Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-6600/2007
{T 0/2}

Urteil vom 23. Januar 2009

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz), Richter David Aschmann,
Richterin Maria Amgwerd,
Gerichtsschreiber Marc Hunziker.

Parteien

G._____,
vertreten durch Wild Schnyder AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

N._____,
vertreten durch Zimmerli, Wagner & Partner AG,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum,
Vorinstanz.

Gegenstand

Widerspruchsverfahren Nr. 8725
CEREZYME/CEREZYME.

Sachverhalt:

A.
Die Marke P 437240 CEREZYME der Beschwerdeführerin wurde am 27. Februar 1997 für *injizierbare pharmazeutische Präparationen für die Behandlung der Gaucherkrankheit, alle für die Behandlung von Enzymmangel bei Menschen* in Klasse 5 in das schweizerische Markenregister eingetragen.

B.
Am 9. November 2006 wurde die Marke CH 552105 CEREZYME der Beschwerdegegnerin für *Enzyme zur Verwendung in der Brauereiindustrie* in Klasse 1 in das schweizerische Markenregister eingetragen.

C.
Gegen die Eintragung der am 23. November 2006 veröffentlichten Marke der Beschwerdegegnerin erhob die Beschwerdeführerin gestützt auf ihre oben erwähnte Marke am 15. Februar 2007 Widerspruch.

D.
Mit Stellungnahme vom 2. Juli 2007 beantragte die Beschwerdegegnerin, den Widerspruch infolge fehlender Warengleichartigkeit abzuweisen.

E.
Mit Verfügung vom 30. August 2007 wies die Vorinstanz den Widerspruch ab. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass die beiden Zeichen für Produkte im Bereich der Enzyme beansprucht würden. Enzyme könnten zur Herstellung unterschiedlichster Waren verwendet werden, die ausser einem gemeinsamen biochemischen Ausgangselement keinerlei Gemeinsamkeiten aufwiesen. Die Vergleichsprodukte würden sich an spezialisiertes Fachpersonal richten, dem bekannt sein dürfte, dass aufgrund der Tatsache, wonach sich die zu beurteilenden Waren im äusserst weiten Bereich der Enzyme bewegten, noch keine Rückschlüsse auf deren unternehmerische Herkunft gezogen werden könnten. Ebenfalls sprächen der Umstand, dass sich vorliegend ein Rohstoff und ein Endprodukt gegenüberstünden, die fehlende Substituierbarkeit resp. die unterschiedliche Zweckbestimmung der Vergleichswaren sowie die verschiedenen Vertriebskanäle und Abnehmerkreise gegen das Vorliegen von Warengleichartigkeit.

Insgesamt sei deshalb trotz Zeichenidentität und Anwendung eines entsprechend strengen Beurteilungsmassstabes die Gleichartigkeit der zu beurteilenden Waren und demzufolge die Verwechslungsgefahr der beiden Marken zu verneinen.

F.

Mit Eingabe vom 1. Oktober 2007 reichte die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde ein. Sie beantragte, den Entscheid der Vorinstanz vom 30. August 2007 unter Kosten- und Entschädigungsfolge aufzuheben, den Widerspruch gutzuheissen und die Eintragung der angefochtenen Marke zu löschen. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, dass die Enzyme produzierende Industrie als eine Branche zu betrachten sei, erfolge doch die Herstellung von Enzymen, ob sie nun für Lebensmittel, Industrie oder Pharmazie bestimmt seien, aufgrund derselben technologischen Grundsätze und Abläufe in mehr oder weniger austauschbaren Betriebsstätten. Da beide Produkte eine biologisch chemische Reaktion auslösten, stünden sich auch nicht ein Rohstoff und ein Endprodukt gegenüber. Ferner würde der Endabnehmer zwischen den beiden Waren einen Zusammenhang bzw. zwischen deren Herstellern eine Vereinbarung vermuten, seien doch im Bereich der Hochtechnologie Technologietransfers mit Cross Licensing häufig anzutreffen. Zudem bestätige das sonstige Verhalten der Parteien im Markenbereich die Gleichartigkeit zwischen enzymtechnischen Waren, beanspruchten sie doch jeweils häufig eine Marke sowohl für Waren der Klasse 1 als auch für solche der Klasse 5. Des Weiteren seien infolge der Zeichenidentität besonders strenge Anforderungen an den Warenabstand zu stellen. Im vorliegenden Fall würden jedoch zwischen den Produkten aufgrund identischer Herstellungsstätten, ähnlicher Vertriebskanäle sowie ähnlicher Forschungsgebiete mannigfaltige Berührungspunkte und daher eine Warenähnlichkeit bestehen. Im Übrigen gelte es auch zu beachten, dass die Widerspruchsmarke besondere Bekanntheit geniesse, weshalb ihr ein erweiterter Schutzumfang zustehe.

