



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 176/01

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 397 06 043.2

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 15. Mai 2003 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie des Richters Engels und der Richterin Bayer

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wortbildmarke



ist unter der Nummer 397 06 043.2 für die Dienstleistungen "Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung" im Markenregister eingetragen. Dagegen hat die Inhaberin der für die Waren und Dienstleistungen "mit Programmen versehene maschinenlesbare Datenträger aller Art, DV-Programme einschließlich dazugehörigem schriftlichen Begleitmaterial; Beratung über Einsatz und Anwendung von DV-Programmen" geschützten Widerspruchsmarke Nr 1153534

SAP

Widerspruch erhoben.

Die Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch in zwei Beschlüssen, von denen einer in der Erinnerung ergangen ist, zurückgewiesen.

Der Erstprüfer hat ausgeführt, dass zwischen den sich gegenüberstehenden Waren und Dienstleistungen Identität bzw. ein ausgesprochen hoher Grad von Ähnlichkeit zu bejahen sei. Auch wenn man zugunsten der Widersprechenden noch von einer normalen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ausgehe, obwohl es sich dabei um ein Fachkürzel für "service access point" handele, kämen sich die Vergleichsmarken unter keinem Gesichtspunkt verwechselbar nahe. Im Gesamteindruck hoben sich die Marken in Anbetracht der graphischen Ausgestaltung der jüngeren Marke erheblich voneinander ab. In klanglicher Hinsicht sei zu berücksichtigen, dass es sich je um ausgesprochen kurze und leicht überschaubare einsilbige Wörter handele, bei denen schon eine Abweichung in einem Mitlaut (hier die je an der stärker beachteten ersten Lautstelle stehenden Abweichungen zwischen dem als stimmlosen Plosivlaut "ks" ausgesprochenen Anlaut "X" und dem stimmhaften alveolaren Reibelaut "s") die Verwechslungsgefahr ausschließen könne, soweit sie überhaupt als zusammenhängende Wörter und nicht als Buchstabenfolgen ausgesprochen würden. Kollisionsmindernd sei ferner beachtlich, dass auf dem hier vorliegenden Sektor die Verwendung von Kurzwörtern ausgesprochen häufig sei und somit erhöhter Aufmerksamkeit begegneten, zum anderen die gemeinsame Endung "AP" auf diesem Sektor die bekannte, beschreibend verwendete und verbrauchte Bedeutung von "Application Program", also von "Anwenderprogramm" habe, so dass die Aufmerksamkeit stärker auf den Wortanfang gelenkt werde. Zudem trete die Vornahme mündlicher Bestellungen ohnehin eher in den Hintergrund. Auch in schriftbildlicher Hinsicht sei der Abstand ausreichend. Auch hier sei zu berücksichtigen, dass es sich um Kurzwörter handele und darüber hinaus sich die softwaretechnischen Erzeugnisse an ein Fachpublikum wendeten, das zu erhöhter Aufmerksamkeit neige.

Die Erinnerungsprüferin hat ausgeführt, dass zwar zwischen den Waren der Widerspruchsmarke und den Dienstleistungen der angegriffenen Marke Identität bestünden mit der Folge, dass an den Abstand, den die jüngere Marke einhalten müsse, strenge Anforderungen zu stellen seien. Auch unter Berücksichtigung der von der Widersprechenden geltend gemachten gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, die von den Inhabern der jüngeren Marke nicht bestritten werde, sei die Gefahr von Verwechslungen dennoch im Ergebnis zu verneinen. Der klangstarke Konsonant "X" verschaffe angesichts der Kürze der Markenwörter ein hinreichend divergierendes Klangbild. Auch in schriftbildlicher Hinsicht unterschieden sich die Vergleichsmarken wegen ihrer Kürze durch die Abweichung in den Buchstaben "X" und "S" am ohnehin stärker beachteten Wortanfang in ausreichendem Maße.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden mit dem Antrag (sinngemäß),

die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

An den zu fordernden Markenabstand seien wegen der Identität der sich gegenüberstehenden Waren und Dienstleistungen strenge Anforderungen zu stellen. Hinzu komme die nicht bestrittene erhöhte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke. Unter diesen Umständen sei die Gefahr klanglicher Verwechslungen nicht auszuschließen. Die Marken stimmten in den Lauten "AP" überein. Der Konsonant "X" der angegriffenen Marke werde wie "ks" ausgesprochen und weise in dem Anfangslaut "S" der Widerspruchsmarke eine Entsprechung auf.

