



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 13/14

Aktenzeichen

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2011 043 337

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts im schriftlichen Verfahren am 26. Juli 2017 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Dr. Mittenberger-Huber sowie der Richterinnen Akintche und Seyfarth

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wortmarke

sport11

ist am 5. August 2011 angemeldet und am 9. Januar 2012 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register eingetragen worden für die Waren und Dienstleistungen der

Klasse 16: Zeitungen;

Klasse 35: Werbung, Vermietung von Werbeflächen im Internet.

Gegen die Eintragung dieser Marke, die am 10. Februar 2012 veröffentlicht wurde, hat die Beschwerdeführerin Widerspruch erhoben aus zwei Kennzeichen, nämlich

1. aus ihrer farbig (schwarz, weiß, orange, gelb) ausgestalteten Wort-/Bildmarke 30 2010 001 764



die am 5. Januar 2010 angemeldet und am 4. März 2010 eingetragen wurde für zahlreiche Waren und Dienstleistungen aus den Klassen 9, 16, 24, 25, 26, 28, 35, 38, 41, 42 und 45, unter anderem auch für die Waren und Dienstleistungen der

Klasse 16: Druckereierzeugnisse;

Klasse 35: Werbung; Vermietung von Werbeflächen, auch im Internet sowie von Werbezeit in Kommunikationsmedien;

2. aus ihrem Unternehmenskennzeichen

Sport1 GmbH

das sie seit dem 29. März 2010 als solches im geschäftlichen Verkehr unter anderem für

„Druckereierzeugnisse, Werbung; Vermietung von Werbeflächen im Internet“

benutze. Dem beigefügten Handelsregisterauszug ist zu entnehmen, dass die Widersprechende seit 29. März 2010 unter „Sport1 GmbH“ firmiert; als Unternehmensgegenstand war bis 30. Juli 2010 „Betrieb eines Fernsehsenders sowie alle damit zusammenhängenden Geschäfte“ und ist seitdem „Betrieb von Fernsehsendern und Entwicklung, Vermarktung und Veranstaltung jedweder digitaler Medien und Mediendienste“ eingetragen.

Mit Beschluss vom 26. November 2013 hat die Markenstelle für Klasse 16 des DPMA die Verwechslungsgefahr sowohl zwischen der angegriffenen Marke und

der Widerspruchsmarke als auch zwischen der angegriffenen Marke und dem Unternehmenskennzeichen der Widersprechenden verneint und die Widersprüche zurückgewiesen.

Die Vergleichswaren und -dienstleistungen seien zwar identisch. Dennoch bestehe keine Verwechslungsgefahr; dies gelte selbst dann, wenn der Widerspruchsmarke eine erhöhte Kennzeichnungskraft zugebilligt werden würde. Denn der Zeichenbestandteil „11“ in der angegriffenen Marke und der Zeichenbestandteil „1“ in der Widerspruchsmarke führten zu einem ausreichenden Abstand in klanglicher, schriftbildlicher und begrifflicher Hinsicht, so dass eine unmittelbare Verwechslungsgefahr nicht zu besorgen sei. Auch eine Verwechslungsgefahr aufgrund gedanklichen Inverbindungbringens bestehe nicht. Bei der Widerspruchsmarke handle es sich um eine Wort-/Bildmarke, bei der angegriffenen Marke dagegen um eine Wortmarke, so dass die jüngere Marke nicht wie eine Spezifizierung der älteren Marke wirke. Die Marke „sport11“ reihe sich auch nicht in eine Markenserie der Widersprechenden mit den Bestandteilen Sport1 ein, denn es enthalte dieses Element nicht in abgegrenzter Form. Zudem sei der gemeinsame Bestandteil „sport“ kennzeichnungsschwach, sodass auch dieses Element sich nicht dafür eigne, als Hauptbestandteil einer Serie zu dienen. Für andere Arten der Verwechslungsgefahr bestünden keine hinreichenden Anhaltspunkte. Schließlich bestehe auch kein Lösungsanspruch nach §§ 5 Abs. 2, 12, 15 MarkenG.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden.

