



BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 70/13

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke Nr. 30 2011 009 119

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 15. Juni 2014 durch Vorsitzenden Richter Dr. Albrecht, Richter Hermann und Richter k.A. Schmid

beschlossen:

1. Nr. 1 des Beschlusses der Markenstelle für Klasse 41 vom 2. September 2013 wird aufgehoben. Aufgrund des Widerspruchs aus der Marke Nr. 306 58 060 wird die Löschung der Marke 30 2011 009 119 angeordnet.
2. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die am 6. Mai 2011 veröffentlichte Eintragung der für die Dienstleistung „Rundfunkunterhaltung“ geschützten Wortmarke Nr. 30 2011 009 119

FFH - flott - fröhlich - hervorragend

hat die Widersprechende mit am 29. Juli 2011 aus der u.a. für die Dienstleistungen „Produktion von Rundfunk- und Fernsehsendungen und -shows im Bereich Unterhaltung; Produktion von Rundfunk- und Fernsehinformationssendungen, Filmproduktion“ der Klasse 41 eingetragenen Wort-/Bildmarke Nr. 306 58 060 (rot, grün, schwarz)



Widerspruch erhoben.

Zudem hat sie der Eintragung mit weiterer Erklärung vom 29. Juli 2011 widersprochen. Hierzu hat sie unter Verwendung des vom Deutschen Patent- und Markenamt herausgegebenen Formblatts durch Felder „geschäftliche Bezeichnung“, „Unternehmenskennzeichen“ und „Werktitel“ angegeben. Betreffend die nach dem Formblatt vorgesehenen Angaben zu „Waren/Dienstleistungen/Geschäftsbereich“ und „Wiedergabe des Widerspruchskennzeichens“ hat sie auf ein als Anlage beigefügtes Dokument, das einen Auszug ihrer Homepage zeigt, verwiesen. Das Feld „Zeitrang“ enthält keinen Eintrag.

Die Markenstelle für Klasse 41 des DPMA hat durch Beschluss vom 2. September 2013 in Nr. 1 den Widerspruch aus der Marke Nr. 306 58 606 zurückgewiesen und in Nr. 2 ausgesprochen, der Widerspruch aus der geschäftlichen Bezeichnung „Hit Radio FFH“ sei unzulässig. Kosten wurden nicht auferlegt (Nr. 3).

Zwischen der angegriffenen und der Widerspruchsmarke Nr. 306 58 606, die über durchschnittliche Kennzeichnungskraft verfüge, bestehe trotz identischer oder sehr ähnlicher Dienstleistungen im Bereich „Rundfunkunterhaltung“ keine Verwechslungsgefahr. Die Vergleichszeichen böten keinen Anlass, die Wiedergabe der Marken auf einzelne Wortbestandteile zu beschränken. Selbst kennzeichnungsschwache Wortelemente seien nicht ohne weiteres außer Betracht zu las-

sen, da dem Markenrecht eine zergliedernde Betrachtung eines Zeichens fremd sei. Allenfalls werde der Bestandteil „FHH“ der angegriffenen Marke als Abkürzung der Attribute „flott – fröhlich – hervorragend“ verstanden und aufgrund der Neigung des Publikums zur Verkürzung mehrgliedriger Marken weggelassen. Die angegriffene Marke werde im Hinblick auf die abweichende Zeichenbildung ferner nicht als Kennzeichen für ein weiteres Produkt der Widersprechenden wahrgenommen.

Die Widerspruch aus der geschäftlichen Bezeichnung sei unzulässig, da die Widersprechende versäumt habe, sich innerhalb der Widerspruchsfrist zum Zeitrang des Kennzeichens und zu den beanspruchten Waren und Dienstleistungen zu erklären.

In ihrer gegen den Beschluss der Markenstelle gerichteten Beschwerde führt die Widersprechende aus, der Widerspruch aus der geschäftlichen Bezeichnung sei zulässig. § 30 Abs. 1 Satz 2 MarkenV setze bei Geltendmachung von Rechten, deren Entstehung von der Aufnahme der Benutzung abhängt, nicht die Angabe eines konkreten Datums voraus. Der Zweck der Identifikation des Rechts sei bereits erfüllt, soweit Nachweise dafür vorgelegt werden, dass dieses zeitlich vor dem Prioritätsdatum des angegriffenen Zeichenrechts in Benutzung war. Die dem Widerspruchsformblatt beigefügte Unterlage genüge dem. Auch die beanspruchten Waren/Dienstleistungen seien dieser Anlage zu entnehmen. Die Markenstelle hätte der Widersprechenden ferner entsprechend zur Regelung des Gemeinschaftsmarkenrechts, der § 30 MarkenV angeglichen sei, Gelegenheit zur Ergänzung der Widerspruchsbegründung geben müssen.