Während des Beschwerdeverfahrens wurde die Marke auf die jetzige Inhaberin der angegriffenen Marke umgeschrieben. Die Umschreibung erfolgte am 17. April 2002. Die Rechtsnachfolgerin, die den Umschreibungsantrag am 26. Fe-

bruar 2002 gestellt hatte, ist in das Verfahren mit Schriftsatz vom 12. März 2002 an Stelle der alten Markeninhaberin eingetreten und beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Das von der Beschwerdeführerin vorgelegte Verkehrsgutachten sei in diesem Verfahren nicht zugunsten der Beschwerdeführerin verwertbar, da die hier relevante Zielgruppe der Entscheidungsträger im Softwarebereich in dieser Umfrage nicht repräsentiert sei. Das Verkehrsgutachten befasse sich zudem nur mit der Bekanntheit der Marke "SAP", jedoch nicht mit der Bekanntheit von einzelnen Produkten oder Dienstleistungen. Die Bekanntheit der Marke "SAP" selbst in einem nicht-softwarespezifischen Umfeld schließe gleichzeitig eine Verwechslung mit der Marke "XAP." aus. Die Fachverkehrskreise begegneten Kennzeichen im Softwaresektor mit erhöhter Aufmerksamkeit. Die Bekanntheit der Marke "SAP" dürfte in diesem Umfeld deutlich höher sein als im von der Beschwerdeführerin vorgelegten Verkehrsgutachten. Schließlich sei auch die Beschwerdegegnerin und ihr Produkt "XAP" keine unbekannte Größe in den Fachverkehrskreisen. Die Argumentation der Beschwerdeführerin sei widersprüchlich, da sie "SAP" als einprägsames Kennwort bezeichne, und dennoch eine – tatsächlich nichtgegebene – Verwechslungsgefahr bestehen solle. Es liege keine Warenidentität vor. Der Verkehr treffe hier auch keine kurzfristigen und unbedachten Entscheidungen. Die Identität zweier Buchstaben sei unbeachtlich. Außerdem sei die Marke "SAP" ein Firmenname, die Marke "XAP." dagegen ein Produkt. Die Produkte der beiden Firmen würden nicht telefonisch bestellt, zumindest nicht ohne sich vorher genau zu informieren. Außerdem sei die angegriffene Marke eine Wort-/Bildmarke, die Widerspruchsmarke eine Wortmarke.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig. Die Rechtsnachfolgerin der Widersprechenden konnte das Beschwerdeverfahren fortführen. Dafür ist keine Zustimmung der Gegenseite erforderlich (§ 28 Abs. 2 Satz 3 MarkenG). Die Beschwerde hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

Auch nach Auffassung des Senats besteht bei den sich gegenüberstehenden Marken nicht die Gefahr von Verwechslungen im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG, so dass die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen war (§ 43 Abs. 2 Satz 2 MarkenG).