Sie trägt vor, dass zwischen den Waren und Dienstleistungen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke vollständige Identität bestehe. Angesprochener Verkehrskreis sei der sportinteressierte Verkehr und damit der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Endverbraucher. Es liege, anders als die Markenstelle meine, eine schriftbildliche und klangliche Ähnlichkeit zwischen der Widerspruchsmarke und der angegriffenen Marke vor, so dass eine unmittelbare Verwechslungsgefahr zu bejahen sei. Darüber hinaus sei das Widerspruchs-

zeichen „sport1“ vollständig in dem angegriffenen Zeichen übernommen worden und habe in diesem aufgrund der langjährigen Benutzung und der dadurch entstandenen erhöhten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke eine selbständig kennzeichnende Stellung. Zugunsten der Widersprechenden sowie mit ihr verbundener Unternehmen seien zudem zahlreiche weitere Marken mit dem Zeichenbestandteil „sport1“ in das vom DPMA geführte Register eingetragen worden. Dadurch bestehe zumindest eine mittelbare Verwechslungsgefahr zwischen der Widerspruchsmarke und der angegriffenen Marke.

Entsprechende Argumente führt die Beschwerdeführerin auch hinsichtlich einer Verwechslungsgefahr zwischen der angegriffenen Marke und dem Unternehmenskennzeichen an. Mit Schriftsatz vom 10. Februar 2017 hat sie Unterlagen zum Nachweis der Benutzung ihres geltend gemachten Unternehmenskennzeichens in den Geschäftsfeldern „Druckereierzeugnisse, Werbung; Vermietung von Werbeflächen im Internet“ vorgelegt. Aufgrund der vorgelegten Nachweise, der Bekanntheit des Fernsehsenders „Sport1“, dem Betrieb des im deutschsprachigen Bereich führenden (Online-)Sportportals „Sport1“ und der langjährigen Benutzung verfüge auch ihr Unternehmenskennzeichen über eine gesteigerte Kennzeichnungskraft.

Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle vom 26. November 2013 aufzuheben und die Eintragung der angegriffenen Marke zu löschen.

Die Beschwerdegegnerin und Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen.

Zutreffend habe die Markenstelle eine Verwechslungsgefahr zwischen den sich jeweils gegenüberstehenden Kennzeichen abgelehnt. Das Wort „Sport“ besitze eindeutig eine Kennzeichnungsschwäche, so dass sich der Verkehr verstärkt an

den Zahlen orientiere. Vergleiche man die Marken trete schon optisch ein deutlicher Unterschied zu Tage. Bezüglich des Unternehmenskennzeichens finde sich neben den Zahlen und dem gesellschaftsrechtlichen Zusatz „GmbH“ auch eine Unterscheidung in dem Element „Sport/sport“, ausgelöst durch Groß- und Kleinschreibung. Die schriftbildliche Wahrnehmung sei daher geeignet, eine Verwechslung auszuschließen. Sie ist ferner der Auffassung, dass der Vortrag der Widersprechenden und die von ihr auch ergänzend eingereichten Unterlagen eine gesteigerte Kennzeichnungskraft für die Widerspruchswaren „Druckereierzeugnisse“ und die Widerspruchsdienstleistungen „Werbung“ nicht zu belegen vermögen, weil Angaben zu Auflagenstärke, Umsatzangaben, Marktanteilen und Angaben zur Bekanntheit weiterhin fehlten. Sie weist ferner darauf hin, dass sie selbst ausweislich der Gewerbeanmeldung bereits seit dem Jahr 2005 unter der Bezeichnung „sport11“ tätig sei; diese Tätigkeit erstrecke sich im Wesentlichen auf das Betreiben eines Online-Magazins unter der Bezeichnung „sport11 ...das regionale Sportportal.!“. Dagegen sei die Beschwerdeführerin unter der jetzigen Marke erst am 11. April 2010 durch Zusammenschluss entstanden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die gemäß § 66 MarkenG zulässige Beschwerde der Widersprechenden ist unbegründet.

