

BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 243/00

(Aktenzeichen)

Verkündet am
26. Februar 2002

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die eingetragene Marke 397 50 128

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 26. Februar 2002 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Dr. Schermer, der Richterin Friehe-Wich und des Richters Schwarz

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die Eintragung der Wortmarke 397 50 128

Lensfree

für "weiche und formstabile Kontaktlinsen; Pflege- und Reinigungsmittel für weiche und formstabile Kontaktlinsen" ist Widerspruch eingelegt aus der prioritätsälteren Wortmarke

LENSFRESH

eingetragen unter der Nr 1 178 041 für "Benetzungs- und Nachbenetzungslösungen für Kontaktlinsen".

Die Markenstelle für Klasse 9 hat durch Beschluß eines Beamten des höheren Dienstes den Widerspruch wegen fehlender Verwechslungsgefahr zurückgewiesen. Zwischen "Pflege- und Reinigungsmitteln für weiche und formstabile Kontaktlinsen" und den Waren der Widerspruchsmarke bestehe jedenfalls ein hoher Grad von Ähnlichkeit, wenn nicht Identität. Die Widerspruchsmarke weise normale Kennzeichnungskraft auf. Der Gesamteindruck der einander gegenüberstehenden

Marken sei aber hinreichend verschieden, so daß Verwechslungen in markenrechtlich erheblichem Umfang nicht zu befürchten seien. Auf dem streitigen Warengebiet sei der Begriff "lens" allein oder in Kombination mit anderen Begriffen weiten Teilen der angesprochenen Verkehrskreise bekannt. Diese würden sich daher an den weiteren, ebenfalls ihnen in ihrer Bedeutung bekannten Bestandteilen der einander gegenüberstehenden Marken orientieren, die schriftbildlich, klanglich und begrifflich deutlich unterschiedlich seien.

Gegen diesen Beschluß richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden, die die Marken für verwechslungsgefährdend ähnlich hält. Beide Marken seien zweisilbig und stimmten in den ersten sieben Buchstaben überein, sie wiesen schriftbildlich und klanglich eine hohe Ähnlichkeit auf. Sie meint, die Waren der Widerspruchsmarke seien zu "Pflege- und Reinigungsmitteln für weiche und formstabile Kontaktlinsen" identisch und zu "weichen und formstabilen Kontaktlinsen" ähnlich. Bei der Widerspruchsmarke handele es sich um eine auf dem deutschen Markt für "Nachbenetzungslösungen" bekannte Marke mit gesteigerter Kennzeichnungskraft und einem daraus resultierenden großen Schutzzumfang. Die mit der Marke gekennzeichneten Lösungen zum Nachbenetzen, die während des Tragens von Kontaktlinsen verwendet würden, würden zumindest seit 1992 in Deutschland vertrieben, wobei die in den Jahren 1997 bis 1999 erreichten jährlichen Umsätze zwischen ... € und ... € gelegen hätten. Die Widerspruchsmarke habe zwischen Mai/Juni 1994 und Jan/Feb 2000 bei Nachbenetzungslösungen Marktanteile zwischen gut 25 % und knapp 50 % gehabt.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke begehrt die Zurückweisung der Beschwerde. Sie meint, zwischen den einander gegenüberstehenden Marken sei eine Verwechslung fast völlig auszuschließen. Denn der Wortbestandteil "Lens" werde im Kontaktlinsenbereich häufig verwendet, der Schutz der jüngeren Marke erstrecke sich nicht auf die Bestandteile "len" und "free" in Alleinstellung und die Widerspruchsmarke besitze keine Bekanntheit am Markt. Hinzu komme, dass der Kontaktlinsenkunde den Namen des von ihm verwendeten Produktes kenne, es we-

gen der notwendigen Verträglichkeit selten wechsele und es in regelmäßigen Abständen immer wieder kaufe. Die Widersprechende setze die Wortmarke "Lensfresh" etwa seit September 2000 nicht mehr auf dem deutschen Markt ein.

