



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 22/03

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
4. Januar 2008

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 300 72 735

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 2007 unter Mitwirkung der Richterin Bayer als Vorsitzende sowie der Richter Merzbach und Eisenrauch

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 29. September 2000 angemeldete Wortmarke

Cordarone

ist am 19. April 2001 u. a. für die Waren und Dienstleistungen

„Pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke; Babykost; Pflaster, Verbandsmaterial; Ärztliche Versorgung, Gesundheitspflege“

unter der Nummer 300 72 735 in das Markenregister eingetragen worden.

Dagegen hat die Inhaberin der für die Waren

„Herzmittel“

seit 20. Januar 1982 eingetragenen Wortmarke 1 028 035

CORDAREX

Widerspruch erhoben.

Mit Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 24. Oktober 2002 wurde der Widerspruch durch einen Prüfer des höheren Dienstes wegen fehlender Verwechslungsgefahr gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG zurückgewiesen.

Ausgehend von durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke kommen sich die Marken nicht verwechselbar nahe, auch wenn sie sich nach der Registerlage zumindest teilweise auf identischen Waren der Klasse 5 begegnen mögen. Klanglich hätten die Marken zwar den Bestandteil „Corda“ gemein. Indes falle diese Übereinstimmung wegen des Indikationshinweises, „Cor“ = lat. „Herz“, und zahlreicher entsprechend gebildeter Drittmarken (Cordapur, Cordanum, Cordalin) nicht so stark ins Gewicht, so dass die angesprochenen Verkehrskreise gehalten seien, die weiteren Markenbestandteile aufmerksamer zu betrachten. Vor diesem Hintergrund träten die Unterschiede in den Vokalen „o“ und „e“ sowie den Konsonanten der Wortenden „n“ und „x“ unüberhörbar in Erscheinung, zumal die zusätzliche Silbe der jüngeren Marke bei deutscher Aussprache einen abweichenden Sprech- und Betonungsrhythmus bewirke. In diesem Fall führe das eher dunkle und weiche Klangbild des Bestandteils „rone“ auf Seiten der angegriffenen Marke zu einem deutlichen Kontrast zu dem heller und härter klingenden Element „REX“ der Widerspruchsmarke. Im schriftbildlichen Vergleich hebe sich die jüngere Kennzeichnung vor allem durch die Kontur der abweichenden Vokale und Konsonanten am Wortende ausreichend von der Widerspruchsmarke ab.

Hiergegen hat die Widersprechende Beschwerde eingelegt, nunmehr beschränkt auf die Waren und Dienstleistungen „Pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke; Babykost; Pflaster, Verbandsmaterial; Ärztliche Versorgung, Gesundheitspflege“, und beantragt,

den angegriffenen Beschluss hinsichtlich der Waren und Dienstleistungen „Pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke; Babykost; Pflaster, Verbandsmaterial; Ärztliche Versorgung, Gesundheitspflege“ aufzuheben.

Vorsorglich beantragt sie einen Schriftsatznachlass zur Glaubhaftmachung einer gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke seit 2002.

Das Produkt „Cordarone“ der Inhaberin der angegriffenen Marke sei identisch zu dem von der Widersprechenden in Deutschland unter „CORDAREX“ vertriebenen Produkt, denn die Tochter der Markeninhaberin importiere das Produkt „Cordarone“ der Widersprechenden aus Belgien. Der Faktor der Ähnlichkeit der Waren sei also in seinem höchsten nur denkbaren Maße gegeben. Völlig unberücksichtigt gelassen habe die Markenstelle die von der Widersprechenden geltend gemachte Steigerung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke durch umfangreiche Benutzung. Die seit der Markteinführung vorgelegten Umsatzzahlen für das Produkt „CORDAREX“ der Widersprechenden zeige die kontinuierliche Steigerung der Umsätze seit 1982. Ferner belege die eingereichte eidesstattliche Versicherung, dass das Produkt „CORDAREX“ der Widersprechenden seit 1997 Marktführer bei den antiarrhythmischen Präparaten sei. Das Produkt sei jedem Arzt und Apotheker bekannt. Infolge der hohen Bekanntheit der Marke bei Ärzten und Apothekern komme der Marke, die ursprünglich eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft aufgewiesen habe, eine gesteigerte Kennzeichnungskraft und damit

ein erhöhter Schutzzumfang zu. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen einer gesteigerten Kennzeichnungskraft sei insoweit der Anmeldetag der angegriffenen Marke. Sollte es auf den Zeitpunkt der Entscheidung ankommen, bittet die Beschwerdeführerin um einen Schriftsatznachlass zur Glaubhaftmachung einer gesteigerten Kennzeichnungskraft seit 2002. Die Ähnlichkeit der Marken sei nach dem Gesamteindruck zu beurteilen. Auch wenn der gemeinsame Bestandteil „COR“ als Indikationshinweis verstanden werde, führe dies nicht dazu, dass dieser Bestandteil praktisch ausgeblendet werden dürfe. Die streitgegenständlichen Marken seien in den ersten beiden Silben identisch. Außerdem stimmten sie zusätzlich noch in einem weiteren Konsonanten „R“ überein. Die Erinnerung „CORDAREX“ werde so von „Cordarone“ sofort und unmittelbar geweckt.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen und regt an, gegebenenfalls die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