Zwischen der angegriffenen Wortmarke 30 2011 043 337 und der älteren Wort-/Bildmarke 30 2010 001 764 besteht keine Verwechslungsgefahr, so dass ein Löschungsanspruch der Widersprechenden nach §§ 43 Abs. 2 Satz 1, 42 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG zu verneinen ist. Ferner sind auch die Voraussetzungen für die Löschung der angegriffenen Marke wegen des Widerspruchs aus dem Unternehmenskennzeichen nach §§ 43 Abs. 2 Satz 1, 42 Abs. 2 Nr. 4 i. V. m. §§ 12, 5, 15 Abs. 2 und Abs. 4 MarkenG nicht gegeben, weil die Be-

schwerdeführerin und Widersprechende das Bestehen eines solchen älteren Kennzeichens für die hier geltend gemachten Geschäftsfelder nicht im erforderlichen Umfang nachgewiesen hat. Die Beschwerde der Widersprechenden muss daher erfolglos bleiben.

Soweit die Beschwerdegegnerin darauf hinweist, dass sie ausweislich der Gewerbeanmeldung bereits seit dem Jahr 2005 unter der angegriffenen Bezeichnung „sport11“ (nämlich „sport11 ...das regionale Sportportal!“ für ein Online-Magazin) tätig ist - also deutlich früher als die Beschwerdeführerin unter ihrem jetzigen Widerspruchskennzeichen -, ist dieses Vorbringen im hiesigen Beschwerdewiderspruchsverfahren unbeachtlich; der darin offensichtlich liegende Einwand, der Inhaberin der angegriffenen Marke stünden ihrerseits möglicherweise ältere Kennzeichenrechte zu, könnte allenfalls im Wege einer Eintragungsbewilligungsklage (§ 44 MarkenG) bzw. einer Löschungsklage (§ 55 MarkenG) geltend gemacht werden (vgl. hierzu Kirschneck in Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl., § 42 Rn. 62).

A. Widerspruch aus Wort-/Bildmarke 30 2010 001 764

Der zulässige Widerspruch aus der Marke 30 2010 001 764 ist unbegründet, weil eine Verwechslungsgefahr zwischen den Vergleichsmarken nicht vorliegt.

Die Frage der Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG ist nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der zueinander in Wechselbeziehung stehenden Faktoren der Ähnlichkeit der Marken, der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen sowie der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke zu beurteilen, wobei insbesondere ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Marken durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen oder durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (EuGH GRUR 2010, 1098 Rn. 44 – Calvin Klein/

HABM; GRUR 2010, 933 Rn. 32 – Barbara Becker; GRUR 2006, 237 Rn. 18 - PICARO/PICASSO; BGH GRUR 2012, 1040 Rn. 25 – pjur/pure; GRUR 2010, 235 Rn. 15 – AIDA/AIDU; GRUR 2009, 484 Rn. 23 – METROBUS; GRUR 2008, 905 Rn. 12 – Pantohexal; GRUR 2008, 258 Rn. 20 – INTERCONNECT/T-Inter-Connect; GRUR 2006, 859 Rn. 16 – Malteserkreuz I; GRUR 2006, 60 Rn. 12 - coccodrillo m. w. N.). Darüber hinaus können für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr weitere Faktoren relevant sein, wie u. a. etwa die Art der Ware oder Dienstleistung, die im Einzelfall angesprochenen Verkehrskreise und daraus folgend die zu erwartende Aufmerksamkeit und das zu erwartende Differenzierungsvermögen dieser Verkehrskreise bei der Wahrnehmung der Kennzeichen.

