



# BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 55/11

---

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt  
zugestellt am  
2. September 2013

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 305 65 744**

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) auf die mündliche Verhandlung vom 16. Mai 2013 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll, des Richters Metternich und der Richterin Grote-Bittner

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

**Gründe**

**I.**

Die am 8. November 2005 als Wortmarke angemeldete Bezeichnung

**Cosar**

ist am 22. Dezember 2005 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Markenregister unter der Nummer 305 65 744 für folgende Waren und Dienstleistungen der Klasse 5 eingetragen worden:

Pharmazeutische Erzeugnisse, insbesondere Humanarzneimittel,  
Präparate für die Gesundheitspflege.

Nach der Veröffentlichung der Eintragung am 27. Januar 2006 hat die Inhaberin der beiden prioritätätsälteren, jeweils für Waren der Klasse 5 eingetragenen Marken, nämlich

**LORZAAR,**

die seit 9. November 1995 eingetragen ist für

pharmazeutische Präparate, nämlich Herz- und Kreislaufmittel  
sowie Präparate zur Behandlung von Bluthochdruck

und

**FORTZAAR,**

die seit 20. Juni 2005 eingetragen ist für

pharmazeutische Erzeugnisse, insbesondere für die Behandlung  
von Herz-Kreislauf-Erkrankungen und Bluthochdruck.

am 20. April 2006 gegen die Eintragung Widerspruch erhoben.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat in zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, über die Widersprüche entschieden, wobei in beiden Beschlüssen der Widerspruch aus der Widerspruchsmarke FORTZAAR bzw. die entsprechende Erinnerung zurückgewiesen worden ist. In Bezug auf die Widerspruchsmarke LORZAAR hat die Erstprüferin die Verwechslungsgefahr bejaht und die Löschung der jüngeren Marke Cosar angeordnet. Der Erinnerungsprüfer hat im Erinnerungsbeschluss auch insoweit die Verwechslungsgefahr verneint und unter entsprechender Teilaufhebung der Erstprüferentscheidung auch diesen Widerspruch zurückgewiesen.

Im Erinnerungsbeschluss ist ausgeführt, dass ausgehend von identischen Waren und normaler Kennzeichnungskraft beider Widerspruchsmarken strenge Anforderungen an den Markenabstand zu stellen seien, denen die angegriffene Marke aber noch gerecht werde. In ihrem schriftbildlichen Gesamteindruck würden sich die jeweiligen Vergleichszeichen aufgrund der deutlich unterschiedlichen Zeichenlänge sowie überwiegend abweichender Buchstabenfolgen unübersehbar

voneinander abheben. Auch begriffliche Ähnlichkeiten seien nicht gegeben. Die zweisilbigen Vergleichszeichen würden trotz der vorhandenen Übereinstimmungen insbesondere wegen der jeweiligen Unterschiede am Wortanfang auch einen ausreichenden klanglichen Abstand aufweisen.

Dagegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden. Sie ist der Auffassung, dass zwischen den jeweiligen Vergleichsmarken Verwechslungsgefahr besteht. Die Widerspruchsmarke LORZAAR werde bereits seit 1995 ununterbrochen für verschreibungspflichtige Arzneimittel zur Behandlung von Bluthochdruck in Deutschland benutzt mit hohen jährlichen Umsatzzahlen, die bezogen auf die Jahre 2000 bis einschließlich September 2011 zwischen ... und ... Mio Euro für das Produkt „LORZAAR“ und zwischen ... und ... Mio Euro für das Produkt „LORZAAR PLUS“ liegen würden (wegen der Einzelheiten wird auf die entsprechende Umsatzaufstellung aus Seite 2 des Schriftsatzes vom 3. Januar 2012, Bl. 30 d.A. verwiesen), so dass von einer überdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke „LORZAAR“ auszugehen sei. Klanglich seien die Marken verwechselbar ähnlich. Bei gleicher Silbenzahl, gleichem Sprechrhythmus und gleicher Betonung stimme die Vokalfolge überein. Zudem wiesen die Vergleichszeichen klangverwandte Konsonanten „Z“ und „s“ im Mittelbereich der Wörter und eine identische Endung „ar“ auf. Demgegenüber fielen die Abweichungen in Bezug auf die unterschiedlichen klangschwachen Anfangskonsonanten und den im Mittelbereich allein in der Widerspruchsmarke vorhandenen Konsonanten „R“ nicht ausreichend ins Gewicht, so dass Verwechslungsgefahr gegeben sei. Auch in schriftbildlicher Hinsicht seien die Vergleichszeichen sehr ähnlich, insbesondere bei handschriftlicher Wiedergabe. Auch zwischen der Widerspruchsmarke „FORTZAAR“ und der angegriffenen Marke bestehe Verwechslungsgefahr aufgrund der gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, der Identität der Vergleichswaren und der großen klanglichen Ähnlichkeit der Vergleichszeichen, wobei die Widersprechende die klangliche Verwechslungsgefahr im Wesentlichen mit den selben Argumenten begründet wie beim Markenvergleich zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke LORZAAR.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 1. Oktober 2008 und vom 21. Januar 2011 aufzuheben, soweit die Widersprüche aus den Widerspruchsmarken 2 099 124 und 305 18 165 zurückgewiesen worden sind, und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Nach Auffassung der Markeninhaberin hat die Markenstelle zutreffend eine Verwechslungsgefahr zwischen den jeweiligen Vergleichsmarken verneint. Die vorgelegten Unterlagen seien nicht geeignet, eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken zu belegen. Außerdem sei keine Warenähnlichkeit gegeben. Schließlich seien die jeweiligen Vergleichszeichen in keiner Richtung ähnlich, so dass eine Verwechslungsgefahr nicht gegeben sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle, die Schriftsätze der Beteiligten und den übrigen Akteninhalt verwiesen.

