



BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 149/02

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
16. September 2003

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 398 32 307

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 16. September 2003 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Dr. Schermer sowie der Richter Reker und Schwarz

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Markeninhabers wird der Beschluß der Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 29. Mai 2002 aufgehoben. Der Widerspruch aus der Marke 2 013 098 wird zurückgewiesen.

Gründe

I

Gegen die am 9. Juni 1998 angemeldete und am 22. Oktober 1998 veröffentlichte Eintragung der Wortmarke

LEXX

für "Brillen, Sonnenbrillen, Lesehilfen, Brillenfassungen" ist Widerspruch eingelegt aus der am 22. April 1992 unter Nr 2 013 098 für "Optische Erzeugnisse, nämlich Brillen und Sonnenbrillen, sowie diesen angepaßte Behältnisse; Bett- und Badwäsche" eingetragenen Wortmarke

MEXX.

Der Inhaber der angegriffenen Marke hat im Widerspruchsverfahren die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke bestritten; hierauf hat die Widersprechende zwei eidesstattliche Versicherungen sowie weitere Benutzungsunterlagen vorgelegt.

Die Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat mit Beschluss vom 29. Mai 2002 den Widerspruch zurückgewiesen. Aufgrund der vorgelegten Benutzungsunterlagen sei eine Benutzung der Widerspruchsmarke jedenfalls für "Sonnenbrillen" glaubhaft gemacht; die von der Widersprechenden konkret benutzte grafische Ausgestaltung der Widerspruchsmarke reiche für eine rechtserhaltende Benutzung entgegen der Ansicht des Inhabers der angegriffenen Marke aus. Die Waren, für welche die Widerspruchsmarke verwendet werde, seien mit den für die jüngere Marke geschützten Waren teils identisch, teils hochgradig ähnlich. Den danach erforderlichen Abstand zu der durchschnittlich kennzeichnungskräftigen Widerspruchsmarke halte die angegriffene Marke aber nicht ein. Denn hierfür reiche der allein abweichende Anfangsbuchstabe nicht aus, da die beiden unterschiedlichen Konsonanten "L" und "M" klangschwach seien und zu den Augenblickslauten zählten, so dass dieser Unterschied leicht überhört werden könne, zumal die identischen Endungen der angegriffene Marke markant in Erscheinung träten. Da somit eine Verwechslungsgefahr nicht auszuschließen sei, sei die jüngere Marke auf den Widerspruch zu löschen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde des Inhabers der angegriffenen Marke, mit der er die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Zurückweisung des Widerspruchs anstrebt. Er bestreitet weiterhin eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke, weil die konkrete Form, in welcher das Markenwort "MEXX" allein verwendet werde, dessen kennzeichnenden Charakter verändere. Im übrigen sei die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke wegen zahlreicher benutzter Marken im einschlägigen Warengbiet mit den Endkonsonanten "XX" oder "KS" geschwächt. Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr spiele eine klangliche Ähnlichkeit keine Rolle, weil die betroffenen Waren al-

lein auf Sicht gekauft würden. Die begrifflichen Unterschiede beider Marken durch die Anklänge an Mexiko auf der einen Seite und den lateinischen Begriff für Gesetz auf der anderen Seite schlossen eine Verwechslungsgefahr aus.

Die Widersprechende ist dem entgegengetreten. Ihrer Auffassung nach ist der kennzeichnende Charakter der Widerspruchsmarke durch die konkret verwendete grafische Form, in welcher sie benutzt werde, nicht verändert. Für eine Schwächung der Kennzeichnungskraft der älteren Marke von Haus aus gebe es keine Anhaltspunkte; vielmehr sei sie durch den sehr großen Bekanntheitsgrad auf dem Bekleidungssektor, der auch auf Brillen ausstrahle, sogar deutlich gestärkt. Begriffliche Unterschiede bestünden bei den Vergleichsmarken nicht, da es sich bei beiden Kennzeichnungen um reine Fantasiebezeichnungen handele.

In der mündlichen Verhandlung haben die Beteiligten ihre jeweiligen Standpunkte aufrechterhalten und vertieft.

II

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg, weil eine Gefahr von Verwechslungen der Vergleichsmarken im Sinne des §§ 42, 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG nicht besteht.

Denn ungeachtet der zwischen den Beteiligten streitigen Frage, ob die Benutzung der Widerspruchsmarke "MEXX" für "Sonnenbrillen" in der konkret verwendeten Form mit bildlich ausgestaltetem Buchstaben "E" noch als rechtserhaltend anzusehen ist, hält die jüngere Marke den erforderlichen Abstand zur Widerspruchsmarke trotz teilweiser Warenidentität und teilweiser hochgradiger Warenähnlichkeit noch ein.

Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ist dabei als normal einzustufen. Entgegen der Ansicht des Inhabers der angegriffenen Marke gibt es keine Anhaltspunkte für eine Schwächung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke. Soweit er hierzu auf angebliche Drittmarken hingewiesen hat, können ohnehin nur solche in Betracht gezogen werden, die für eng benachbarte Waren (hier also für Brillen) geschützt sind und im Ähnlichkeitsbereich beider gegenüberstehenden Marken liegen (vgl Althammer/Ströbele, aaO, § 9 Rn 316 mwN). Lediglich 13 der von ihm genannten Drittmarken sind aber auch für optische Hilfsmittel geschützt, nämlich die Marken 300 28 170 MUXX, 399 77 528 MAX MILES, 398 10 565 YOUNG EYEWEAR MAX, 395 23 295 MAXX, 399 26 455 SPEXX, 395 50 759 SPECXS, 300 43 060 T-FLEX, 300 50 510 C-MEX SYSTEMS, die Gemeinschaftsmarken 1 447 382 SOLA MAX, 1 414 978 MAX MILES, 396 416 LEON MAX, 1 165 216 TIMEX und die auch im Inland geschützte IR-Marke R 328 368 SOLEX. Von diesen wiederum weisen nur vier eine mit den Vergleichsmarken vergleichbare Markenbildung in Form eines einsilbigen Wortes mit dem durch Verdopplung verstärkten Konsonanten "X" bzw einer ähnlichen Lautbildung durch die Konsonantenfolge "CXS" auf. Abgesehen davon, dass über den Umfang ihrer Benutzung nichts bekannt ist, reicht eine so geringe Anzahl an vergleichbaren Drittmarken nicht für die Annahme aus, die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei von Haus aus geschwächt.

Es sind aber auch keine Anhaltspunkte für die von der Widersprechenden geltend gemachte Steigerung der Kennzeichnungskraft der Marke "MEXX" erkennbar. Auf die von ihr hierzu vorgelegte Kommunikationsanalyse der Frauenzeitschrift "BRIGITTE" aus dem Jahr 2002, in welcher ein Bekanntheitsgrad der Kennzeichnung "MEXX" von 50 % im Bekleidungsbereich ausgewiesen ist, kann sie sich dabei nicht berufen, weil eine Steigerung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke bereits im Zeitpunkt der hier am 9. Juni 1998 erfolgten Anmeldung der jüngeren Marke gegeben gewesen sein muss (vgl Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rn 40). Die im Widerspruchsverfahren betreffend die Paralleleintragung 399 30 361 (27 W (pat) 136/03) eingereichte Kommunikationsanalyse der

Zeitschrift "BRIGITTE" für das Jahr 1998 (Schriftsatz vom 25. Juli 2002 Anl. A5) weist aber für die Bekleidungsmarke "MEXX" lediglich eine Bekanntheit von 30 % aus. Dies reicht schon auf diesem Warenssektor für die Annahme einer Steigerung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke nicht aus. Auch wenn die Stärke der Kennzeichnungskraft einer Marke nicht einen bestimmten Prozentsatz ihrer Bekanntheit voraussetzt, sondern auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen ist (vgl. Althammer/Ströbele, aaO, § 9 Rn 297 mwN), ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die Analyse sich auf insgesamt rund 120 Marken bezieht, von denen lediglich 1/3 einen Bekanntheitsgrad von unter 30 % hatten, während bereits 1/6 teils deutlich über 50 % lagen. Die Bekleidungsmarke "MEXX" mit einer Bekanntheit von 30 % im Jahr 1998 war daher damals eher im unteren Mittelfeld einzureihen; ist der damalige Bekanntheitsgrad somit nicht als deutlich über dem Durchschnitt einzustufen, kann hieraus eine Steigerung der Kennzeichnungskraft nicht hergeleitet werden. Das gilt erst recht für die Marke "MEXX" in bezug auf die hier maßgeblichen Sonnenbrillen, denn selbst wenn zugunsten der Widersprechenden eine Ausstrahlung des für die Bekleidungsmarke erreichten Bekanntheitsgrades von 30 % auf Sonnenbrillen als Accessoires zu Bekleidung im weiteren Sinne angenommen wird, kann die dadurch erreichte Bekanntheit auf jeden Fall nur geringer sein als für Bekleidung. Schließlich ergibt sich eine gesteigerte Kennzeichnungskraft für Sonnenbrillen auch nicht aus den vorgelegten Benutzungsunterlagen, insbesondere aus den für die Jahre 1996-1999 eidesstattlich versicherten Umsatzzahlen. Denn abgesehen davon, dass eine für die Beurteilung der Kennzeichnungskraft erforderliche Vergleichsgröße in Form der Umsatzzahlen der gesamten Brillenbranche nicht bekannt ist, reichen auch die genannten nicht allzu hohen Umsatzzahlen von jährlich mindestens ca. 200.000,-- DM für die Annahme einer Stärkung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke nicht aus.