1. Ausgehend von der hier maßgeblichen Registerlage besteht zwischen den sich gegenüberstehenden Waren und Dienstleistungen Identität. Die Waren der Klasse 16 „*Zeitungen*“ der angegriffenen Marke sind von dem Oberbegriff „*Druckereierzeugnisse*“ der Klasse 16 der Widerspruchsmarke umfasst. Die Dienstleistungen der Klasse 35 „*Werbung, Vermietung von Werbeflächen im Internet*“ der angegriffenen Marke sind identisch bzw. nahezu wortgleich im Verzeichnis der Widerspruchsmarke enthalten.
2. Die Widerspruchsmarke verfügt von Haus aus über eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft. Ausreichende Anhaltspunkte für eine Schwächung oder Steigerung der Kennzeichnungskraft sind nicht erkennbar.

Zwar handelt es sich bei dem in der älteren Marke enthaltenen Wortbestandteil „SPORT“ um eine schutzunfähige, weil beschreibende Angabe, was im Übrigen gleichermaßen für den Bestandteil „sport“ in der angegriffenen Marke gilt. In Kombination mit der nachgestellten, grafisch ausgestalteten Zahl 1 ist jedoch die Widerspruchsmarke nicht beschreibend oder werblich anpreisend. Es lässt sich nicht feststellen, dass „SPORT1“ bei den hier relevanten Widerspruchswaren und -dienstleistungen nur als Hinweis auf eine Spitzenstellung oder als Hinweis auf ein einziges Sportangebot verstanden wird. Auch lässt sich nicht

feststellen, dass bei den Waren „Druckereierzeugnisse“ oder den Dienstleistungen „Werbung, Vermietung von Werbeflächen, auch im Internet sowie von Werbezeit in Kommunikationsmedien“ die Eins nur als Ordnungszahl verstanden wird. Schließlich kommt die Wort-/Zahlkombination nicht als Themen- und Inhaltsangabe in Betracht. Von einer Kennzeichnungsschwäche der grafisch ausgestalteten Widerspruchsmarke insgesamt ist daher nicht auszugehen.

Umgekehrt ist der Widerspruchsmarke aber auch keine erhöhte Kennzeichnungskraft beizumessen, weil eine solche von der Beschwerdeführerin nicht ausreichend belegt ist.

Für die Annahme einer erhöhten Kennzeichnungskraft durch eine gesteigerte Verkehrsbekanntheit bedarf es hinreichend konkreter Angaben zum Marktanteil, zu Intensität, geografischer Verbreitung und Dauer der Benutzung der Marke, zum Werbeaufwand des Unternehmens inklusive Investitionsumfang zur Förderung der Marke sowie gegebenenfalls zu demoskopischen Befragungen zwecks Ermittlung des Anteils der beteiligten Verkehrskreise, die Waren und Dienstleistungen auf Grund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen (BGH GRUR 2008, 903 Rn. 13 – SIERRA ANTIGUO). Die Voraussetzungen für die erhöhte Kennzeichnungskraft müssen im Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke vorgelegen haben und zum Zeitpunkt der Entscheidung noch fortbestehen.


Es kann dahinstehen, ob die Kennzeichnungskraft wegen der geltend gemachten langjährigen Benutzung der Widerspruchsmarke im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Fernsehsenders und eines Sportinformationsportals hierfür gesteigert ist; denn jedenfalls fehlen die erforderlichen konkreten Angaben in Bezug zu den die Identität begründenden Widerspruchswaren und -dienstleistungen „Druckereierzeugnisse“ und „Werbung, Vermietung von Werbeflächen, auch im Internet sowie von Werbezeit in Kommunikationsmedien“.

Es ist daher von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft auszugehen.

