



BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 282/03

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 398 30 521

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 18. Januar 2005 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Schermer, den Richter Schwarz und die Richterin Prietzel-Funk

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I

Die Widersprechende hat gegen die am 20. August 1998 veröffentlichte Eintragung der Wortmarke

XERON

für "Computer und Monitore; technische Beratung im Bereich der Datenverarbeitung" jeweils Widerspruch eingelegt aus ihren prioritätsälteren Wortmarken

1.

XEROX

eingetragen am 13. März 1954 unter der Nr 654 963 für "Optische und elektrotechnische Geräte, insbesondere fotografische Geräte, elektrofotografische Kopiermaschinen für Puderbilder und dafür verwendbare Platten; Kopierpapier zur Herstellung von Fotografien oder zur Reproduktion von Fotografien, Darstellungen, Zeichnungen und anderen Aufzeichnungen mit Hilfe elektrofotografischer Kopiermaschi-

nen; Heizvorrichtungen zur Behandlung von Puderbildern und zu ihrer Übertragung auf Papier in Verbindung mit elektrofotografischen Kopiermaschinen, Entwickler, bestehend aus einem Gemisch aus elektroskopischem Pulver und körnigem Stoff zur Herstellung von Puderbildern bei der Erzeugung elektrofotografischer Kopien, Toner, bestehend aus elektroskopischem Pulver, in Verbindung mit körnigem Material zur Herstellung von Entwicklerpulvern zur Erzeugung elektrofotografischer Kopien"

2.

XEROX

eingetragen am 19. April 1971 unter der Nr DD 637 861 für "Chemische Erzeugnisse für industrielle, wissenschaftliche, photographische, landwirtschaftliche, gartenwirtschaftliche und forstwirtschaftliche Zwecke (ausgenommen chemische Erzeugnisse auf der Basis von Hydrazinen für die Wasseraufbereitung oder andere chemische Produkte mit der gleichen Struktur), künstliche und synthetische Harze, plastische Materialien im Rohzustand (in Form von Puder, Flüssigkeiten oder Pasten), Düngemittel (natürliche und künstliche), Feuerlöschmittel, Härtemittel und chemische Präparate zum Löten, chemische Produkte zur Konservierung von Nahrungsmitteln, Gerbstoffe, Klebstoffe für industrielle Zwecke; Präparate zum Reinigen, Polieren, Abputzen und Schmirgeln; Bildwerfer, Apparate und Geräte zum Vorführen von Bildern; Maschinen zur Aufzeichnung von Bildern durch elektrostatische Mittel, photographische und optische Apparate, Teile und Armaturen für alle vorgenannten Waren; Papier, Papier- und Kartonwaren, Karton, Drucksachen, Zeitungen, Zeitschriften, Unterrichts- und Lehrmaterial (außer Apparate), Papierstreifen zur Verwendung bei der Aufzeichnung von Daten, Kartei- und Registrierkarten und -formulare, Drucktypen und Klischees (Stereotype), Lithographien, lithographische Platten, Bücher, Photographien, Klebstoffe (Büromaterial), Malerpinsel, Bänder für den Druck, Karten, Schablonensätze, Farbkissen, Aktenhefter, Ablegekästen für Akten, Aktenständer (keine Möbel), Adressier- und Registrierma-

schinen und Teile solcher Maschinen (nicht in anderen Klassen enthalten), Adressenplatten für Adressiermaschinen, Karteikästen, Reiter für Karteikartensysteme, Formularzuführungsvorrichtungen, Formularschreibmaschinen, Kopiermaschinen, Farbbänder für Schreibmaschinen, Numerierapparate (Büromaterial), Karteikarten, Registrierstreifen, Behälter für Karteikarten und Registrierstreifen, elektrisch leitende Druckfarben und Bleistifte, die sämtlich Bürobedarf sind; Transportgefäße, die Bürobedarf darstellen und zum Transportieren von Dokumenten in die oder aus den Kopiermaschinen verwendet werden; lithographische Apparate, Datier- und Numeriermaschinen, Vervielfältigungsapparate und dazugehörige Platten, Papierfaltmaschinen, Papierfaltmaschinen und Einzugsvorrichtungen, sämtlich für den Bürogebrauch; Schränke für den Bürogebrauch"

3.