In der mündlichen Verhandlung hat die Widersprechende ihren Standpunkt erläutert und vertieft. Sie meint, "lens" sei nicht identisch mit "Kontaktlinse". Weder das Wort "free" noch das Wort "fresh" habe im Zusammenhang mit Benetzungsmitteln für Kontaktlinsen eine konkrete Bedeutung. Dementsprechend seien beide Markennörter von Haus aus voll unterscheidungskräftig. Zwar liege die umfangreichste Benutzung der Widerspruchsmarke in der Vergangenheit, die seinerzeit erreichte Bekanntheit wirke aber nach.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, jedoch nicht begründet. Die Markenstelle hat den Widerspruch zu Recht wegen mangelnder Verwechslungsgefahr der Marken zurückgewiesen (§§ 43 Abs 2 Satz 2, § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG).

1. Die Gefahr von Verwechslungen ist von mehreren Komponenten abhängig, die miteinander in Wechselbeziehung stehen, und zwar insbesondere von der Ähnlichkeit der Marken, der Ähnlichkeit der von ihnen erfaßten Waren und der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke (EuGH GRUR 1998, 922, 923 - Canon; MarkenR 1999, 236, 239 - Lloyd/Loints). Aufgrund der Wechselbeziehung der Komponenten kann bei enger Ähnlichkeit der Waren schon ein geringerer Ähnlichkeitsgrad der Marken für die Annahme einer Verwechslungsgefahr ausreichen und umgekehrt (vgl EuGH aaO - Canon; BGH GRUR 1999, 241, 243 – Lions; 1999, 496 TIFFANY"). Liegt Warenidentität und zusätzlich die Komponente einer gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke vor, besteht ein besonders hoher Grad von Verwechslungsgefahr. Entsprechend stark müssen die Unterschiede der Marken sein, um die Gefahr von Verwechslungen ausschließen zu können.

2. Vorliegend sind die einander gegenüberstehenden Waren zwar teilweise identisch, denn die "Benetzungs- und Nachbenetzungslösungen für Kontaktlinsen" der Widerspruchsmarke gehören zu den von der angegriffenen Marke erfaßten "Pfle-ge- und Reinigungsmitteln für weiche und formstabile Kontaktlinsen". Demzufolge muß ein in jeder Hinsicht deutlicher Unterschied der Marken gegeben sein, um die Verwechslungsgefahr ausschließen zu können. Dagegen bestehen keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Annahme einer erhöhten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und aus diesem Grund gebotener besonders strenger Anforderungen an den Markenabstand.

a.) Die der Widerspruchsmarke von Hause aus zukommende originäre Kennzeichnungskraft ist als unter dem Durchschnitt liegend einzustufen. Für die angesprochenen Verkehrskreise stellt sich die Bezeichnung "LENS-FRESH" als Kombination zweier erkennbar beschreibender Angaben über den Verwendungszweck und die Wirkungsweise von (Nach-)Benetzungslösungen für Kontaktlinsen dar. Das englische Wort "lens" ist schon wegen seiner sprachlichen Nähe zu dem entsprechenden deutschen Ausdruck "Linse" ohne weiteres im Sinne von Kontaktlinse verständlich. Auch "fresh" ist in der Bedeutung von "frisch" allgemein bekannt. Die Wortkombination "lensfresh" legt daher in Verbindung mit (Nach-)Benetzungsmitteln für Kontaktlinsen zwanglos die Assoziation von Flüssigkeiten nahe, mit denen Kontaktlinsen frisch benetzt und damit Trockenheitsgefühle beim Tragen der Kontaktlinsen vermieden werden. Die Tatsache, daß ein Kennzeichen "sprechend" ist, rechtfertigt zwar nicht schon für sich betrachtet die Annahme einer Kennzeichnungsschwäche. Vorliegend besitzt aber auch die Eigenprägung, aus der die Widerspruchsmarke das erforderliche Mindestmaß an Unterscheidungskraft bezieht, nämlich aus der sprachunüblichen Anfügung des Adjektivs "FRESH" an das Substantiv "LENS" (vgl. EuGH GRUR Int 2002, 47, 50 – Baby-dry), nur eine geringe kennzeichnende Wirkung, denn bei der bloßen, in der Werbesprache beliebten Umstellung des Adjektivs bleibt der beschreibende Charakter der Einzelelemente als solcher voll erhalten; die Einzelelemente als solche erfahren weder eine sprachliche Abwandlung noch ändert sich durch die Umstellung ihr begrifflicher In-

halt. Unter diesen Umständen kann der Widerspruchsmarke insgesamt keine normale Kennzeichnungskraft mit entsprechend durchschnittlichem Schutzzumfang beigemessen werden.