3. Die relevanten Waren der Klasse 16 „Zeitungen“ richten sich an den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Endverbraucher. In Bezug auf die Dienstleistungen der Klasse 35 „Werbung, Vermietung von Werbeflächen im Internet“ sind die angesprochenen Verkehrskreise Unternehmer sowie Angehörige der unternehmerischen Führungsebene. Daher ist insoweit ein etwas höherer Grad an Aufmerksamkeit anzunehmen.
4. Bei dieser Ausgangslage hat die angegriffene Marke zur Vermeidung einer markenrechtlich relevanten Verwechslungsgefahr einen deutlichen Abstand zur Widerspruchsmarke einzuhalten; diesen Anforderungen an den Markenabstand wird sie aber gerecht.

a) In schriftbildlicher Hinsicht unterscheiden sich die angegriffene Marke „sport11“ und die Widerspruchsmarke  ausreichend voneinander.

Die angegriffene Marke ist eine Wortmarke, so dass dem Markenvergleich insoweit alle verkehrüblichen Wiedergabeformen – hier z. B. auch SPORT11 oder Sport11 – zugrunde gelegt werden können. Im Gegensatz dazu handelt es sich bei der Widerspruchsmarke um eine Wort-/Bildmarke mit einer besonderen grafischen Ausgestaltung dahingehend, dass das Wort „SPORT“ in weißer Schrift auf dunklem Grund gehalten ist. Der dunkle Grund ist in Form eines Parallelogramms ausgestaltet, am rechten Ende sind ein gelber schräger Strich sowie ein gelber senkrechter Strich, die zusammen eine „1“ zeigen, zu erkennen. Anders als die Beschwerdeführerin meint, wird die Grafik der älteren Marke in das visuelle Erinnerungsbild mit aufgenommen und kann beim Markenvergleich nicht unberücksichtigt bleiben, so dass eine entsprechende Unterscheidbarkeit dadurch ohne weiteres gegeben ist.

b) Ebenso unterscheidet sich die angegriffene Marke „sport11“ in klanglicher Hinsicht ausreichend von der Widerspruchsmarke .

Bei der Feststellung des klanglichen Gesamteindrucks einer Wort-/Bildmarke - wie hier der Widerspruchsmarke - ist von dem in ständiger Rechtsprechung anerkannten Erfahrungssatz auszugehen, dass der Wortbestandteil - sofern er kennzeichnungskräftig ist - den Gesamteindruck prägt, weil er die einfachste Möglichkeit bietet, die Marke zu benennen (vgl. BGH, GRUR 2014, 378 Rn. 39 – OTTO CAP). Zudem ist für den phonetischen Zeichenvergleich maßgeblich, wie die Marken von den angesprochenen Verkehrskreisen mündlich wiedergegeben werden, wenn sie die Marke in ihrer registrierten Form vor sich haben. Die klangliche Wiedergabe kann dabei auch durch die grafische Gestaltung der Marke beeinflusst werden. Grafisch gestaltete Markenbestandteile können daher wegen unsicherer oder schwieriger Aussprache hinter klar und eindeutig auszusprechenden Bestandteilen zurücktreten (BPatGE 51, 261 – pn print-net/PRINECT; Hacker in Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl., § 9 Rn. 280).

Eine Prägung und damit Benennung beider Marken nur durch den Wortbestandteil „Sport/sport“ - wie auch ein klanglicher Vergleich von „sport11“ und „Sport“ - ist aus Rechtsgründen nicht möglich. Bei dem in der älteren Marke enthaltenen Wortbestandteil „Sport“ handelt es sich um eine schutzunfähige, nicht unterscheidungskräftige und freihaltebedürftige Angabe, so dass dem Wort „Sport“ allein aus normativen Gründen die Eignung zur Prägung abgesprochen werden muss. Ein schutzunfähiger Einzelbestandteil ohne Kennzeichnungskraft kann nämlich aus Rechtsgründen eine Prägung des Gesamteindrucks einer kombinierten Marke nicht bewirken (vgl. BGH GRUR 2013, 68, Rn. 43 – Castell/VIN CASTEL; GRUR 2007, 1071, Rn. 36, 37 – Kinder II).