XEROX

eingetragen am 23. Januar 1969 unter der Nr 853 948 für "Kopiermaschinen, Druckmaschinen, Maschinen zum Umwandeln elektrostatischer Bilder in optische Bilder, Ton- und Bildaufzeichnungsmaschinen, optische Geräte, photographische Geräte, Teile solcher Maschinen und Geräte, von solchen Maschinen und Geräten hergestellte Kopien, belichtete und unbelichtete Filme, Magnetbänder, Papier, körniges Material sowie Chemikalien für xerographische oder photographische Entwicklung und/oder Vervielfältigung".

Die Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat mit Beschluss vom 16. Juli 2003 die Widersprüche zurückgewiesen. Denn auf die zulässige Nichtbenutzungseinrede der Markeninhaberin habe die Widersprechende eine rechtserhaltende Benutzung der drei Widerspruchsmarken nicht glaubhaft gemacht. Die vorgelegten Unterlagen wiesen nämlich hinsichtlich der maßgeblichen Zeiträume erhebliche Unbestimmtheiten auf und ließen mangels Nennung von Umsatz- oder Stückzahlen keine Rückschlüsse auf den Umfang der Benutzung

zu. Darüber hinaus sei nicht ausreichend belegt, dass die Widerspruchsmarken in ihrer eingetragenen Form benutzt worden seien, weil die vorgelegten Unterlagen nur Kennzeichnungen mit den Zeichen "RANK XEROX", "XEROX Majestik", "THE DOCUMENT COMPANY XEROX" und "X" erkennen ließen; hierbei handele es sich aber um den kennzeichnenden Charakter der Widerspruchsmarke verändernde Zeichenformen. Mangels Glaubhaftmachung einer rechtserhaltenden Benutzung scheidet daher die Annahme einer Verwechslungsgefahr aus.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden. Die Widersprechende trägt vor: Die eingereichten Unterlagen ließen bei sorgfältiger Prüfung durchaus eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke erkennen. Daraus lasse sich ein Werbeaufwand etwa für das Jahr 1993 von über 1 Mio. DM entnehmen; dann müssten die Umsätze mit den Geräten weitaus höher gewesen sein. Aus den Werbeunterlagen ergebe sich auch, dass die Geräte mit den Widerspruchsmarken gekennzeichnet seien, während die Zusätze lediglich der Differenzierung der einzelnen Produkte dienten. Im übrigen bestehe zwischen den Vergleichsmarken eine erhebliche Verwechslungsgefahr, so dass die angegriffene Marke zu löschen sei.

Die Widersprechende beantragt,

den Beschluss aufzuheben, die Übereinstimmung der angegriffenen Marke mit den Widerspruchsmarken festzustellen und die Marke zu löschen.

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Markeninhaberin trägt vor: Die Nichtbenutzungseinrede werde weiter aufrechterhalten, da den bislang vorgelegten Unterlagen eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke nicht entnommen werden könne. Es fehlten Angaben zum Umfang der Benutzung, die sich auch den mitgeteilten Werbeausgaben nicht entnehmen ließen. Auch belegten die Unterlagen nicht die Benutzung der Widerspruchsmarken in der eingetragenen Form. Im übrigen fehle auch einer notwendigen Verwechslungsgefahr. Denn angesichts der fehlenden Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit müsse schon ein hoher Grad an Markenähnlichkeit vorliegen, woran es aber mangle.

In der mündlichen Verhandlung haben die Beteiligten ihre jeweiligen Standpunkte aufrechterhalten und vertieft. Kurz vor Beginn der mündlichen Verhandlung hat die Brand Protection Managerin der Widersprechenden dem Senat unmittelbar eine neue eidesstattliche Versicherung per Telefax übersandt; das Original der eidesstattlichen Versicherung ist erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung zur Akte gelangt. Die Widersprechende hat darüber hinaus neue Benutzungsunterlagen vorgelegt, über welche die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung verhandelt haben.

II

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Eine Gefahr von Verwechslungen beider Marken nach § 43 Abs 1 Satz 3, § 42 Abs 2 Nr 1, § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG kann nicht festgestellt werden.