G.

Mit Vernehmlassung vom 12. November 2007 verzichtete die Vorinstanz auf die Einreichung einer Stellungnahme und beantragte, unter Hinweis auf die Begründung der angefochtenen Verfügung, die Beschwerde unter Kostenfolge abzuweisen.

H.

Mit Beschwerdeantwort vom 21. November 2007 beantragte die Beschwerdegegnerin, die Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Zur Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, dass Brauereiprodukte und Heilmittel einen unterschiedlichen Zweck verfolgten, sich an einen anderen Abnehmerkreis richteten und sich in den Vertriebswegen, im Anwendungsgebiet sowie in der Darreichungsform deutlich unterschieden. Zudem seien die Erzeugnisse offensichtlich nicht substituierbar, weshalb eine Warengleichartigkeit verneint werden müsse. Die Beschwerdeführerin versuche demgegenüber die Gleichartigkeit dadurch zu begründen, dass sie anstatt auf die konkreten Warenlisten auf die beidseitige Tätigkeit in der Enzymbrache abstelle bzw. nach einem Oberbegriff suche, unter den die beiden Warenlisten subsumiert werden könnten. Ebenfalls stelle die Tatsache, dass Produkte der Klasse 1 und 5 unter Umständen als gleichartig zu qualifizieren seien, kein Indiz für die markenrechtliche Gleichartigkeit dar. Desgleichen sei es völlig unerheblich, dass ein Markeninhaber oftmals sowohl Erzeugnisse der Klasse 1 als auch solche der Klasse 5 beanspruche, da gewisse Enzympräparate sowohl für Forschungszwecke als auch für medizinische Präparate geeignet sein könnten. Ferner sei nicht die Ausgangstechnologie sondern die Zweckbestimmung der Endprodukte massgebend. Bei der Widerspruchsmarke handle es sich um ein enorm teures Medikament für eine seltene Krankheit. Dessen enger Adressatenkreis werde vernünftigerweise nicht davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerin den Medikamentenname auch noch zur Kennzeichnung von Brauereierzeugnissen einsetze bzw. lizenzweise zur Verfügung stelle. Im Übrigen könne die fehlende Warengleichartigkeit auch nicht durch Anwendung eines besonders strengen Massstabes bei deren Beurteilung kompensiert werden.

I.

Mit Replik vom 20. August 2008 führte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, dass sich ihre Produkte mit denjenigen der Beschwerdegegnerin überlappten. So sei letztere nicht nur im Markt für Pharmazeutika tätig, sondern auch im Diagnose-Markt. Viele der auf der Webseite der Beschwerdegegnerin vorgestellten Produkte hätte auch sie in ihrem Sortiment. Dabei gelte es in Erinnerung zu rufen, dass bei identischen Marken der Abstand, welchen die Waren einzuhalten haben, um eine Verwechslungsgefahr zu vermeiden, besonders gross sei. Dieser Abstand sei vorliegend nicht gewahrt. Die Marktteilnehmer würden

die Enzymbranche, weil die Produktion grundsätzlich nach denselben technischen Vorgängen und Abläufen verlaufe und auf demselben Know-How basiere, als eine einheitliche Branche betrachten. Da beide Marken Produkte auf Enzymbasis beanspruchten, würde sie von einer Verbindung zwischen diesen ausgehen, weshalb der Warenabstand auf keinen Fall ausreiche, um eine Verwechslungsgefahr zu vermeiden.