Da die gelben Striche in relevantem Umfang als Zahl 1 erkannt werden, ist mit einer Benennung der Widerspruchsmarke mit der kennzeichnungskräftigen Wort-/Zahlkombination „Sport1“ zu rechnen. Die angegriffene Wortmarke

„sport11“ wird zweifellos „sport-elf“ ausgesprochen; eine Benennung mit „sport eins eins“ liegt aus Sicht des Senats fern.

Stehen sich demnach bei einem klanglichen Vergleich die Wörter „sport11“, ausgesprochen „sport-elf“, und „Sport1“, ausgesprochen „sport-eins“, gegenüber, stimmen zwar die Wortanfänge überein, allerdings ist der übereinstimmende Bestandteil „Sport“/„sport“ schutzunfähig bzw. kennzeichnungsschwach. Das Hauptaugenmerk wird daher auf die abweichenden Angaben, also die nachfolgenden Zahlen gelegt. Der angesprochene Verkehr wird – weil sich ihm die Bedeutung der abweichenden Zahlen sofort aufdrängt und dies die Unterscheidbarkeit erleichtert – die Unterschiede von „Sport eins“ und „sport elf“ ohne weiteres bemerken, so dass er die Marken klanglich nicht füreinander hält.

c) Angesichts der unterschiedlichen Zahlenwerte ist auch nicht von einer begrifflichen Markenähnlichkeit auszugehen.

Eine unmittelbare Verwechslungsgefahr ist daher nicht zu bejahen.

d) Auch eine Verwechslungsgefahr durch gedankliches Inverbindungbringen im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 HS. 2 MarkenG ist nicht zu besorgen.

Eine Serienmarkenverwechslung kommt nicht in Betracht. Die Beschwerdeführerin hat vorliegend zwar 21 Marken aufgeführt, die den Bestandteil „SPORT1“ enthalten. Von diesen 21 Marken wurden allerdings lediglich acht Marken vor dem Anmeldetag der angegriffenen Marke angemeldet. Zudem sind diese Marken nicht nach einem bestimmten Prinzip einheitlich gebildet und ist zur Benutzung der geltend gemachten Serie nicht ausreichend vorgetragen worden. Nicht zuletzt wäre dies auch unbehelflich, weil sich die angegriffene Marke ohnehin nicht in eine solche Zeichenserie einfügen würde; denn die als Stammbestandteil allenfalls in Betracht kommende Kombination „sport1“ ist schon nicht eigenständig identisch oder wesensgleich in die angegriffene Marke übernommen

worden. Aus dem gleichen Grund ist schließlich eine Markenurpation nicht zu bejahen.

Anhaltspunkte für andere Arten der Verwechslungsgefahr sind weder vorgetragen noch erkennbar.

B) Widerspruch aus dem Unternehmenskennzeichen „Sport1 GmbH“

Der Widerspruch aus dem geltend gemachten Unternehmenskennzeichen dringt ebenfalls nicht durch.

1. Der Widerspruch ist zwar zulässig; die obligatorischen Angaben, die nach § 65 Abs. 1 Nr. 4 MarkenG i. V. m. § 30 Abs. 1 S. 2 MarkenV zur Identifizierung bzw. Spezifizierung des geltend gemachten Widerspruchskennzeichens innerhalb der Widerspruchsfrist gefordert werden, sind im Widerspruchsschriftsatz vom 10. Mai 2012 und der mitübersandten Anlage enthalten.