1. Auf die von der Inhaberin der angegriffenen Marke zulässig bestrittene Benutzung sämtlicher Widerspruchsmarken hat die Widersprechende eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke 853 948 in den beiden Benutzungszeiträumen des § 43 Abs 1 Satz 1 und 2 (20. August 1993 bis 20. August 1998 sowie 18. Januar 2000 bis 18. Januar 2005) allenfalls für "Kopier- und Druckmaschinen" glaubhaft gemacht. Die darüber hinaus behauptete Benutzung der Widerspruchs-

marken für "Computer und Monitore" kann dagegen nicht als glaubhaft gemacht erachtet werden. Der weiterhin geltend gemachten Benutzung für "EDV-Dienstleistungen" (Druck-Serverlösungen, Datenverwaltungs- und Datenverarbeitungslösungen) steht entgegen, dass die Widerspruchsmarken nicht für Dienstleistungen geschützt sind.

a) Die Widersprechende hat in Ergänzung ihrer im Widerspruchsverfahren vorgelegten Streupläne, Werbeprospekte und Presseberichte im Beschwerdeverfahren erstmalig eine als eigenhändig unterschriebenes Telefax vorliegende eidesstattliche Versicherung mit der Angabe von Umsatzzahlen aus den Jahren 1993 bis 2004 eingereicht.

aa) Entgegen der Ansicht der Markeninhaberin bestehen gegen die eidesstattliche Versicherung nicht schon Bedenken in formeller Hinsicht, weil sie im Termin lediglich in Form eines dem Senat am Vortag übersandten Telefaxes der Ausstellerin vorlag.

Da weder § 43 MarkenG noch die über § 82 Abs 1 MarkenG entsprechend anwendbare Vorschrift des § 294 Abs 1 ZPO besondere Formvorschriften für die eidesstattliche Versicherung vorsehen, kann sie sowohl mündlich als auch schriftlich abgegeben werden (vgl Prütting in: Münchner Kommentar zur ZPO, 2. Aufl, § 294, Rn 18; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 63. Aufl, § 294 Rn 7; Zöllner/Geimer/Greger, ZPO, 25. Aufl, § 294 Rn 4). Zwar muss eine schriftliche Erklärung, welche unter Bezugnahme auf § 156 StGB zur Vorlage vor Gericht abgegeben wird, nach § 416 ZPO auch eine Unterschrift enthalten, da es sich bei ihr um eine (Privat-) Urkunde im Sinne dieser Vorschrift handelt (vgl hierzu auch Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl, § 294 Rn 14); der Vorschrift des § 416 ZPO kann aber über das Unterschriftserfordernis hinaus nicht entnommen werden, ob die Urkunde dem Gericht auch in Original vorgelegt werden muss, so dass das Gericht nach § 286 ZPO auch die Vorlage einer – sich auf die Unterschrift beziehenden - beglaubigten Abschrift genügen lassen kann (vgl BGH NJW 1980, 1047).

Die Vorlage eines Originals ist auch nicht aus Gründen der Fälschungssicherheit erforderlich, da aufgrund der technischen Möglichkeiten im Rahmen der Druck- und Kopiertechniken sowie der EDV die Fälschung eines (vermeintlichen) Originals genauso einfach ist wie bei Foto- oder Telekopien.

Auch im Rahmen der Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) kommt einer lediglich als Foto- oder Telekopie vorgelegten eidesstattlichen Versicherung kein geringerer Beweiswert als einem Originalschriftstück zu. Zwar kann eine als eidesstattliche Versicherung abgegebene Erklärung nur dann Grundlage der Beweiswürdigung sein, wenn sie im Falle ihrer Unrichtigkeit nach § 156 StGB strafbewehrt ist. Hierfür reicht es aber aus, dass sie mit Wissen und Willen des Erklärenden gegenüber der "zur Abgabe einer Versicherung an Eides Statt zuständigen Behörde" nach den für diese geltenden Verfahrensvorschriften abgegeben wurde (vgl. grundlegend hierzu BayObLG NJW 1996, 406, 407). Sehen diese aber wie hier keine besonderen Formvorschriften vor, liegt im Falle der Unrichtigkeit der Erklärung eine strafbare Handlung nach § 156 StGB auch dann vor, wenn die Originalvorlage vom Absender unterschrieben und mit seinem Wissen und Willen bei Gericht entweder durch direkte Übersendung von seinem Telefaxgerät an das entsprechenden Gerät des Gerichts (vgl. BayObLG, aaO) oder durch Vermittlung eines Beteiligten oder dessen Verfahrensbevollmächtigter in Original oder (Foto-) Kopie einreicht worden ist (vgl. OLG Köln FamRZ 1983, 709; a.A. Ströbele/Hacker, Marken-gesetz, 7. Aufl., § 43 Rn 90 sowie BPatG 24 W (pat) 115/98 – BRACCO/GRACO; 24 W (pat) 40/01 – SINTEC/ Sim Tec; 24 W (pat) 208/94 – ARTECH/artec, sämtlich veröffentlicht auf der PAVIS CD-ROM). Da im vorliegenden Fall die eidesstattliche Versicherung von der Brand Protection Managerin der Widersprechenden unterzeichnet wurde und am Tag vor der mündlichen Verhandlung von ihrem Faxgerät unmittelbar an das Faxgerät des Senats übermittelt wurde, stehen der Verwertung der vorliegend per Telefax übermittelten eidesstattlichen Versicherung somit keine formellen Bedenken entgegen.