J.
Mit Vernehmlassung vom 10. Oktober 2008 verzichtete die Vorinstanz auf die Einreichung einer Duplik und beantragte, unter Hinweis auf die Begründung der angefochtenen Verfügung, die Beschwerde unter Kostenfolge abzuweisen.

K.
Mit Duplik vom 13. Oktober 2008 wendete die Beschwerdegegnerin ein, dass die Ausführungen der Beschwerdeführerin ausschliesslich die Ähnlichkeit im überlappenden Branchenbereich der sich gegenüberstehenden Markeninhaber beträfen, aber in keiner Weise die allein massgebliche Frage einer Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Waren. Zu vergleichen seien die durch die beidseitigen Warenlisten konkret definierten Produkte. Dementgegen könne nicht darum gehen, ob die Branche der Enzymproduzenten in irgendeiner Art verbunden wären. In den Ausführungen der Beschwerdeführerin fehlten insbesondere Anhaltspunkte dafür, inwiefern deren hochspezifischen Medikamente hinsichtlich Produkteigenschaft und Verwendungszweck mit ihren Brauereipräparaten Ähnlichkeiten aufweisen könnten. Im Übrigen versuche die Beschwerdeführerin die Warennähe damit zu begründen, dass es sich beiderseits um hochspezialisierte Enzymprodukte handle und die Enzymbranche als eine einheitliche Branche anzusehen sei. Dagegen bringe sie keinerlei Anhaltspunkte für eine Verwechslungsgefahr vor, fehle es doch bereits an gemeinsamen Marktteilnehmern und einem gemeinsamen Verkehrskreis. So wichen sowohl die Abnehmerkreise als auch die Verkehrswege der sich gegenüberstehenden Erzeugnisse vollständig voneinander ab.

L.
Eine Parteiverhandlung wurde nicht durchgeführt.

Auf die Argumente der Parteien wird, soweit sie für den Entscheid erheblich erscheinen, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Der Entscheid der Vorinstanz vom 30. August 2007 stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1 Bst. c). Diese Verfügung kann im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen der Bundesverwaltungsrechtspflege beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 44 ff. VwVG i.V.m. Art. 31 ff. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, VGG, SR 173.32).

2.
Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 48 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

3.
Nach der Legaldefinition von Art. 1 Abs. 1 des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11) ist die Marke ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Art. 1 Abs. 2 MSchG zählt Beispiele von Markenformen auf. Danach können Marken aus Wörtern, Buchstaben, Zahlen, bildlichen Darstellungen, dreidimensionalen Formen oder Verbindungen solcher Elemente untereinander oder mit Farben bestehen. Das Markenrecht entsteht mit der Eintragung im Register und steht demjenigen zu, der die Marke zuerst hinterlegt (Art. 5 f. MSchG). Es verleiht dem Inhaber das ausschliessliche Recht, die Marke zur Kennzeichnung der Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, zu gebrauchen und darüber zu verfügen (Art. 13 Abs. 1 MSchG). Auch kann er gegen die Eintragung von Zeichen, die mit seiner älteren Marke kollidieren, Widerspruch erheben (Art. 31 Abs. 1 MSchG). Der Widerspruch ist innerhalb von drei Monaten nach der Veröffentlichung der Eintragung beim Institut schriftlich mit Begründung einzureichen (Art. 31 Abs. 2 Satz 1 MSchG). Ist der Widerspruch begründet, so wird die Eintragung

ganz oder teilweise widerrufen; andernfalls wird der Widerspruch abgewiesen (Art. 33 MSchG).

4.