Soweit im Amtsverfahren zunächst bezüglich des angegebenen Gegenstands des hier geltend gemachten Unternehmenskennzeichens Zulässigkeitsbedenken geäußert (im Beschluss aber nicht mehr thematisiert) wurden, greifen diese nicht. Als Tätigkeits- bzw. Geschäftsbereich, für die das Unternehmenskennzeichen geschützt sein solle, sind bei Einlegung des Widerspruchs ausdrücklich folgende Angaben zu finden: „Der Widerspruch stützt sich auf sämtliche Waren/Dienstleistungen, für die das Unternehmenskennzeichen benutzt wurde, u. a. *„Druckereierzeugnisse, Werbung, Vermietung von Werbeflächen im Internet“*. Weitere Bereiche, für die das Kennzeichenrecht benutzt worden sei, sind nicht aufgeführt. Dass demgegenüber im beigefügten Handelsregisterauszug als Gegenstand des Unternehmens seit 30. Juli 2010 die Angabe *„Betrieb von Fernsehsendern und Entwicklung, Vermarktung und Veranstaltung jedweder digitaler Medien und Mediendienste“* aufgeführt ist, gibt zu Zweifeln an der Zulässigkeit des Widerspruchs keinen Anlass. Durch die konkrete Nennung der

Tätigkeitsgebiete *Druckereierzeugnisse, Werbung, Vermietung von Werbeflächen im Internet* innerhalb der Widerspruchsfrist ist die Widersprechende (nur) insoweit ihrer Verpflichtung aus § 30 MarkenV für die erforderliche eindeutige Identifizierung des Rechts nachgekommen (für weitere Tätigkeitsfelder jedoch nicht). Ob dann für diese Geschäftsfelder tatsächlich ein prioritätsälteres Kennzeichenrecht nach § 5 Abs. 2 MarkenG bestand und weiterhin besteht, ist eine Frage der Begründetheit des Widerspruchs.

Nach Ablauf der Widerspruchsfrist kann die Widersprechende im Übrigen ihren Widerspruch nicht mehr in zulässiger Weise dahingehend erweitern, dass sie unter ihrem Unternehmenskennzeichen auch in anderen Geschäftsfeldern tätig ist und war (vgl. hierzu BPatG, Beschluss vom 15.05.2014, 30 W (pat) 26/12).

2. Der Widerspruch ist nicht begründet. Die Eintragung einer Marke kann auf einen Widerspruch nach § 42 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG gelöscht werden, wenn ein anderer prioritätsältere Rechte an einer geschäftlichen Bezeichnung erworben hat und diese ihn berechtigen, die Benutzung der eingetragenen Marke im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zu untersagen.

Die Voraussetzungen für eine Löschung der angegriffenen Marke sind deshalb nicht erfüllt, weil die Widersprechende und Beschwerdeführerin schon den Bestand des von ihr geltend gemachten älteren Kennzeichenrechts, nämlich eine Geschäftstätigkeit unter ihrem Unternehmenskennzeichen „**Sport1 GmbH**“ im Bereich der „Druckereierzeugnisse“ und „Werbung/Vermietung von Werbeflächen“ nicht ausreichend belegt hat.

- a) Nach § 5 Abs. 1 MarkenG werden als geschäftliche Bezeichnungen neben Werktiteln auch Unternehmenskennzeichen geschützt. Das sind Zeichen, die im geschäftlichen Verkehr als Name, als Firma oder als besondere Bezeichnung eines Geschäftsbetriebs oder eines Unternehmens benutzt werden (§ 5 Abs. 2 MarkenG). Das Unternehmenskennzeichenrecht entsteht im Falle einer originär

kennzeichnungskräftigen Bezeichnung - wovon im vorliegenden Fall bei „Sport1 GmbH“ auszugehen ist – durch ihren tatsächlichen namensmäßigen Gebrauch im geschäftlichen Verkehr unabhängig vom Umfang der Benutzung (BGH GRUR 2013, 1150 Rn. 34 – Baumann; GRUR 2009, 685 Rn. 17 – ahd.de). Erforderlich ist eine nach außen in Erscheinung tretende Benutzung als Hinweis auf das Unternehmen, die auf den Beginn einer dauerhaften wirtschaftlichen Betätigung schließen lässt (BGH GRUR 2008, 1099 Rn. 36 – afillias.de; Hacker in Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl., § 5 Rn. 51). Unterscheidungskräftig ist eine geschäftliche Bezeichnung allgemein dann, wenn der Verkehr sie als namensmäßigen Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen versteht (Hacker in Ströbele/Hacker, a. a. O., § 5 Rn. 34). Dabei genügt es, dass sich ein ausschließlich unternehmensbeschreibender Sinngehalt nicht feststellen lässt (BGH GRUR 2008, 1104 Rn. 17 – Haus & Grund II).