Im vorliegenden Verfahren kann nicht von einer gegenüber dem Durchschnitt deutlich erhöhten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ausgegangen werden. Die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Unterlagen reichen nicht aus, eine erhöhte Verkehrsgeltung zu bejahen, da die eingereichte Verkehrsbefragung nicht erkennen lässt, für welche Waren und Dienstleistungen die Widerspruchsmarke bekannt ist und zudem fraglich ist, ob die Umfrage aus dem Zeitraum Januar/Februar 1999 auf Februar 1997 rückbezogen werden kann, dem Zeitpunkt der Anmeldung der jüngeren Marke, welcher für eine Berücksichtigung ebenfalls maßgeblich ist (vgl. Althammer/Ströbele, Markengesetz 6. Aufl. § 9 Rd 24). Allerdings hat die Beschwerdegegnerin die erhöhte Kennzeichnungskraft nicht ausdrücklich bestritten. Sie macht jedoch in der Beschwerde geltend, die eingereichte Befragung sei nicht repräsentativ, und belege nicht die Bekanntheit der Marke für einzelne Waren und Dienstleistungen. Einer erhöhten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke zum Zeitpunkt der Anmeldung der jüngeren Marke kann daher nicht zugrunde gelegt werden, auch wenn die Beschwerdegegnerin davon ausgeht, dass (heute) im Softwarebereich die Kennzeichnungskraft von "SAP" bei den einschlägigen Verkehrskreisen noch höher sei als aus der Befragung ersichtlich. Ob bereits wegen des vom Erstprüfer festgestellten beschreibenden Gehalts der Abkürzung "SAP" für "service access point" eine ursprüngliche

Kennzeichnungsschwäche der Widerspruchsmarke resultiert, kann dahingestellt bleiben, denn selbst wenn sich eine ursprüngliche Kennzeichnungsschwäche nicht nachweisen ließe, und man sogar von einer leicht erhöhten Kennzeichnungskraft ausginge, reichten die Unterschiede aus, um eine Verwechslungsgefahr zu verhindern.

Die gegenüberstehenden Waren und Dienstleistungen sind zwar nicht identisch, da die Dienstleistungen "Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung" im Verzeichnis der Waren und Dienstleistungen der Widerspruchsmarke nicht aufgeführt sind. Jedoch besteht eine zumindest mittlere Ähnlichkeit, da die Programme, auf deren Herstellung die Dienstleistungen der angegriffenen Marke gerichtet sind, identisch sein können mit denen, die Gegenstand der in der Widerspruchsmarke geschützten Beratungsdienstleistungen sind, oder die auf den Waren gespeichert sind, für die die Widerspruchsmarke geschützt ist.

Ist jedenfalls im vorliegenden Verfahren von einer durchschnittlichen oder nur leicht erhöhten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen, reichen selbst bei einem unterstellten hohen Grad der Ähnlichkeit der geschützten Waren und/oder Dienstleistungen die vorhandenen Unterschiede aus, um eine Verwechslungsgefahr zu verhindern, wobei nach ständiger Rechtsprechung der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Verbraucher maßgebend ist.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin kommt es auf die Bekanntheit der angegriffenen Marke für die Frage der Verwechslungsgefahr nicht an, und deren Bekanntheit würde jedenfalls nicht verwechslungsmindernd wirken (Althammer/Ströbele, Markengesetz, 6. Aufl, § 9 Rd 155). Ein Widersprechender ist auch davor zu schützen, dass seine Marke versehentlich deswegen für die angegriffene Marke gehalten wird, weil man diese kennt und deshalb fälschlicherweise annimmt, man habe sie gehört oder gelesen. Der weiteren Ansicht der Beschwerdegegnerin, bei hoher Bekanntheit und Kennzeichnungskraft der Wider-

spruchsmarke sei die Verwechslungsgefahr geringer, kann nicht gefolgt werden, denn sie berücksichtigt nicht, dass eine erhöhte Kennzeichnungskraft nach allgemeiner Auffassung zu einem größeren Schutzzumfang der Widerspruchsmarke führen würde. Da jedoch zum Zeitpunkt der Anmeldung der jüngeren Marke nicht von einer deutlich erhöhten Kennzeichnungskraft ausgegangen werden kann, wirkt sich die von der Inhaberin der angegriffenen Marke zum jetzigen Zeitpunkt unbestrittene Bekanntheit der Widerspruchsmarke für sie nicht nachteilig aus.