Beide Parteien beanspruchen für ihre jeweiligen Waren das Zeichen CEREZYME. Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b MSchG ist eine jüngere Marke vom Markenschutz ausgeschlossen, wenn sie mit einer älteren identisch und für gleichartige Waren oder Dienstleistungen bestimmt ist, so dass sich daraus eine Verwechslungsgefahr ergibt. Die Unterscheidungsfunktion der älteren Marke wird beeinträchtigt, sobald zu befürchten ist, dass die massgeblichen Verkehrskreise sich durch die Markenidentität irreführen lassen und die Waren bzw. Dienstleistungen entweder dem falschen Markeninhaber zurechnen (direkte Verwechslungsgefahr) oder falsche Zusammenhänge vermuten (indirekte Verwechslungsgefahr). Zwischen der Zeichenähnlichkeit und der Waren- bzw. Dienstleistungsgleichartigkeit besteht eine Wechselwirkung (L. DAVID, Kommentar zum Markenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 1999, Art. 3 MSchG N 8): Je ähnlicher sich die Zeichen sind, desto grösser wird das Risiko von Verwechslungen und desto stärker müssen sich die Waren bzw. Dienstleistungen, für welche die jüngere Marke hinterlegt ist, von denjenigen, für welche die ältere registriert ist, abheben, um die Verwechslungsgefahr zu bannen (vgl. BGE 122 III 382 E. 3a *Kamillosan*). Im Falle identischer Marken sind somit besonders strenge Anforderungen an den Waren- bzw. Dienstleistungsabstand zu stellen.

5.

Waren und/oder Dienstleistungen sind dann gleichartig, wenn die in Betracht zu ziehenden Verbraucherkreise und insbesondere die Letztabnehmer auf den Gedanken kommen können, die unter der Verwendung ähnlicher Marken angepriesenen Waren und/oder Dienstleistungen würden angesichts ihrer üblichen Herstellungs- oder Vertriebsstätten aus ein und demselben Unternehmen stammen oder doch wenigstens unter der Kontrolle des gemeinsamen Markeninhabers von verbundenen Unternehmen hergestellt (Teil 5 Ziffer 7.6 der Richtlinien in Markensachen, Bern 2008, mit Hinweisen). Indizien für die Gleichartigkeit stellen insbesondere Substituierbarkeit sowie gleiche Technologie dar, während getrennte Vertriebskanäle gegen das Vorliegen von Gleichartigkeit sprechen (E. MARBACH, SIWR III, 108 ff.).

6.

Die Widerspruchsmarke geniesst Schutz in Klasse 5 für *injizierbare*

pharmazeutische Präparationen für die Behandlung der Gaucherkrankheit, alle für die Behandlung von Enzymmangel bei Menschen. Bei Morbus Gaucher handelt es sich um eine erbliche Fettwechselstörung, bei der infolge eines Enzymdefektes Glukozerebroside vor allem in Leber, Milz, Knochenmark und Lymphknoten gespeichert werden, was zur Vergrösserung dieser Organe führt (vgl. GEO Themenlexikon, Medizin und Gesundheit, Mannheim 2007, S. 405; Pschyrembel Klinisches Wörterbuch, 261 Aufl., Berlin 2007, S. 663). Demgegenüber ist das jüngere Zeichen für *Enzyme zur Verwendung in der Brauereiindustrie* in Klasse 1 eingetragen. Bei der Bierherstellung wird Gerste durch Einweichen in Wasser zum Keimen gebracht, wodurch Enzyme aktiviert oder gebildet werden, die später den Abbau der verschiedenen Stoffe im Malz, vorallem der Stärke und der Proteine, steuern (vgl. Meyers Grosses Universallexikon in 15 Bänden, Mannheim, Wien, Zürich 1981-86, Bd. 2, S. 427 f.). Die Verwendung des Enzympräparates der Beschwerdegegnerin soll den Brauprozess vereinfachen und für Kosteneinsparungen sorgen, da das teure Malz bis zu hundert Prozent mit ungemälzter Sorghum-Hirse ersetzt werden könne (vgl. www.novozymes.com). Den Parteien ist somit gemeinsam, dass sie für Waren im Bereich der Enzyme Markenschutz beanspruchen. Enzyme sind in allen lebenden Organismen vorkommende, intrazellulär gebildete, hochmolekulare Proteine, die chemische Reaktionen beschleunigen, indem sie den Reaktionsablauf unter niedrigen Temperaturen erst ermöglichen. Bedingt durch neuere Methoden der Molekulartechnologie hat ihre technologische Anwendung in den letzten Jahren erheblich zugenommen. Einsatzgebiete von in industriellen Massstab produzierten Enzymen sind unter anderem die Arzneimittelherstellung, die Lebensmittelverarbeitung, die chemische Analytik, die Energiegewinnung sowie die Waschmittelindustrie (vgl. Brockhaus, 21. Aufl., Mannheim 2006, S. 180 ff.).