bb) Nach der eidesstattlichen Versicherung sollen in Deutschland unter den Marken "Xerox", "Xerox – The Document Company" und "X" seit 1959 Kopierer und Schwarz-/Weiß- und Farbdruck- und Kopiersysteme für den Bereich Dokumentenproduktion vertrieben. In der eidesstattlichen Versicherung wird weiter ausgeführt, dass im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung von Großkopier- und Druckanlagen auch Computer als Controller für (Schwarz-/Weiß- und Farb-) Druck- und Kopiersysteme sowie Monitore für die Anzeige der Gerätefunktionen und als Bildschirme für die Computer unter der Marke "Xerox" vertrieben worden sein sollen. Die Computer und Monitore seien in Zusammenarbeit mit Drittfirmen speziell entwickelt und konfiguriert worden. Seit Mitte 2004 werde der Monitor außerdem auch als eigenständiges Produkt angeboten.

Die Umsätze für die mit der Marke "Xerox" versehenen Kopierer, Farbdruck- und Kopiersysteme, Monitore, Computer und EDV-Dienstleistungen sollen sich in Deutschland in den Jahren 1993 und 1994 auf ... DM, 1995 auf ... DM, 1996-1999 auf ... DM, 2002 auf ... € und 2003 und 2004 auf ... € belaufen haben, wobei jeweils mindestens 15 % des Gesamtumsatzes auf Systeme entfalle, die mit Monitoren und Computern ausgestattet seien, sowie auf die unter der Marke "Xerox" erbrachten Dienstleistungen.

b) Nach diesen Angaben ergibt sich in Verbindung mit den weiteren zur Glaubhaftmachung eingereichten Unterlagen folgendes Bild:

Aufgrund der dargelegten Umsatzzahlen und der Werbeprospekte kann eine Benutzung der Widerspruchsmarke 853 948 für Kopier- und Druckmaschinen angenommen werden. Dabei bedarf es keiner abschließenden Erörterung, ob die Kennzeichnung der Waren mit einem großen "X" unter dem die Bezeichnung "XEROX" angeordnet ist, mit "Xerox Majestic" oder mit "The Document Company Xerox" eine den kennzeichnenden Charakter der Widerspruchsmarke im Sinne von § 26 Abs 3 MarkenG verändernde Benutzung darstellt. Denn ausweislich der Prospekte und Werbeanzeigen sind die Druck- und Kopiergeräte in beiden Benut-

zungszeiträumen in ausreichendem Maße auch nur mit "XEROX" gekennzeichnet worden.

c) Was die Computer und Monitore betrifft, bestehen schon Bedenken, ob sie sich ohne weiteres einem der Warenbegriffe der Widerspruchsmarken zuordnen lassen, insbesondere, ob es gerechtfertigt ist, sie als Apparate und Geräte zum Vorführen von Bildern (Marke DD 637 861), Ton- und Bildaufzeichnungsmaschinen (Marke 853 948) oder als "optische und elektrotechnische Geräte" anzusehen, für welche die im Jahr 1954 eingetragene Widerspruchsmarke 654 963 geschützt ist. Die Ansicht der Widersprechenden, diese Warenbegriffe müssten unter Berücksichtigung der technischen Fortentwicklung ausgelegt werden (vgl hierzu Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rn 207 mwN), kann dahingestellt bleiben, denn selbst wenn "Computer und Monitore" dem Oberbegriff "elektrotechnische Geräte" zugeordnet werden, scheitert die Anerkennung einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarken für diese Waren daran, dass sie nicht als eigenständiges Produkt vertrieben worden sind, sondern nur als Bestandteil von Kopier- und Druckmaschinen, nämlich als Controller und Bildschirme für diese. Damit sind sie als bloßes Zubehör der Hauptware "Kopier- und Druckmaschinen" anzusehen, so dass eine Benutzung der Widerspruchsmarken hierfür nur vorläge, wenn der Verkehr, der diesen Bestandteilen nur in Zusammenhang mit der Sachgesamtheit "Kopier- und Druckmaschinen" begegnet, nach objektiven Kriterien Veranlassung hätte, die für die Sachgesamtheit benutzte Marke "XEROX" auch als Kennzeichnung des Bestandteils anzusehen; dies kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aber nur bejaht werden, wenn der Bestandteil dem Verkehr als eine Ware erschiene, welche von der Widersprechenden unter der Bezeichnung "XEROX" selbständig in den Verkehr gebracht wurde (vgl BGH GRUR 1995, 583, 584 – MONTANA). Gerade hieran fehlt es aber nach den vorgelegten Benutzungsunterlagen; diese zeigen zwar übliche Computer in Form von Tisch- und Bodengeräten, die mit den Widerspruchsmarken gekennzeichnet sind, diese werden aber von der Widersprechenden bislang ausschließlich zusammen mit der Hauptware Kopier- und Druckmaschinen, nicht aber als selbständiges Pro-