Die originär durchschnittliche Kennzeichnungskraft der bei der Widerspruchszeichen sei aufgrund umfangreicher Benutzung erhöht. Das Radioprogramm der Widersprechenden werde seit dem 15. November 1989 gesendet, zunächst unter der Bezeichnung „Radio FFH“, seit April 1995 als „Hit Radio FFH“. In Hessen verfüge

das Programm über die höchste, im bundesweiten Vergleich über die dritthöchste Hörerquote.

Angesichts hochgradig ähnlicher Dienstleistungen könne Verwechslungsgefahr nicht verneint werden, da den Gesamteindruck der Streitzeichen jeweils der identische Bestandteil „FFH“ präge. Der Bestandteil „Hit Radio“ der Widerspruchszeichen sei beschreibenden Inhalt und werde im Interesse flüssiger Zeichenwiedergabe vernachlässigt. Innerhalb der angegriffenen Marke träte die Wortfolge „flott-fröhlich-hervorragend“, die nicht über Unterscheidungskraft verfüge, zurück. Jedenfalls nehme der Bestandteil „FFH“ eine selbständig kennzeichnende Stellung innerhalb der angegriffenen Marke ein, da er als zusammenfassende Abkürzung der angegliederten Adjektive aufgefasst werde.

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

den angefochtenen Beschluss der Markenstelle aufzuheben und die angegriffene Marke zu löschen.

Der Markeninhaber hat sich im Beschwerdeverfahren nicht geäußert.

II.

Nachdem die Beteiligten davon abgesehen haben, eine mündliche Verhandlung zu beantragen, und auch der Senat eine solche nicht für erforderlich erachtet, kann über die Beschwerde im schriftlichen Verfahren entschieden werden (§ 69 MarkenG).

Die zulässige Beschwerde hat teilweise Erfolg.

1. Der zulässige Widerspruch aus der eingetragenen Marke Nr. 306 58 606 ist begründet, da zwischen den Streitmarken Verwechslungsgefahr gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m § 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG besteht.

Dem Begriff der Verwechslungsgefahr liegt eine Wechselwirkung zwischen allen im Einzelfall erheblichen Faktoren zugrunde, insbesondere dem Grad der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sowie dem Grad der Ähnlichkeit zwischen den Streitmarken und zwischen den damit gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen (vgl. EuGH GRUR 1998, 387, 389 – Sabèl/Puma; BGH GRUR 2006, 859, 860 – Malteserkreuz).

Die für die angegriffene Marke eingetragene Dienstleistung „Rundfunkunterhaltung“ umfasst die für die Widerspruchsmarke geschützte Leistung „Produktion von Rundfunksendungen“, die die inhaltliche Konzeption und tatsächliche Umsetzung des Sendbeitrags beinhaltet. Ob die Widerspruchsmarke erhöhte Kennzeichnungskraft in Anspruch nehmen kann, kann dahingestellt bleiben, da die Streitzeichen unter den gegebenen Umständen auch bei Zugrundelegung durchschnittlicher Kennzeichnungskraft, von der mangels Anhaltspunkten für eine diesbezügliche Einschränkung auszugehen ist (vgl. BGH GRUR 2000, 1028, 1029 – Ballermann), der Gefahr unmittelbarer Verwechslungen unterliegen. Denn zwischen den Vergleichszeichen besteht überdurchschnittliche klangliche Ähnlichkeit.

Die Bewertung der Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Kennzeichen richtet sich nach dem Gesamteindruck, den die beteiligten Verkehrskreise von den Zeichen gewinnen und in Erinnerung behalten. Eine Marke wird vom Publikum nämlich in der Erscheinungsform wahrgenommen, in der sie ihm entgegentritt, ohne dass eine analysierende Betrachtung Platz greift (s. BGH GRUR 2000, 233, 235 – RAUSCH/ELFI RAUCH).