7.

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass die Enzyme produzierende Industrie als eine Branche zu betrachten sei, erfolge doch die Herstellung von Enzymen, egal für welchen Einsatzbereich sie nun bestimmt seien, aufgrund derselben technologischen Grundsätze und Abläufe in mehr oder weniger austauschbaren Betriebsstätten. Zudem würden sich ihre Produkte mit denjenigen der Beschwerdegegnerin überlappen, sei doch letztere nicht nur im Markt für Pharmazeutika, sondern auch im Diagnose-Markt tätig. Die Beschwerdegegnerin bestreitet denn auch nicht Ähnlichkeiten im überlappenden Branchenbe-

reich der sich gegenüberstehenden Markeninhaber, vertritt jedoch die Meinung, es könne nicht darum gehen, ob die Branche der Enzymproduzenten in irgendeiner Art verbunden sei. Allein massgeblich sei die Frage einer Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Waren, weshalb nicht die Tätigkeitsbereiche und Produktsortimente der beiden Parteien, sondern die durch die beidseitigen Warenlisten konkret definierten Produkte zu vergleichen seien. Dagegen gäbe es keine Anhaltspunkte für eine Verwechslungsgefahr, bestünden doch zwischen hochspezifischen Medikamenten und Brauereipräparaten weder Ähnlichkeiten hinsichtlich Produkteigenschaft und Verwendungszweck noch lägen gemeinsame Marktteilnehmer bzw. gemeinsame Verkehrskreise vor.

Die Parteien gehen somit übereinstimmend davon aus, dass zwischen Brauereipräparaten und Medikamenten für Gaucherkranke an sich keine Warengleichartigkeit besteht. Zwischen ihnen ist jedoch umstritten, ob dies auch dann der Fall ist, wenn wie hier beide Produkte auf Enzymbasis beruhen. Zu prüfen ist demnach, ob ein warenübergreifender Enzymmarkt existiert und falls ja, ob ein solcher für die in Frage stehenden Produkte eine Warengleichartigkeit zur Folge hätte.

7.1 Zahlreiche Unternehmungen stellen Erzeugnisse auf Enzymbasis her, dominiert wird die Enzymproduktion jedoch von wenigen Konzernen. So verfügte die Beschwerdegegnerin gemäss der deutschen Bundesagentur für Aussenwirtschaft im Jahre 2006 über einen Anteil von 46 % am globalen Enzymmarkt. Ebenfalls zu den Global Playern zählen die Firmen DSM, Danisco sowie deren Division Genencor. Eine Betrachtung ihrer Produktsortimente (vgl. www.novozymes.com, www.dsm-foodspecialties.com, www.danisco. com, www.genecor.com) zeigt auf, dass diese Enzymhersteller in zahlreichen Einsatzgebieten der Industrieenzyme, aber höchstens am Rande im Pharmasektor tätig sind. So scheinen die Unternehmen ihre Infrastruktur und ihr Know-How zwar zum Teil auch für die Produktion von Wirkstoffen für die Human- und Veterinärmedizin, wie Blutplasmaproteine, Impfsubstrate, Wachstumsfaktoren und Antibiotika, zu verwenden. Hingegen produzieren sie keine Enzyme für therapeutische Zwecke. Ebensowenig tut dies die sich als Weltnummer Eins der Spezialenzymproduzenten bezeichnende Unternehmung Amano (vgl. www.amano-enzyme.co.jp). Obwohl sie angeblich über die grösste Auswahl an Spezialenzymen verfügt, stellt sie für den pharmazeutischen Gebrauch lediglich diverse Verdauungsenzyme bzw. entzündungshemmende Enzyme enthaltende Präparate her.