Die gemeinsame Silbe „Cor“ sei hochgradig beschreibend und nicht zu berücksichtigen. Da sie in zahlreichen Drittmarken vorhanden sei, sei ihre Kennzeichnungskraft schwach. Der Endbestandteil „rex (lat = König) der Widerspruchsmarke sei ebenfalls beschreibend und kennzeichnungsschwach. Die geltend gemachte Steigerung der Kennzeichnungskraft durch Benutzung verleihe der Marke keine überdurchschnittliche Kennzeichnungskraft. Sie mag allenfalls dazu führen, dass die Marke statt der schwachen eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft habe. Der Umfang der Benutzung sei zudem inzwischen stark zurückgegangen. Aufgrund des gängigen Wortanfangs stünden die Endsilben für den maßgeblichen Fachverkehr im Vordergrund. Die Endsilben „rex“ und „rone“ wichen deutlich voneinander ab. Der scharfe Laut „rex“ stünde der weichen Endung „one“ gegenüber. Ebenso sei das Schriftbild deutlich verschieden. Die Marken würden auch nicht begrifflich verwechselt oder miteinander in Verbindung gebracht, da der gemein-

same Bestandteil „cor“ beschreibend sei. Die Unterschiede würden vom maßgeblichen Fachverkehr erkannt.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Akten, einschließlich des Protokolls der mündlichen Verhandlung am 15. November 2007 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden hat in der Sache keinen Erfolg, da keine Verwechslungsgefahr gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG besteht.

Soweit allerdings die Beschwerdegegnerin geltend macht, aus der Aufhebung der Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 2. September 2004 durch den BGH lasse sich bereits entnehmen, dass die Marken nicht verwechselbar seien, da das Hanseatische Oberlandesgerichts die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet hatte und dies nicht bestätigt worden sei, kann dem nicht gefolgt werden, zumal die Gründe der Entscheidung des BGH nicht vorliegen. Es ist somit nicht zu ersehen, auf welchen Sachverhalt und welche Überlegungen die Entscheidung des Bundesgerichtshofs gestützt ist.

Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr, bei der auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen ist (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 9 Rdn. 113), kommen als angesprochene Verkehrskreise auf Seiten der Widerspruchsmarke nicht nur der Fachverkehr, sondern auch die allgemeinen Verkehrskreise in Betracht. Selbst wenn man auf Seiten der Widerspruchsmarke auf Antiarrhythmika, abstellt, für die die Widersprechende eine gesteigerte Kennzeichnungskraft behauptet und die in der Regel rezeptpflichtig, teilweise auch nur apothekenpflichtig sind, dürfen Laien nicht

völlig unberücksichtigt bleiben, wenn auch insoweit der Fachverkehr im Vordergrund steht.

Bei der Widerspruchsmarke kann nur von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft ausgegangen werden. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der Verwechslungsgefahr ist der Zeitpunkt der Entscheidung, gegebenenfalls der letzten mündlichen Verhandlung. Berufte sich jedoch der Inhaber der älteren Marke auf einen erhöhten Schutzzumfang, müssen dessen Voraussetzungen bereits im Zeitpunkt der Anmeldung der jüngeren Marke vorgelegen haben und im Entscheidungszeitpunkt noch fortbestehen (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 9 Rdn. 35; BGH GRUR 2003, 1040 - Kinder; PAVIS PROMA, Kliems, 33 W (pat) 123/03 CarClean). Soweit die Beschwerdeführerin im Hinblick auf das Urteil des EuGH vom 27. April 2006 Az.: C-145/05 - L... & Co lediglich den Anmeldezeitpunkt der jüngeren Marke für maßgeblich hält, lässt sich dies der Entscheidung des EuGH nicht entnehmen, da diese lediglich die Auslegung des Artikel 5 der Markenrichtlinie betraf. Im vorliegenden Fall handelt es sich jedoch um eine Entscheidung in einem Widerspruchsverfahren, bei dem zudem nicht ersichtlich ist, dass eine eventuelle Schwächung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke im Vergleich zum Anmeldezeitpunkt der jüngeren Marke auf eine rechtswidrige Benutzung der jüngeren Marke durch die Beschwerdegegnerin zurückzuführen sein könnte.