In der Gesamtheit unterscheiden die Zeichen sich durch die Zeichenelemente „HIT RADIO“ bzw. „flott-fröhlich-hervorragend“ in jeder Hinsicht ausreichend.

Allerdings können Zeichenbestandteile unterschiedlichen Einfluss auf die Wahrnehmung einer komplexen Marke ausüben. Deswegen kann einem Bestandteil im Einzelfall eine besondere, den Gesamteindruck des gesamten Zeichens prägende Kennzeichnungskraft zukommen (vgl. EuGH GRUR 2005, 1042 Rn. 28 f. – THOMSON LIFE; BGH GRUR 2006, 60 Rn. 19 – coccodrillo). Ein Bestandteil prägt den Gesamteindruck, wenn die übrigen Elemente in der Wahrnehmung oder der Erinnerung der Durchschnittsverbraucher betreffender Waren und Dienstleistungen nach den Umständen des konkreten Einzelfalls für den Gesamteindruck weitgehend in den Hintergrund treten und deshalb den Gesamteindruck der Marke nicht mitbestimmen (vgl. BGH GRUR 2008, 258 Rn. 25 – INTERCONNECT / T-InterConnect; GRUR 2002, 342, 343 – ASTRA/ESTRA-PUREN).

Der Gesamteindruck der Widerspruchsmarke wird durch den Wortbestandteil „FFH“ geprägt. Er wirkt aufgrund Größe und mittiger Positionierung sowie der grafischen Nachordnung der weiteren Elemente als zentrales Zeichenelement. Auch inhaltlich tritt die Angabe „HIT RADIO“ als Aussage zur Art des Programmangebots zurück (vgl. etwa: Hitradio RTL, Ostseewelle Hitradio, Hitradio Antenne 1).

Zudem prägt die Buchstabenfolge „FFH“ – selbst bei durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke – den Gesamteindruck der angegriffenen Marke. Die Wortgruppe „flott-fröhlich-hervorragend“ besteht aus sachbezogenen und anpreisenden Attributen, die auch in der Kombination nicht geeignet sind, bezogen auf die Dienstleistung „Rundfunkunterhaltung“ als betriebliches Unterscheidungs mittel eines bestimmten Anbieters verstanden zu werden. „Flott“ (schwungvoll, beschwingt) und „fröhlich“ sind Eigenschaften, die im allgemeinen Sprachgebrauch zur plakativen Einordnung einer auf die Vermittlung guter Stimmung angelegten Unterhaltungsmusik herangezogen werden (vgl. Duden Online „Stimmungsmusik“). Daher wirken sie in Bezug auf die registrierte Dienstleistung

als Aussagen, die die Art des angebotenen Musikprogramms bestimmen. Die Angabe „hervorragend“ stellt das Angebot gegenüber anderen Unterhaltungsprogrammen heraus.

Die Buchstabensequenz „FFH“ ist demgegenüber für sich betrachtet uneingeschränkt als Herkunftshinweis geeignet, da sie nicht mit einem bestimmten Bedeutungsgehalt belegt ist (vgl. BGH GRUR 2008, 719 Rn. 37 – idw Informationsdienst Wissenschaft; BPatGE 42, 71 – OKV-Ostdeutsche Kommunalversicherung a.G. / DKV). Neben einem originär kennzeichnungsgerechten Bestandteil kommt einem schutzunfähigen Bestandteil – hier also „-flott-fröhlich-hervorragend“ – im Allgemeinen keine für den Gesamteindruck beachtliche Bedeutung zu (vgl. BGH GRUR 1998, 925, 926 – Bisotherm-Stein). Diese Sichtweise wird hier unter dem Gesichtspunkt klanglicher Verwechslungsgefahr zudem dadurch gestützt, dass die - nach den obigen Ausführungen ohnehin nicht als Kennzeichnungsmittel geeignete - Wortfolge „flott-fröhlich-hervorragend“ sich aufgrund ihrer Länge und ihrer aufzählenden Struktur alltagsadäquater mündlicher Wiedergabe widersetzt. Die Neigung des Publikums, die angegriffene Marke im Rahmen mündlicher Wiedergabe auf die Buchstabenfolge „FFH“ zu verkürzen (vgl. BGH GRUR 2008, 719 Rn. 37 – idw Informationsdienst Wissenschaft; GRUR 2002, 626 Rn. 38 – IMS; GRUR 2002, 1067 Rn. 28 – DKV/OKV), wird zudem dadurch erhöht, dass gerade im Hörfunk- und Fernsehsektor eine Gewöhnung an Anbieterbezeichnungen, die sich in Buchstabenfolgen erschöpfen, festzustellen ist (vgl. BR, HR, MDR, RB, zu privaten Sendern s. Wikipedia „Liste deutscher Hörfunksender“, u.a. RTL Radio, ERF PLUS, AFK M.94).