## 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 hat die Beschwerde jedoch keinen Erfolg. Die beiden nach § 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG von der Widersprechenden erhobenen Widersprüche sind von der Markenstelle zu Recht gemäß § 43 Abs. 2 Satz 2 MarkenG zurückgewiesen worden. Es besteht auch nach Auffassung des Senats zwischen den jeweiligen Vergleichsmarken keine Verwechslungsgefahr i.S.v. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG.

Das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr für das Publikum ist nach ständiger Rechtsprechung sowohl des Europäischen Gerichtshofes als auch des Bundesgerichtshofes unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (vgl. hierzu z.B. EuGH GRUR 2010, 933, Tz. 32 - BARBARA BECKER; GRUR 2010, 1098, Tz. 44 - Calvin Klein/HABM; BGH GRUR 2012, 64, Tz. 9 - Maalox/Melox-GRY; GRUR 2012, 1040, Tz. 25 - pjur/pure; GRUR 2013, 833, Tz. 30 – Culinaria/Villa Culinaria). Von maßgeblicher Bedeutung sind insoweit insbesondere die Identität oder Ähnlichkeit der Waren, die Identität oder Ähnlichkeit der Marken sowie die Kennzeichnungskraft und der daraus folgende Schutzzumfang der Widerspruchsmarke. Diese einzelnen Faktoren sind zwar für sich gesehen voneinander unabhängig, bestimmen aber in ihrer Wechselwirkung den Rechtsbegriff der Verwechslungsgefahr (vgl. dazu EuGH GRUR 2008, 343, Tz. 48 - Il Ponte Finanziaria Spa/HABM; BGH GRUR 2012, 64, Tz. 9 - Maalox/Melox-GRY; GRUR 2012, 1040, Tz. 25 - pjur/pure; siehe auch Ströbele/Hacker, Markengesetz, 10. Aufl., § 9 Rdn. 40 ff m.w.N.). Darüber hinaus können für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr weitere Faktoren relevant sein, wie u.a. etwa die Art der Ware, die im Einzelfall angesprochenen Verkehrskreise und daraus folgend die zu erwartende Aufmerksamkeit und das zu erwartende Differenzierungsvermögen dieser Verkehrskreise bei der Wahrnehmung der Kennzeichen.

1.

Es kann letztlich dahinstehen, ob die Ausführungen der Markeninhaberin zur Benutzung der Widerspruchsmarken als Nichtbenutzungseinreden nach § 43 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 MarkenG ausgelegt werden können, da auch dann keine Verwechslungsgefahr zwischen den jeweiligen Vergleichsmarken besteht, wenn zu Gunsten der Widersprechenden von der Registerlage ausgegangen wird. Gegen die Erhebung solcher Einreden spricht im Übrigen der Umstand, dass die Ausführungen der Markeninhaberin lediglich im Zusammenhang mit dem Bestreiten einer erhöhten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken erfolgten. Damit kommt der Wille, die Benutzung der Widerspruchsmarken im Rahmen des Benutzungszwangs bestreiten zu wollen, zumindest nicht hinreichend eindeutig zum Ausdruck, was aber notwendig wäre (siehe dazu Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 43 Rdn 22 m.w.N.).