Letztlich kommt es aber nicht darauf an, ob im Anschluss an die genannte EuGH-Entscheidung auch bei der vorliegenden Fallgestaltung hinsichtlich der Beurteilung der Kennzeichnungskraft grundsätzlich nur auf den Zeitpunkt der Anmeldung der jüngeren Marke abzustellen ist. Denn auch dann besteht hier keine Verwechslungsgefahr.

Bei der Bestimmung der Kennzeichnungskraft sind alle relevanten Umstände zu berücksichtigen, zu denen insbesondere die Eigenschaften, die die Marke von Hause aus besitzt, der von der Marke gehaltene Marktanteil, die Intensität, die

geographische Verbreitung und die Dauer der Benutzung der Marke, der Werbeaufwand des Unternehmens für eine Marke und der Teil der beteiligten Verkehrskreise, die die Waren aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen, gehören (EuGH GRUR Int. 1999, 734 Tz. 23 - Lloyd; BGH GRUR 2002, 1067, 1069 - DKV/OKV).

Von Hause aus mag die Widerspruchsmarke noch eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft aufweisen. Auch wenn der Zeichenanfang „Cor“ als Hinweis auf Herzmittel beschreibend und somit das Indikationsgebiet aus der Marke deutlich ersichtlich ist, spricht dies noch nicht für eine Kennzeichnungsschwäche der Widerspruchsmarke in ihrer Gesamtheit. Geht man zugunsten der Widersprechenden entsprechend der von ihr eingereichten eidesstattlichen Versicherung vom 4. Dezember 2001 davon aus, dass die Widerspruchsmarke seit 1982 benutzt wird und die Umsätze von 1982 in Höhe von ... DM bis 1999 auf ... DM stiegen bzw. im Jahr der Anmeldung der jüngeren Marke bis zum 31. August 2000 ... DM betragen, sowie nach Umsatz seit 1997 Marktführerschaft innerhalb der antiarrhythmischen Präparate bestand und nach der eidesstattlichen Versicherung vom 10. April 2003 der Werbeaufwand im Jahr 2000 circa ... Euro betrug, so lässt sich daraus zwar auf eine gut benutzte Marke zum Zeitpunkt der Anmeldung der jüngeren Marke schließen, jedoch reicht dies noch nicht, um eine Kennzeichnungskraft anzunehmen, die über den oberen Bereich durchschnittlicher Kennzeichnungskraft hinausgeht. Zum einen betrifft die Benutzung lediglich ein spezielles Präparat. Außerdem ist nicht erkennbar, dass auch Laien, die ebenfalls zu den zu beteiligten Verkehrskreisen gehören, die Marke in beachtlichem Umfang kennen. Auch die Eigenschaft der Marktführerschaft mit dem speziellen Präparat sagt noch nichts darüber aus, wie die Marktsituation bei Herzmitteln oder auch speziell bei Antiarrhythmika zu beurteilen ist, da der Abstand zu den anderen Präparaten nicht bekannt ist.

Die sich gegenüberstehenden Marken unterscheiden sich hinreichend, eine Verwechslungsgefahr zu verhindern, selbst wenn für Antiarrhythmika die Kennzeich-

nungskraft der Widerspruchsmarke durch Benutzung auf eine Kennzeichnungskraft im oberen durchschnittlichen Bereich angehoben sein sollte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass soweit sich identische Antiarrythmatika gegenüberstehen können, sich die Zeichen vorwiegend beim Fachverkehr begegnen, die die Unterschiede leichter bemerken und behalten als die allgemeinen Verkehrskreise. Soweit man den eingetragenen Warenbegriff „Herzmittel“ der Widerspruchsmarke zugrunde legt und die angegriffenen Waren und Dienstleistungen solche Produkte umfassen, die auch von Laien erworben oder in Anspruch genommen werden können, ohne dass der Fachverkehr eingeschaltet ist, sind Laien uneingeschränkt zu berücksichtigen. Doch auch diese werden die Zeichen nicht verwechseln.

Die gemeinsame Silbe „Cor“ (= Herz) ist für Arzneimittel beschreibend und wird in zahlreichen Arzneimittelbezeichnungen verwendet, so dass es sich um einen verbrauchten Bestandteil handelt. Auch wenn dieser Bestandteil nicht völlig außer Acht gelassen werden darf, wird der Verkehr, seien es Laien, seien es der Fachverkehr, stark auch die weiteren Bestandteile beachten, so dass der Übereinstimmung in der Anfangssilbe kein solches Gewicht wie in sonstigen Fällen beigemessen werden darf. Im Gesamteindruck sind die Zeichen sehr unterschiedlich. Die Silbenzahl und damit auch der Sprech- und Betonungsrhythmus sind verschieden. In der Vokalfolge weichen die Zeichen ebenfalls ab, wobei hinzukommt, dass gerade die jeweils dritte Silbe mit dem dunkelklingenden Vokal „o“ in der angegriffenen Marke und dem hellklingenden Vokal „e“ in der Widerspruchsmarke eine Betonung aufweist, so dass die unterschiedliche Vokalfolge deutlich hörbar ist und in Erinnerung bleibt. Hinzu kommt, dass der Laut „x“ am Wortende der Widerspruchsmarke, welcher in der angegriffenen Marke keine Entsprechung hat, zu den klangstärksten und markantesten Lauten der deutschen Sprache gehört, so dass auch der Ausklang der Zeichen sehr verschieden ist. Trotz der Übereinstimmung in den Lauten „cordar“ bewirken die aufgezeigten Unterschiede einen deutlich unterschiedlichen Gesamteindruck, so dass in klanglicher Hinsicht die Zeichen