Einer Prägung der Widerspruchsmarke durch die Komponente „FFH“ steht auch nicht entgegen, dass die Buchstabenfolge die Initialen der Begriffe „-flott-fröhlich-hervorragend“ aufgreift. Ein derartiger Zusammenhang kann zwar als erläuternde Verklammerung zwischen Buchstaben- und Wortkomponente verstanden werden und dadurch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gegebenenfalls im Einzelfall der Prägung des Zeichens durch die Buchstabenfolge entgegenste-

hen (vgl. BGH GRUR 2008, 719 Rn. 37 – idw Informationsdienst Wissenschaft). Allerdings tritt ein derartiger inhaltlicher Zusammenhang zwischen diesen Elementen vorliegend nicht unmittelbar hervor. Schon äußerlich sind die Buchstaben in Großschreibung ausgeführt, während die Wörter klein geschrieben sind. Vor allem entzieht sich der Inhalt der Wortfolge dem Verständnis als Erläuterung der Buchstaben, da sie im Unterschied zu typischen Akronymbildungen (vgl. etwa HR Hessischer Rundfunk; RTL Radio Télévision Lëtzebuerg) keine Unternehmensbezeichnung oder andere aussagekräftige Angaben, die eine Verselbständigung als Abkürzung rechtfertigen, enthält. Eher dient die Wortgruppe als ergänzende Aufzählung von Eigenschaften der Dienstleistung, die in Form eines werbeüblichen Wortspiels die Initialen der inhaltlich selbständigen Buchstabensequenz aufnimmt. So wird AEG (Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft) mit „Aus Erfahrung gut“ beworben. Aus diesem Grund besteht zwischen den Komponenten auch kein akzessorischer Zusammenhang derart, dass die Buchstabenfolge „FFH“ als schutzunfähig einzuordnen wäre (vgl. EuGH GRUR 2012, 616 – Strigl; BPatG, Beschl. v. 16.12.2013 – 30 W (pat) 12/12 – BGW Bundesverband der deutschen Gesundheitswirtschaft (BGW)).

Angesichts identischer Waren, jedenfalls durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und erheblicher klanglicher Ähnlichkeit der jeweils durch die Komponenten „FFH“ geprägten Vergleichszeichen ist im Streitfall Verwechslungsgefahr gegeben. Der Beschwerde war daher stattzugeben.

2. Der Widerspruch aus der geltend gemachten geschäftlichen Bezeichnung ist unzulässig.

§ 30 Abs. 1 Satz 2 MarkenV (§ 65 Abs. 1 Nr. 4 u. Abs. 2 MarkenG, § 1 Abs. 2 DPMaV) bestimmt, dass bei den weder angemeldeten noch eingetragenen Widerspruchskennzeichen die Art, die Wiedergabe, die Form, der Zeitrang, der Gegenstand sowie der Inhaber des geltend gemachten Kennzeichenrechts anzugeben sind.

Insoweit handelt es sich um zwingende Angaben, die als konstitutive Elemente eines Widerspruchs innerhalb der Frist von drei Monaten nach dem Tag der Veröffentlichung der Eintragung des angegriffenen Zeichens vorliegen müssen, s. § 42 Abs. 1 MarkenG (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 10. Aufl., § 42 Rn. 40 ff).