dukt in den Verkehr gebracht. Dass es sich um eigens hierfür entwickelte Geräte handelt, steht dem nicht entgegen, weil es üblich ist, dass der Hersteller und Vertreter von Sachgesamtheiten deren (Einzel-) Bestandteile unter Inanspruchnahme selbständiger Drittfirmen entwickeln lässt, die auch nur in der Sachgesamtheit Verwendung finden können und sollen; dies gibt dem Verkehr aber keine Veranlassung, das fragliche Einzelelement als solches unabhängig von der Sachgesamtheit allein auf deren Hersteller und Vertreter zu beziehen, vor allem dann nicht, wenn ihm diese Umstände bekannt sind.

Gleiches gilt im Ergebnis auch für die bis Mitte 2004 als Teil der Kopier- und Druckmaschinen vertriebenen Monitore. Hierbei handelt es sich zwar um eine Ware, die unter die im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarken genannten Oberbegriffe fällt (s.o.), da sie aber vor Mitte 2004 nach dem eigenem Vortrag der Widersprechenden nicht als eigenständige Ware angeboten worden ist, fehlt es insoweit für den Zeitraum des § 43 Abs 1 Satz 1 MarkenG an einem Nachweis der rechtserhaltenden Benutzung.

Erst recht kann die Widersprechende eine Benutzung der Widerspruchsmarken für EDV-Dienstleistungen nicht darauf stützen, die eingetragenen Warenbegriffe müssten auch insoweit an der technischen Fortentwicklung teilhaben. Da zur Zeit der Eintragung der drei Widerspruchsmarken Zeichenschutz für Dienstleistungen gesetzlich nicht vorgesehen war, kann der Schutz nicht nachträglich auf Dienstleistungen ausgedehnt werden. Die Markeninhaberin hätte es in der Hand gehabt, nach der Einführung des Schutzes für Dienstleistungsmarken durch Gesetz vom 29. Januar 1979 (BIPMZ 1979, 33) Markenschutz für EDV-Dienstleistungen zu beantragen.

Im Ergebnis kommen daher allein Kopier- und Druckmaschinen nach § 43 Abs 1 Satz 3 MarkenG als Grundlage der Beurteilung der Verwechslungsgefahr zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke 853 948 in Betracht.

2. Unter Berücksichtigung der bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr miteinander in Wechselbeziehung stehenden Kriterien der Waren- und Markenähnlichkeit sowie der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke (vgl. EuGH GRUR 1998, 922, 923 - Canon; MarkenR 1999, 236, 239 - Lloyd/Loints), wobei ein geringer Grad der Ähnlichkeit der Waren durch einen größeren Grad der Ähnlichkeit der Marken ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr.; vgl. EuGH GRUR 1998, 387, 389 Tz 23 f - Sabèl/Puma; EuGH GRUR 1998, 922, 923 z. 16 f. - Canon; BGH GRUR 1999, 241, 243), hält die jüngere Marke den erforderlichen Abstand zur normal kennzeichnungskräftigen älteren Marke 853 948 noch ein.

a) Dabei ist im vorliegenden Fall nach den Grundsätzen der "Canon"-Entscheidung (vgl. EuGH, GRUR 1998, 922, 923 [Rz 23]) von einer relativ engen Ähnlichkeit zwischen den Computern der angegriffenen Marke einerseits und den "Kopier- und Druckmaschinen" der Widerspruchsmarke 853 948 andererseits auszugehen. Unter den Begriff "Kopier- und Druckmaschinen" fallen nämlich auch solche Geräte, die an den Computer als Peripheriegerät angeschlossen werden. Damit sind Computer und Drucker oder Kopierer einander ergänzende Waren, die von ihrer technischen Funktion her in engem Zusammenhang stehen und demzufolge auch Vertriebswege und Abnehmerkreise gemeinsam haben. Sie werden auch in beachtlichem Umfang von denselben marktführenden Unternehmen hergestellt und unter ein und derselben Marke angeboten (zB Dell, HP, IBM, Fujitsu Siemens). Zu berücksichtigen ist allerdings, dass es sich bei Druckern um Waren handelt, bei deren Kauf der angesprochene Verkehr mit einiger Sorgfalt vorgeht, um ein gut funktionierendes, wirtschaftlich arbeitendes und mit dem Computer kompatibles Produkt zu erhalten.