b.) Die von der Widersprechende geltend gemachte Verkehrsbekanntheit der Widerspruchsmarke kann bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr nicht berücksichtigt werden, weil sie nicht liquide ist. Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat bestritten, daß die Widerspruchsmarke im Markt bekannt ist. Auch die von der Widersprechenden im Beschwerdeverfahren vorgelegten Unterlagen lassen keine abschließende Feststellung einer gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke zu (vgl. BGH GRUR 1967, 246 – Vitapur; BPatG GRUR 1997, 840 - Lindora/Linola). Wie die von der Widersprechenden vorgelegten Unterlagen - insbesondere die in der mündlichen Verhandlung übergebene Grafik der mit der Widerspruchsmarke im Zeitraum 1994 – 2000 erzielten Marktanteile - belegen, wurde die Widerspruchsmarke früher zwar umfangreich benutzt und hat auch über ganz erhebliche Marktanteile verfügt, im Jahr 1996 zB 48,8 %. Dies hat sich aber in der letzten Zeit nicht fortgesetzt. Im gesamten Verlauf des Jahres 2001 waren die Marktanteile, die mit den unter den Bezeichnungen "Lens Fresh" und "Lens Fresh N" vertriebenen Produkten erzielt wurden, zusammen nie höher als 6,2 % und lagen teils erheblich niedriger, wobei gleichzeitig Konkurrenzprodukte wesentlich höhere Marktanteile besaßen. Daher kann jedenfalls derzeit von einer besonders umfangreichen Benutzung nicht ausgegangen werden. Da die Voraussetzungen für eine erhöhte Kennzeichnungskraft im Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke vorgelegen haben müssen und im Zeitpunkt der Entscheidung über den Widerspruch, dh vorliegend zur Zeit der mündlichen Verhandlung, noch fortbestehen müssen, ist eine erhöhte Kennzeichnungskraft der Entscheidung nicht zugrundezulegen (Althammer/Ströbele, Markengesetz, 6. Aufl, § 9 RdNrn 139, 24). Auch dem Vortrag der Widersprechenden, die Nachwirkungen der früheren starken Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke würden bis auf den heutigen Zeitpunkt "ausstrahlen", läßt sich ohne Vorlage konkreter Zahlen oder zumindest Darlegung anerkannter Erfahrungswerte nicht konkret entnehmen,

ob, in welchem Maße und wie lange der frühere starke Bekanntheitsgrad der Marke fortdauert. Selbst wenn man im übrigen zugunsten der Widersprechenden eine gewisse Nachwirkung früherer hoher Benutzungszahlen berücksichtigt, kann dies die von Hause aus unter dem Durchschnitt liegende Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke allenfalls ausgleichen und zu der Anerkennung eines normalen Kennzeichnungsgrades und eines dementsprechend normalen Schutzzumfangs führen.

3. Unter diesen Umständen hält der Senat trotz der teilweisen Identität der einander gegenüberstehenden Waren und der damit gebotenen Anlegung eines strengen Maßstabs an den Abstand der Marken die Unterschiede für ausreichend, um die Gefahr von Verwechslungen auszuschließen. Bei der Beurteilung ist dabei auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen, dessen Aufmerksamkeit je nach Art der betreffenden Waren oder Dienstleistungen unterschiedlich hoch sein kann (EuGH MarkenR aaO Tz 26 - Lloyd/Loints; BGH GRUR 2000, 506, 508 – ATTACHÉ/TISSE-RAND).