2.

Die ursprüngliche Kennzeichnungskraft der beiden Widerspruchsmarken ist durchschnittlich. Es handelt sich jeweils um phantasievolle Bezeichnungen, die jedenfalls keine ohne weiteres erkennbaren warenbeschreibenden Bezüge aufweisen, welche die Kennzeichnungskraft schwächen könnten. Es sind aber auch keine ausreichenden Gesichtspunkte vorgetragen oder sonst ersichtlich, die eine relevante Steigerung der Kennzeichnungskraft rechtfertigen könnten.

a)

Bei der Widerspruchsmarke „LORZAAR“ kann davon ausgegangen werden, dass es sich um eine langjährig benutzte Marke handelt, mit der erhebliche Umsatzzahlen erzielt werden. Deshalb kann insoweit eine Kennzeichnungskraft zugebilligt werden, die im oberen Bereich durchschnittlicher Kennzeichnungskraft liegt. Allein mit der Angabe von Umsatzzahlen lässt sich allerdings eine relevant erhöhte Kennzeichnungskraft regelmäßig nicht begründen, da einerseits umsatzstarke Marken wenig bekannt und andererseits Marken mit geringen Umsätzen weithin bekannt sein können (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 9 Rdn. 138 -

140). Vielmehr sind zur Feststellung einer gesteigerten Kennzeichnungskraft bzw. einer gesteigerten Verkehrsbekanntheit alle relevanten Umstände zu berücksichtigen, wozu neben Umsatzzahlen u.a. auch der Marktanteil und die Werbeaufwendungen gehören. Die dadurch erreichte Bekanntheit kann insbesondere durch Vorlage eines entsprechenden Verkehrsgutachtens belegt werden, das sich auf eine demoskopische Befragung stützt. Solche Unterlagen hat die Widersprechende nicht vorgelegt. Die von der Widersprechenden genannten und an Eides Statt versicherten Umsatzzahlen sind im Übrigen auf dem vorliegenden Warensektor der Antihypertonika bzw. Angiotensin-II-Rezeptor-Antagonisten keineswegs ungewöhnlich hoch.

b)

Eine Steigerung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke FORTZAAR durch intensive Benutzung kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil im Widerspruchsverfahren eine gestärkte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke bereits zum Prioritätszeitpunkt der jüngeren Marke, also am 8. November 2005, vorgelegen haben müsste (vgl. zu diesem Erfordernis BGH GRUR 2008, 903, Tz. 14 – SIERRA ANTIGUO; vgl. auch Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 9 Rdn. 187 m.w.N.). Da die Widerspruchsmarke „FORTZAAR“ selbst erst im März 2005 angemeldet und im Juni 2005 eingetragen worden war und zudem die Benutzungsaufnahme nach den Angaben der Widersprechenden wohl erst im Jahr 2005 stattgefunden hat, kann die Kennzeichnungskraft zum Prioritätszeitpunkt der angegriffenen Marke offensichtlich noch nicht durch intensive (langjährige) Benutzung gesteigert gewesen sein.

3.

Die Vergleichsmarken können teilweise zur Kennzeichnung identischer Waren verwendet werden. Der von der angegriffenen Marke beanspruchte Warenbegriff „pharmazeutische Erzeugnisse“ umfasst die spezielleren Waren „pharmazeutische Präparate bzw. pharmazeutische Erzeugnisse zur Behandlung von Herz- und Kreislauferkrankungen und Bluthochdruck“ der Widerspruchsmarken. Zwischen

den „Präparaten für die Gesundheitspflege“ der angegriffenen Marke einerseits und den vorgenannten Waren der beiden Widerspruchsmarken andererseits kann zumindest eine hochgradige Ähnlichkeit bestehen.

4.

Ausgehend von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken sind identischer bzw. hochgradig ähnlicher Waren grundsätzlich strenge Anforderungen an den Markenabstand zu stellen. Diese Anforderungen sind auf dem vorliegenden Warengbiet allerdings etwas abzusenken. Denn einerseits ist der im Umgang mit Arzneimittelkennzeichnungen regelmäßig sehr sorgfältige Fachverkehr der Ärzte und Apotheker beteiligt. Andererseits bringen auch die angesprochenen normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher auf diesem Warenaktor einen deutlich erhöhten Grad an Aufmerksamkeit auf. Denn auch der allgemeine Verkehr widmet allem, was mit der Gesundheit zu tun hat, mehr Aufmerksamkeit als vielen anderen Produkten des täglichen Lebens (vgl. BGH GRUR 1995, 50, 53 - INDOREKTAL / INDOHEXAL).