Die Erklärung der Widersprechenden enthält keine eindeutige Angabe zur Art des geltend gemachten Rechts. In der Widerspruchserklärung sind neben dem Oberbegriff „geschäftliche Bezeichnung“ kumulativ die im amtlichen Formblatt angebotenen Felder „Unternehmenskennzeichen“ und „Werktitel“ benannt. Auch der sonstige Inhalt der Widerspruchserklärung lässt nicht eindeutig erkennen, dass lediglich eine von beiden Zeichenarten geltend gemacht ist. Ferner bestehen keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Erhebung von zwei selbständigen Widersprüchen, zumal insoweit lediglich eine Widerspruchsgebühr entrichtet worden ist. Eine Einordnung der Zeichenart konnte auch nicht in einschränkender Auslegung der Regelung nach § 30 Abs. 1 Satz 2 MarkenV unterbleiben. Angesichts der grundsätzlichen Unterschiede zwischen den in Rede stehenden Zeichenarten, vgl. § 5 Abs. 1 und 2 MarkenG, wäre die durch § 30 Abs. 1 Satz 2 MarkenG bezweckte Identifizierung des Widerspruchsrechts andernfalls nicht erreicht.

Wie die Markenstelle zu Recht festgestellt hat, enthält die Widerspruchserklärung ferner nicht die nach § 30 Abs. 1 Satz 2 MarkenV notwendige Angabe des Zeitrangs des Widerspruchsrechts. Das nach dem verwendeten Formblatt vorgesehene Feld (s. dort unter (2)) ist frei geblieben. Dabei kann dahin gestellt bleiben, ob, wie der Wortlaut der Regelung nahe legt (vgl. auch zum Begriff „Zeitrang“ § 6 MarkenG), in diesem Zusammenhang eine taggenaue Zeitangabe erforderlich ist. Die hier allenfalls feststellbare – konkludente – Inanspruchnahme (irgend-) eines prioritätsälteren Zeitrangs genügt dem Erfordernis jedenfalls nicht, weil die Prüfung des Bestand des Widerspruchsrechts auf dieser Grundlage jedenfalls wesentlich erschwert würde. Die gegebenenfalls abweichenden verfahrensrechtlichen Anforderungen auf Gemeinschaftsebene (Eisenführ/Schennen, Gemein-

schaftsmarkenverordnung, 4. Aufl., Art. 42, Rn. 55 ff.) berühren die Auslegung der eigenständigen Regelung nach § 30 Abs. 1 MarkenV nicht. Die Markenstelle war auch nicht verpflichtet, die Widersprechende innerhalb der Widerspruchsfrist auf die insoweit klare und im amtlichen Formblatt umgesetzte Rechtslage, die zum Zeitpunkt der Widerspruchserhebung bereits über 6 Monate in Kraft war, hinzuweisen.

Weitere nach § 30 Abs. 1 Satz 2 MarkenV zwingende Angaben zur Wiedergabe und zum Gegenstand, für den das geltend gemachte Kennzeichen benutzt worden ist, lassen sich allenfalls dem als Anlage zur Widerspruchserklärung übermittelten Dokument, das einen Homepage-Auszug mit verschiedenen Programmhinweisen, Werbeanzeigen und anderen Inhalten wiedergibt, entnehmen. Ob diese Angaben über zureichende Eindeutigkeit verfügen, woran beträchtliche Zweifel bestehen, braucht im Hinblick auf genannten Mängel allerdings nicht entschieden zu werden.

Die Beschwerde blieb daher ohne Erfolg.

3. Zur Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bestand im Beschwerdeverfahren kein Anlass. Dem Widerspruch aus der geschäftlichen Bezeichnung kommt insofern keine selbständige Bedeutung zu. Daher trägt jeder Beteiligte die ihm erwachsenen Kosten selbst, s. § 7 Abs. 1 MarkenG

4. Die Rechtbeschwerde war nicht zuzulassen, § 83 Abs. 2 MarkenG. Insbesondere steht die Entscheidung über den Widerspruch aus der eingetragenen Widerspruchsmarke nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (GRUR 2008, 719 – idw Informationsdienst Wissenschaft), da im Streitfall gerade keine innerer Zusammenhang zwischend den Komponenten der angegriffenen Marke besteht und sich daher nicht die Frage stellt, ob ein derartiger Zusammenhang im Einzelfall der prägenden Gewichtung des Buchstabenbestandteils entgegensteht.

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss können die am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde einlegen. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Dr. Albrecht

Hermann

Schmid

Hu