Kein anderes Bild skizzieren die von der Beschwerdeführerin eingereichten Beilagen. Aus ihnen ist ersichtlich, dass beide Parteien die Substanzen Maltase, Glukoamylase bzw. ein Glukoamylase-Produkt, Lipase bzw. einen Lipase-Test, Urease, Hyaluronsäure sowie Glukoseoxidase bzw. einen Glukoseoxidase-Test vertreiben. Bei den ersten drei Substanzen handelt es sich um Verdauungsenzyme. Lipase ist eine Sammelbezeichnung für eine Gruppe fettspaltender Enzyme, die vorallem in der Bauchspeicheldrüse gebildet werden (vgl. Der Brockhaus Gesundheit, 6. Auflage, Leipzig Mannheim 2004, S. 742). Das in den Lysosomen der Leber vorkommende Enzym Glukoamylase spaltet aus Glykogen oder Stärke Glykose ab (vgl. M. Zetkin / H. Schaldach, Lexikon der Medizin, 16. Auflage, Wiesbaden 1999, S. 752). Maltase stellt ein von der Dünndarmschleimhaut gebildetes Enzym dar, das Maltose, auch Malzzucker genannt, spaltet (vgl. P. Reuter, Springer Lexikon Medizin, Berlin Heidelberg New York 2004, S. 1314). Die Enzyme werden im Nahrungsergänzungssektor häufig für Verdauungskomplexe verwendet (vgl. z.B. das Präparat DigestZym unter http://www.sunsplash-europe.com/digestzym.cfm). Demgegenüber dient das Glukoamylase-Produkt „Spirizyme“ der Beschwerdegegnerin der Aufrechterhaltung der für den Gärungsprozess erforderlichen Zuckerkonzentration (http://www.novozymes.com/en/MainStructure/ProductsAndSolutions/Fuel+ethanol/Saccharification/Spirizyme/Spirizyme). Auch handelt es sich beim Produkt „Lipase Color“ der Beschwerdeführerin nicht um das Enzym Lipase als solches, sondern um ein farbmetrisches Reagens zur Messung von Lipase, um eine akute Pankreatitis, eine Entzündung der Bauchspeicheldrüse, zu diagnostizieren (http://www.genzymediagnostics.com/products/clinicalchem/overview_lipase_color.asp). Urease ist ein bakterielles Enzym, das im Darm Harnstoff in Ammoniak und Kohlendioxid spaltet. Diese Eigenschaft dient im Urease-Test zum Nachweis von Heliobacter, ein die Magenschleimhaut infizierendes Bakterium, und anderen urease-positiven Bakterien (vgl. P. Reuter, a.a.O., S. 2215). Glukoseoxidase ist ein Enzym, das die Oxidation von Glukose zu Glukonsäure und Wasser katalysiert. Es wird unter anderem zur Bestimmung des Blutzuckers eingesetzt (vgl. Pschyrembel Klinisches Wörterbuch, a.a.O., S. 710). Dies ist auch beim Schnelltest „hCG Urine“ der Beschwerdeführerin der Fall (http://www.genzymediagnostics.com/products/pointofcare/pointofcare_home.asp). Bei Hyaluronsäure handelt es sich letztlich um ein hochvisköses Glukosamin, das vorallem in der Gelenkflüssigkeit, aber auch in Knorpel, Bindegewebe, Glaskörper und anderen Körpergeweben vorkommt. Sie wird aufgrund ihrer Fähigkeit Wasser zu bin-