Unter Berücksichtigung der teilweise Warenidentität bzw. -ähnlichkeit und der normalen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke reichen die vorhandenen Unterschiede in beiden Marken aber noch aus, um die Gefahr von Verwechslungen auszuschließen.

In schriftbildlicher Hinsicht können die beiden unterschiedlichen Anfangsbuchstaben "L" und "M" bei ihrer Wiedergabe in allen üblichen Schrifttypen nicht übersehen werden. Hierfür spricht nicht nur ihre unterschiedliche Schreibweise, sondern auch ihre Stellung am erfahrungsgemäß stärker beachteten Wortanfang; dieser Erfahrungssatz wird hier auch nicht, wie die Widersprechende meint, dadurch relativiert, dass die übrigen Wortteile besonders markant seien. Denn ungeachtet der Bedeutung des doppelt vorhandenen Konsonanten "X" steht dem die Kürze der Vergleichsmarken entgegen, die den Verkehr verstärkt dazu veranlasst, auf alle Bestandteile zu achten. Dann wird aber der unterschiedliche Wortanfang von ihm nicht übersehen werden. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass auf dem hier in Rede stehenden Warengbiet der Verkehr seine Kaufentscheidungen zum einen vor allem aufgrund der optischen Wahrnehmung der Produkte in einschlägigen Geschäften trifft und zum anderen zumindest nicht zu vernachlässigende Teile des Verkehr wegen ihres auf diesem Warengbiet ausgeprägten Markenbewusstseins auf die einzelnen Produktkennzeichnungen besonders achten und dabei schon geringfügige Unterschiede unmittelbar bemerken.

Auch eine klangliche Verwechslungsgefahr ist auszuschließen. Zwar handelt es sich bei dem Anfangskonsonanten "M" in der Widerspruchsmarke um einen klangschwachen Laut; dies gilt aber nicht in gleicher Weise für den Anfangslaut "L" in der angegriffenen Marke, der eher fließend klingt und sich auch von der Art der Lautbildung her von dem "M" unterscheidet, so daß die Abweichung angesichts der Wortkürze nicht unbeachtlich ist, zumal der Verkehr bei Kurzwörtern ohnehin verstärkt auf Abweichungen achtet. Hinzu kommt, dass ihm zahlreiche vergleichbare Ausdrücke wie Max, Rex, Flex usw bekannt sind, die sich klanglich jeweils nur im Anfangsbuchstaben unterscheiden, so dass er bei solchen Wörtern gewohnt ist, auf den Wortanfang zu achten. Schließlich wird die Gefahr klanglicher Verwechslungen auch wenn sie nicht grundsätzlich außer Betracht bleiben kann, noch dadurch wesentlich gemindert, dass eine mündliche Benennung der Produktkennzeichen etwa in Form von Kaufempfehlungen durch Dritte oder das Verkaufspersonal beim Kauf von Brillen eine eher untergeordnete Rolle spielt, weil die po-

tentiellen Käufer von Brillen üblicherweise ihre Kaufentscheidung vorrangig nur nach einer optischen Begutachtung der einzelnen Produkte und einem von ihnen und den Verkäufern stets für erforderlich gehaltenen Probetragen treffen; dann begegnen ihnen die Kennzeichnungen der einzelnen Waren aber nicht nur klanglich, sondern immer zumindest gleichzeitig auch optisch; wegen der schriftbildlichen Unähnlichkeit beider Marken werden sie diese dann aber ohne weiteres auseinander halten können.

Da somit die Gefahr von Verwechslungen beider Marken nicht als noch erheblich angesehen werden kann, war auf die Beschwerde des Markeninhabers der Beschluss der Markenstelle, mit welcher die Löschung der jüngeren Marke angeordnet worden war, aufzuheben und der Widerspruch aus der älteren Marke 2 013 098 zurückzuweisen.

Wegen der Kosten des Beschwerdeverfahrens wird auf § 71 Abs 1 Satz 2 MarkenG verwiesen; Gründe, hiervon abzuweichen, bestehen nicht.

Dr. Schermer

Reker

Schwarz

Pü