Diesen Anforderungen an den Markenabstand wird die angegriffene Marke „Cosar“ im Verhältnis zu den beiden Widerspruchsmarken „LORZAAR“ und „FORTZAAR“ unter allen relevanten Aspekten gerecht.

Eine für das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr relevante Markenähnlichkeit kann in klanglicher, schriftbildlicher oder begrifflicher Hinsicht bestehen, wobei es für die Annahme einer Verwechslungsgefahr in der Regel ausreicht, wenn zwischen den jeweiligen Vergleichsmarken nur in einer dieser Kategorien ausreichende Übereinstimmungen festzustellen sind (st.Rspr., vgl. z.B. BGH GRUR 2010, 235, Tz. 18 – AIDA/AIDU; GRUR 2011, 826, Tz. 21 – Enzymax/Enzymix; vgl. auch Ströbele/Hacker, Markengesetz, 10. Aufl., § 9, Rdn. 224 m.w.N.). Beim Zeichenvergleich ist dabei auf den durch die Zeichen hervorgerufenen Gesamt-

eindruck abzustellen (st.Rspr., vgl. z.B. BGH GRUR 2013, 833, Tz. 30 – Culinaria/Villa Culinaria).

In klanglicher Hinsicht weisen die jeweiligen Vergleichszeichen, nämlich sowohl „Cosar“ und „LORZAAR“ als auch „Cosar“ und „FORTZAAR“, zwar bei gleicher Silbenzahl, sehr ähnlicher Vokalfolge und gleicher Endung „ar“ einen ähnlichen Sprechrhythmus und eine gleiche Betonung auf. Jedoch heben sich die jeweiligen Vergleichsbezeichnungen insbesondere aufgrund der markanten Unterschiede am regelmäßig stärker beachteten Wortanfang in den konsonantischen Anfangslauten mit dem auf Seiten der angegriffenen Marke vorhandenen klangstarken Sprenglaut „C“ (gesprochen wie „K“) deutlich voneinander ab. Zudem wird der Vokallaut „o“ in den Anfangssilben der Vergleichszeichen „Co“ gegenüber „Lor“ bzw. „For“ aufgrund des allein in den Widerspruchsmarken vorhandenen und unmittelbar dem Vokal „o“ folgenden Konsonanten „r“ in der Klangfarbe regelmäßig leicht unterschiedlich ausgesprochen. Auch die jeweiligen Unterschiede in Bezug auf die konsonantischen Laute in der Wortmitte sind mehr als nur unerheblich. Im Hinblick darauf, dass die Vergleichszeichen als zweisilbige Wörter außerdem noch relativ kurz und leicht erfassbar sind, bewirken die vorhandenen Unterschiede in klanglicher Hinsicht einen noch ausreichenden Abstand.

In schriftbildlicher Hinsicht sind die Unterschiede zwischen den jeweiligen Vergleichszeichen deutlich stärker ausgeprägt als in klanglicher Hinsicht. Die jeweiligen Vergleichszeichen heben sich im Schriftbild aufgrund der markanten Unterschiede am Wortanfang und in der Zeichenlänge in allen üblichen Schreibweisen unverwechselbar voneinander ab. Soweit die Anmelderin im Schriftsatz vom 27. Januar 2012 für die Marken „Cosar“ und „Lorzar“ bzw. die Bezeichnung „Lorzar“ verschiedene (Schreib-)Schriftproben gegenübergestellt, ist zu berücksichtigen, dass die Vergleichszeichen grundsätzlich in der eingetragenen und nicht in einer abweichenden Form - wie etwa „Lorzar“ – zu vergleichen sind. Hinzu kommt, dass die handschriftliche Zeichenwiedergabe auch im medizinischen Bereich nur eine geringe Rolle spielt (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 9

Rdn. 253 m.w.N., insbesondere die Senatsentscheidung 25 W (pat) 149/99 = BPatGE 43, 108, 113 f – Ostex/OSTARIX), allenfalls noch im Rahmen von ärztlichen Hausbesuchen oder im Rahmen der Notfallmedizin.

Andere Arten einer Verwechslungsgefahr sind nicht ersichtlich.

Nach alledem konnte die Beschwerde der Widersprechenden keinen Erfolg haben.

Gründe für eine Auferlegung von Kosten nach § 71 Abs. 1 Satz 1 MarkenG sind nicht gegeben.

Knoll

Metternich

Grote-Bittner

Hu