den zur Behandlung der Arthrose und zur Unterspritzung von Falten eingesetzt (vgl. Der Brockhaus Gesundheit, a.a.O., S. 576). Auch findet sich Hyaluronsäure oft in Antifaltencremes (vgl. z.B. Nano Q 10 unter http://www.awamed.de/NANO+Q10+Anti+Aging.htm).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass manche Enzyme aufgrund ihrer chemischen Eigenschaften vielseitig einsetzbar sind und daher gleichzeitig in der Industrie als auch im Pharmasektor Anwendung finden können. Dies deutet darauf, dass sich die beiden Branchen überlappen, was zwischen den Parteien denn auch nicht umstritten ist. So produzieren die Hersteller von Industrieenzyme einerseits pharmazeutische Ausgangsstoffe, wie z.B. Blutplasmaproteine, Impfsubstrate, Wachstumsfaktoren und Antibiotika, an welchen in der Medizin ein mengenmässig hoher Bedarf besteht und andererseits Stoffe, die in der Lebensmitteltechnologie, wie z.B. Verdauungsenzyme, oder für Kosmetika, wie z.B. Hyaluronsäure, benötigt werden. Demgegenüber stellen sie keine Enzyme zur Therapierung seltener Erbkrankheiten her, steht doch bei solchen vielmehr eine langjährige, kostspielige Forschung als eine kostengünstige Massenproduktion im Vordergrund, weshalb nicht breit diversifizierte Industrieenzymhersteller, sondern hoch spezialisierte Biotechnologieunternehmen für die Erzeugung prädestiniert sind. Auch wenn zwischen den verschiedenen Bereichen keine exakte Abgrenzung möglich ist, so sprechen die aufgeführten Indizien eher gegen das Vorliegen eines umfassenden Enzymmarktes.

7.2 Des Weiteren ist die Widerspruchsmarke nicht für Enzyme als solches, sondern für Medikamente zur Behandlung von Enzymmängeln eingetragen. Der Betroffenenhomepage www.gaucher.de lässt sich denn auch entnehmen, dass neben der Enzymersatztherapie noch andere pharmakologische Therapieformen existieren, so die Verabreichung von Analgetika ohne Aspirin, verhindert letzteres doch die Blutgerinnung und ist daher für Gaucherpatienten ungeeignet, die Einnahme von entzündungshemmenden Medikamenten gegen akute und chronische Schmerzen sowie die Anwendung des Glucosylceramid-Synthase-Hemmstoffes „Miglustat“. Dieser blockiert die Entstehung von Glukocerebroside, der Substanz, welche infolge des Enzymmankos bei Gaucherkranken nur schwer abgebaut werden kann. Des Weiteren ergibt sich aus den auf der Homepage www.cerezyme.com aufgeführten Produktinformationen, dass das Medikament der Beschwerdeführerin neben Enzymen auch andere Inhaltsstoffe, wie das osmoti-

sche Diuretikum Mannitol (Zuckeralkohol) sowie Sodiumzitrat gegen die Blutgerinnung, enthält.

Es lässt sich demnach festhalten, dass sowohl das Vorhandensein alternativer Behandlungsmöglichkeiten der Gaucherkrankheit als auch der Umstand, dass Enzymersatzpräparate nicht nur Enzyme beinhalten, gegen eine Warengleichartigkeit sprechen.

7.3 Ferner ist mit der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin darin einig zu gehen, dass Pharmazeutika zur Behandlung von Morbus Gaucher und Zutaten zur Bierherstellung über eine unterschiedliche Zweckbestimmung verfügen und nicht substituierbar sind. Auch richten sich die Waren an unterschiedliche Abnehmerkreise, an Medizinalpersonen bzw. Gaucherkranke einerseits sowie an Bierbrauer andererseits, und verfügen als Medikament sowie als Lebensmittelzusatz über unterschiedliche Vertriebskanäle. Selbst wenn die Waren, wie von der Beschwerdeführerin behauptet, in ähnlichen Betriebsstätten produziert würden, so genügte dies insgesamt – auch unter Berücksichtigung der infolge der Markenidentität besonders hohen Anforderungen an den Warenabstand – nicht zur Begründung einer Warengleichartigkeit.

