit auch der der Marke hängt davon ab, bei welchen Patienten des Beklagten die Verwendung des Gels angezeigt ist, so daß der Umfang der Verwendung von vornherein begrenzt gewesen ist und vom Beklagten auch nicht beliebig hat gesteigert werden können. Zu Recht weist der Beklagte darauf hin, daß er das Gel nicht solchen Patienten hat verschreiben können, bei denen es contraindiziert ist, nur um die Ernsthaftigkeit der Markenbenutzung durch den Umfang darzutun. Dafür, daß er die bei ihm vorhandene Kapazität nicht ausgeschöpft hat, ist nichts ersichtlich (vgl. BGH GRUR 1985, 926 - Topfits/Topfit).	29
Das Zeitmoment streitet ebenfalls für die ernsthafte Benutzungsabsicht des Beklagten. Er hat das Gel nach Eintragung der Marke verschrieben, und zwar fortlaufend. Er hat es eben nicht	30

nur sporadisch oder erst kurz vor dem Verfall der Marke verschrieben, sondern kontinuierlich im Zusammenhang mit seiner ärztlichen Tätigkeit in dem dort möglichen Rahmen. Der Hinweis des Klägers auf eine umfangreichere (andersartige) Vermarktungsmöglichkeit greift nicht, weil es nicht auf das Erreichen bestimmter absoluter Umsatzzahlen oder einer bestmöglichen Verwertung ankommt, sondern darauf, ob unter Zugrundelegung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Verwenders bei objektiver Betrachtung die als Benutzung in Anspruch genommenen Vertriebshandlungen auch ohne Berücksichtigung des Zweckes, den Bestand der Marke zu erhalten, als wirtschaftlich sinnvoll zu beurteilen sind (BGH GRUR 1986, 168 - Darcy). Denn es geht nicht darum, sich in Entscheidungen einzumischen, die dem unternehmerischen Ermessen obliegen, auch nicht um die Beurteilung von Erfolg oder Mißerfolg (BGH aaO - King II). Der Beklagte war also nicht aus Gründen des Benutzungszwangs gehalten, den Abnehmerkreis über seine Patienten hinaus auszudehnen, um dem Anschein einer Scheinbenutzung zu entgehen.

Zur erstinstanzlich aufgeworfenen Frage der Teillöschung hat der Kläger weder den erforderlichen Hilfsantrag gestellt, noch hat er den Antrag, der sich allein auf Klasse 1 beziehen könnte, im einzelnen begründet. In der Berufungserwiderung des Klägers fehlen des weiteren jede Ausführungen dazu. 31

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. 32

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Ziffer 10, 711 ZPO. 33

Die Revision ist nicht gemäß § 543 ZPO zuzulassen, weil es vorliegend lediglich um eine Entscheidung im Einzelfall geht, ob hier eine ernsthafte Benutzungshandlung im Sinne des § 26 MarkenG vorliegt oder nicht. 34