b) Die Kennzeichnungskraft der nach den vorgelegten Benutzungsunterlagen seit Jahren umfangreich für Druck- und Kopiergeräte gut benutzten Widerspruchsmarke 853 948 ist als zumindest normal anzusehen.

c) Auch wenn jedenfalls hinsichtlich der zu den Kopier- und Druckmaschinen der Widersprechenden eng ähnlichen Computer, für welche die jüngere Marke eingetragen ist, von strengen Maßstäben bei der Beurteilung des Zeichenabstandes auszugehen ist, reicht der vorhandene Unterschied aus, um den angesprochenen Verkehrskreisen, bei denen es sich um alle inländischen Verbraucher handelt, ein sicheres Auseinanderhalten der beiden Marken zu ermöglichen.

Zwar enthalten beide Zeichen übereinstimmend die Wortbestandteile "XERO-", was angesichts der Grundsätze, dass bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr von den übereinstimmenden Elementen auszugehen ist (vgl. BGH GRUR 1999, 587, 569 – Cefallone) und Wortanfänge in der Regel stärkere Beachtung finden als die Wortendungen (vgl. BGH GRUR 2002, 1067, 1070 – DKV/OKV), an sich für eine enge Zeichenähnlichkeit sprechen könnte. Vorliegend ist aber zu berücksichtigen, dass der Endkonsonant "X" in der Widerspruchsmarke schriftbildlich und klanglich so markant in Erscheinung tritt, dass eine Abweichung von den üblichen Sachverhalten, bei denen die vorstehenden Erfahrungssätze eine Rolle spielen, gerechtfertigt ist. Zum einen kommt der Konsonant "X" relativ selten vor, so dass er sich dem Verkehr von Haus aus besonders einprägt, und zum anderen tritt er in der kurzen und leicht überschaubaren Widerspruchsmarke zusätzlich dadurch besonders deutlich in Erscheinung, dass er gleichzeitig ihr Anfangs- und Endbuchstabe ist, wodurch sie ein sowohl klanglich wie optisch auffallendes Erscheinungsbild erhält. Hinzu kommt, dass bei der angegriffenen Marke aufgrund ihrer Endung "ON" wie bei den bekannten Wörtern Hormon, Karton, Karbon, Salon, Interferon usw. auch eine Betonung auf der zweiten Silbe in Betracht kommt. Sowohl bei dieser Aussprache als auch bei einer Betonung von "XERON" auf der ersten Silbe kann das Fehlen des für die Widerspruchsmarke typischen Endungs-X kaum unbemerkt bleiben. Der beim Erwerb der Waren mit einiger Aufmerksamkeit vorgehende Verkehr wird daher selbst dann, wenn er beiden Zeichen nicht gleichzeitig begegnet, sondern seine Auffassung nur aufgrund einer undeutlichen Erinnerung an eine der beiden Marken gewinnt (vgl. EuGH GRUR Int 1999, 734, 736 [Rn 26] – Lloyd; BGH GRUR 1993, 972, 974 f – Sana/Schosana), noch

ausreichend in der Lage sein, die Zeichen auseinander zu halten, so dass auch im Bereich enger Warenähnlichkeit eine unmittelbare Gefahr von Verwechslungen beider Marken nicht zu befürchten ist.

Da auch für die Annahme einer Verwechslungsgefahr aus anderen Gründen weder etwas vorgetragen noch anderweitig ersichtlich ist, hat die Markenstelle den Widerspruch der Widersprechenden somit zu Recht zurückgewiesen, so dass der hiergegen gerichteten Beschwerde der Erfolg zu versagen war.

3. Es sind keine Gründe ersichtlich, von dem Grundsatz des § 71 Abs 1 Satz 2 MarkenG abzuweichen, dass jeder Beteiligte seine Kosten selbst trägt.

Dr. Schermer

Prietzl-Funk

Schwarz

Pü