7.4 Die Beschwerdeführerin beruft sich im Übrigen auf die besondere Bekanntheit der Widerspruchsmarke. Es handle sich folglich um ein starkes Zeichen, weshalb ihm ein erweiterter Schutzumfang zukomme. Zum Beweis dieser Behauptung verwies sie auf die Eintragung der Widerspruchsmarke in 87 Ländern sowie auf ihre Umsatzzahlen. Es muss jedoch der Vorinstanz beigepflichtet werden, dass die eingereichten Registrierungsurkunden keine Rückschlüsse auf den Gebrauch der Marke erlauben und dass es sich bei der Liste „Cerezyme Historical Sales Analysis by Region & Country“ lediglich um eine betriebsinterne Zusammenstellung handelt. Des Weiteren stellen die in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 22. April 2002 aufgeführten weltweiten Umsatzzahlen des Medikamentes von 580 bis 600 Millionen Dollar bzw. von 700 Millionen Dollar lediglich Prognosen für die Jahre 2002 und 2003 dar. Zudem relativieren die im Artikel erwähnten extrem hohen Therapiekosten, die zwischen 100'000 und 150'000 Dollar pro Patient und Jahr liegen, die auf der Liste ausgewiesenen, mit dem Präparat in der Schweiz erzielten Jahresumsätze von rund 2.44 Millionen Dollar im Jahre 2002 bis 6.15 Millionen Dollar im Jahre 2006. Der Beschwerdeführerin ist es folglich nicht gelungen, die geltend gemachte besondere Bekanntheit der Widerspruchsmarke in der

Schweiz zu beweisen. Es muss daher von einem lediglich durchschnittlich starken Zeichen ausgegangen werden. Einem solchen kommt kein erhöhter Schutzumfang zu.

8.
Infolge Nichtvorliegens einer Warengleichartigkeit ist eine aus dieser und der Markenidentität resultierende Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b MSchG ausgeschlossen. Die Beschwerde erweist sich demzufolge als unbegründet, womit sie abzuweisen und die Verfügung der Vorinstanz zu bestätigen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig und es steht der Beschwerdegegnerin einen Anspruch auf Parteientschädigung zu (Art. 63 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 VwVG).

9.
Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist dafür ein Streitwert zu veranschlagen (Art. 4 VGKE). Im Widerspruchsverfahren besteht dieser Streitwert vor allem im Schaden der Widersprechenden im Fall einer Markenverletzung durch die angefochtene Marke. Es würde aber zu weit führen und könnte im Verhältnis zu den relativ geringen Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens abschreckend wirken, wenn dafür im Einzelfall stets konkrete Aufwandsnachweise verlangt würden. Mangels anderer streitwertrelevanter Angaben ist der Streitwert darum nach Erfahrungswerten auf Fr. 40'000.- festzulegen (J. ZÜRCHER, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsprozess, sic! 2002, 505; L. MEYER, Der Streitwert in Prozessen um Immaterialgüterrechte und Firmen, sic! 2001, 559 ff., L. DAVID, in: Roland von Büren / Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/2, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Basel 1998, 29 f.).

10.
Die Parteientschädigung ist aufgrund der eingereichten Kostennote festzusetzen. Ist wie im vorliegenden Fall keine Kostennote eingereicht worden, setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten für die notwendigen erwachsenen Kosten fest (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). In Würdigung der massgeblichen Faktoren er-

scheint eine Parteientschädigung der Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegnerin von Fr. 2'500.- (inkl. MWST) für das Beschwerdeverfahren angemessen.

11.
Gegen dieses Urteil steht keine Beschwerde an das Bundesgericht zur Verfügung (Art. 73 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es ist deshalb rechtskräftig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'500.- verrechnet. Der Beschwerdeführerin ist demnach ein Betrag von Fr. 500.- aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

3.
Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 2'500.- (inkl. MWST) zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Akten zurück)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Wspr.-Nr. 8725; Einschreiben; Akten zurück)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Hans Urech	Marc Hunziker

Versand: 2. Februar 2008