a.) Die angegriffene Marke "Lensfree" stimmt zwar in der Art ihrer Wortbildung mit der Widerspruchsmarke "LENSFRESH" überein. Dies allein führt aber in Anbetracht des deutlichen Abstands, den die Marken sowohl in klanglicher wie auch in schriftbildlicher Hinsicht aufweisen, nicht zu einer verwechslungsbegründenden Annäherung. Beide Marken bestehen aus englischen Wörtern, die den angesprochenen Verkehrskreisen - wie bereits ausgeführt - in der Regel bekannt sind und daher auch jeweils korrekt englisch ausgesprochen werden. Hierbei endet die jüngere Marke auf einem langen "i", die Widerspruchsmarke dagegen auf einem kurzen "esch". Im Hinblick darauf, dass die jeweils erste Silbe "Lens" als Bestimmungsangabe für das entsprechend gekennzeichnete Produkt glatt beschreibend ist, wird sich der Verkehr auch an dem jeweils zweiten Teil der einander gegenüberstehenden Marken orientieren, was selbstverständlich nicht bedeutet, daß der Bestandteil "Lens" bei der Beurteilung des Gesamteindrucks völlig unberücksich-

tigt gelassen werden kann. Der Verkehr ist wegen des mangelnden betriebskennzeichnenden Charakters der beschreibenden Angabe "Lens" allerdings von Haus aus gezwungen, auch auf die übrigen Markenteile zu achten, weil nur die Gesamtheit ein die Waren ihrer betrieblichen Herkunft nach unterscheidendes Kennzeichen ergibt. Dasselbe gilt bei der Beurteilung der schriftbildlichen Verwechslungsgefahr: Auch hier tritt der beachtliche Unterschied ("ee" gegen "esh") optisch deutlich wahrnehmbar hervor.

b.) Hierbei ist ferner zu berücksichtigen, daß die angesprochenen Verkehrskreise, zu denen die Allgemeinheit der Verbraucher gehört, bei dem Erwerb der beanspruchten Waren in der Regel aufmerksam sein und diese jedenfalls nicht nur flüchtig wahrnehmen werden, wie dies bei Arzneimitteln regelmäßig zu unterstellen ist (vgl Althammer/Ströbele, aaO, § 9 RdNr 85). Die hier einander gegenüberstehenden Produkte für Kontaktlinsen werden schon wegen der Verwendung im Auge mit einer Aufmerksamkeit gekauft, die jedenfalls nicht geringer zu veranschlagen ist als bei Arzneimitteln. Diese Aufmerksamkeit verringert die Gefahr von Verwechslungen. Hinzu kommt, daß der Verkehr im Bereich pharmazeutischer und diesen - wie vorliegend - ähnlicher Erzeugnisse daran gewöhnt ist, daß Waren verschiedener Hersteller Namen haben, in denen sich identische oder ähnliche Bestandteile oder Buchstabenfolgen finden, die in der Regel auf eine Substanz oder einen Verwendungszweck hindeuten.

c.) Auch in begrifflicher Hinsicht weichen die einander gegenüberstehenden Markennörter deutlich erkennbar voneinander ab ("Linse frei" bzw "Linse frisch"). Abgesehen davon könnte, selbst wenn man ihnen einen gleichen oder jedenfalls in die gleiche Richtung weisenden beschreibenden Sinn beilegen wollte, hierauf eine Verwechslungsgefahr nicht gestützt werden (BGH BIPMZ 1976, 146, 147 – Biovital).

Unter Berücksichtigung all dieser Umstände liegt eine markenrechtlich relevante Verwechslungsgefahr nicht vor, die angegriffene Marke hält vielmehr zur Widerspruchsmarke einen die Gefahr von Verwechslungen mit ausreichender Sicherheit ausschließenden Abstand ein. Die Beschwerde konnte daher keinen Erfolg haben.

Hinsichtlich der Kosten verbleibt es bei der Regel des § 71 Abs 1 S 2 MarkenG. Gründe, hiervon abzuweichen, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Dr. Schermer

Schwarz

Friehe-Wich

Pü