nicht verwechselbar sind. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin unterscheiden sich die vorliegenden Zeichen stärker als die Wörter „Corvaton“ und „Corvasal“, bei denen der BGH eine Verwechslungsgefahr zwar nicht festgestellt, aber auch nicht ausgeschlossen hatte, sondern die Sache an das Berufungsgesicht zurückverwiesen hatte (vgl. BGH GRUR 1993, 118). Abgesehen von der Silbenzahl stimmen diese Wörter auch im Klangcharakter der Vokale stärker überein und sie weisen keinen so markanten Konsonanten wie „X“ auf.

Auch schriftbildlich sind die Marken hinreichend verschieden, da die Buchstabenfolge „-one“ der angegriffenen Marke sich figürlich von der an gleicher Stelle stehenden Buchstabenfolge „-ex“ der Widerspruchsmarke erheblich unterscheidet und der Verkehr auf diese Buchstaben auch in schriftbildlicher Hinsicht verstärkt achtet, da der Zeichenanfang „Cor“ beschreibend und verbraucht ist. Berücksichtigt man zusätzlich, dass das Schriftbild von Marken erfahrungsgemäß eine genauere und in der Regel sogar wiederholte Wahrnehmung der Bezeichnung gestattet als das schnell verklingende gesprochene Wort (Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 9 Rdn. 143), so scheidet eine schriftbildliche Verwechslungsgefahr in jeder Hinsicht aus.

Eine Verwechslungsgefahr aus anderen Gründen ist ebenfalls nicht ersichtlich. Insbesondere besteht keine Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt eines gedanklichen in Verbindung Bringens der Zeichen. Weder die Silbe „Cor“ noch die Buchstabenfolgen „Corda“ oder „Cordar“ wirken als Stammbestandteile einer Zeichenserie der Widersprechenden. Diese Bestandteile haben von Hause aus wegen des beschreibenden Inhalts bzw. Anklangs keine überdurchschnittliche Kennzeichnungskraft. Der Verkehr wird allein wegen der Übereinstimmung in diesen Buchstaben nicht annehmen, die Marken gehörten zu ein und demselben oder zu miteinander verbundenen Unternehmen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Widersprechende eine Zeichenserie mit diesen Bestandteilen in Deutschland benutzt, bzw. dass der Verkehr diesen Bestandteilen eine Hinweisfunktion auf den

Betrieb der Widersprechenden entnimmt, zumal der Verkehr wegen des beschreibenden Zeichnanfangs verstärkt auf die übrigen Zeichenbestandteile achtet.

Hinsichtlich der Waren und Dienstleistungen „Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke; Babykost; Pflaster, Verbandmaterial; Ärztliche Versorgung, Gesundheitspflege“ der angegriffenen Marke ist der Waren- bzw. Dienstleistungsabstand größer als bei Arzneimitteln, so dass hier erst recht keine Verwechslungsgefahr besteht. Selbst wenn bei einzelnen dieser Waren und Dienstleistungen der angegriffenen Marke der Zeichnanfang „Cor“ nicht so schwach sein sollte wie bei Arzneimitteln, so dass im Gegensatz zur Widerspruchsmarke bei der angegriffenen Marke der Zeichnanfang insoweit stärker ins Gewicht fällt, so führt dann jedenfalls der größere Abstand der sich gegenüberstehenden Produkte dazu, dass bei den bereits aufgezeigten Unterschieden in den Zeichen keine Verwechslungsgefahr besteht.

Es bestand kein Anlass, der Beschwerdeführerin einen Schriftsatznachlass zur Glaubhaftmachung einer gesteigerten Verkehrsdurchsetzung der Widerspruchsmarke seit 2002 einzuräumen, da es im Ergebnis darauf nicht ankommt. Zudem liegen auch die Voraussetzungen für einen Schriftsatznachlass nicht vor (§ 82 Abs. 1 MarkenG i. V. m. § 139 ZPO und § 283 ZPO).

Eine Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 83 Abs. 2 MarkenG ist nicht veranlasst, da weder eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden war, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erfordert.

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

Bayer

Merzbach

Eisenrauch

Na