Die angegriffene Marke hält sowohl klanglich als auch schriftbildlich den gebotenen Abstand von der Widerspruchsmarke ein. Entscheidend ist dabei der Gesamteindruck der sich gegenüber stehenden Zeichen (Althammer/Ströbele, Markengesetz, 6. Aufl, § 9 Rd 80).

Eine Verwechslungsgefahr aufgrund schriftbildlicher Ähnlichkeit der Marken ist nicht gegeben, da das Schriftbild deutlich unterschiedlich ist. Die Buchstaben "X" und "S" stehen am besonders beachteten Zeichenanfang. Die Zeichen sind sehr kurz, so dass diese deutlich unterschiedlichen Anfangsbuchstaben nicht übersehen werden können. Zudem tritt in bildlicher Hinsicht auch die graphische Ausgestaltung der angegriffenen Marke stärker in den Vordergrund, die sie ebenfalls von der Widerspruchsmarke, der eine entsprechende Grafik fehlt, deutlich abhebt.

Eine die Gefahr von Verwechslungen beachtlichen Umfangs begründende klangliche Ähnlichkeit liegt ebenfalls nicht vor. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin ist die Verwechslungsgefahr auch unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen, da auch mündliche Empfehlungen zu Verwechslungen führen können, selbst wenn die Produkte später schriftlich bestellt werden.

Die weit überwiegenden Verkehrskreise werden die aus jeweils drei Buchstaben bestehenden Zeichen nicht als Wort, sondern als Buchstaben "X-A-P" bzw "S-A-P" aussprechen. Buchstabenabkürzungen werden auf dem vorliegenden Sektor häufig verwendet. Die Aufeinanderfolge von jeweils drei Großbuchstaben, ohne dass

sie ein verständliches Wort ergeben, wird der Verkehr daher regelmäßig als Buchstabenzeichen werten und entsprechend aussprechen. Dies gilt insbesondere auch für die angegriffene Marke, die mit dem markanten Buchstaben "X" beginnt, der den allgemeinen Verkehrskreisen häufig in Abkürzungen begegnet (zB "XL", "XS"), und es im Deutschen nur wenige Wörter gibt, die mit dem Laut "X" beginnen.

Die Zeichen "SAP" bzw "XAP" sind unabhängig davon, ob sie als Buchstaben oder als Wort ausgesprochen werden, klanglich sehr verschieden. Die Marken unterscheiden sich am Zeichenanfang, der vom Verkehr regelmäßig stärker beachtet wird als das Zeichenende. Zudem sind die Zeichenwörter so kurz, dass der Unterschied am Anfang der Wörter im Gesamteindruck stark hervortritt. "X" klingt als auffälligster Konsonant des deutschen Alphabets sehr markant. Die angesprochenen Verkehrskreise sind Fachverkehr und interessierte Laien, die den Zeichen zudem mit größerer Aufmerksamkeit begegnen. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der größte Teil des Verkehrs die Marken buchstabenmäßig ausspricht, und dann um so weniger der Gefahr von Verwechslungen unterliegt, da bei dieser Wiedergabeart der Unterschied am Zeichenanfang noch auffälliger ist.

Eine Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt des gedanklichen in Verbindung Bringens besteht ebenfalls nicht. Beide Zeichen weisen zwar jeweils drei Großbuchstaben auf und enthalten die Buchstaben "AP". Als Stammbestandteil einer Zeichenserie kommt die Buchstabenfolge "AP" nicht in Betracht, da die Zeichen jeweils eine Einheit bilden und der Verkehr keinen Anlass hat, willkürlich einzelne Buchstabenfolgen als Stammbestandteil aufzufassen, zumal die Abkürzung "AP" für "Application Program" (Applikationsprogramm) auf dem vorliegenden Gebiet von Waren und Dienstleistungen im Softwarebereich eine beschreibende Bedeutung aufweist.

Nach alledem war die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen.

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

Kliems

Richter Engels hat Urlaub
und ist daher verhindert
zu unterschreiben.

Bayer

Kliems

Fa