Ungeachtet des im patentgerichtlichen Verfahren geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes obliegt es in Fällen, in denen ein Widerspruch aus einem nicht registrierten, sondern durch Benutzung entstandenen Recht erhoben wurde, dem Widersprechenden, die Voraussetzungen für das Entstehen des älteren Rechts, seinen Zeitrang und seine Inhaberschaft an diesem Recht darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen. Soweit vorgetragene Tatsachen nicht liquide sind, sind diese also durch die in den §§ 371 ff. ZPO vorgesehenen Beweismittel zu belegen (vgl. BPatG, Beschluss vom 23.05.2017, 25 W (pat) 94/14; Beschluss vom 03.02.2016, 29 W (pat) 25/13; Kirschneck in Ströbele/Hacker, a. a. O., § 42 Rn. 59, 60).

b) Das geltend gemachte Widerspruchskennzeichen „Sport1 GmbH“ ist seit 29. März 2010 als Firmenname im Handelsregister eingetragen. Da sich die Widersprechende innerhalb der Widerspruchsfrist im Hinblick auf den Gegenstand des Unternehmenskennzeichens auf den Tätigkeitsbereich im Zusammenhang mit Druckereierzeugnissen und Werbung/Vermietung von Werbeflächen festgelegt hat, muss insoweit ein prioritätsbesseres Recht der Widerspre-

chenden an diesem Firmennamen zum Kollisionszeitpunkt, dem Tag der Anmeldung der angegriffenen Marke (5. August 2011), bestanden haben und - ohne relevante Unterbrechung - noch im Zeitpunkt der Entscheidung über den Widerspruch bestehen. Belastbare bzw. aussagekräftige Angaben oder Beweismittel für dieses Tätigkeitsspektrum des Unternehmens hat die Beschwerdeführerin, die wohl in erster Linie ein Online-Sportportal und einen Fernsehsender betreibt, aber nicht vorgebracht bzw. eingereicht.

Der Senat hat in seinem Verfahrenshinweis an die Beteiligten vom 13. Dezember 2016 (Bl. 41-44 d. A.) bereits darauf hingewiesen, dass ein Unternehmenskennzeichen nicht für das genannte und hier allein relevante Geschäftsfeld ausreichend dargelegt und belegt sei. Nochmalige oder weitergehende richterliche Hinweise - um die die Beschwerdeführerin für den Fall gebeten hat, dass weitere Belege für erforderlich gehalten werden - waren wegen der Neutralitätspflicht nicht angebracht. Es ist nicht Aufgabe des erkennenden Gerichts - über den im Laufe des Verfahrens bereits schriftlich erteilten Hinweis hinaus - die Beschwerdeführerin zu beraten und ihr mitzuteilen, in welchem Punkt weitere Beweismittel bzw. weiterer Vortrag notwendig sind.

aa) In dem Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 10. Februar 2017 wird anwaltlich vorgetragen, dass die Beschwerdeführerin seit ihrer Umfirmierung von „DSF“ zu „Sport1“ sowohl vor dem Anmeldetag der angegriffenen Marke als auch danach fortwährend *Druckereierzeugnisse* vertrieben habe.

Zum Nachweis dieser Angabe legt sie eine Publikation aus dem Jahr 2011 vor (Anlage B 3), nämlich ihren „Sport1- Formel1 und Tourenwagen Timer“, den sie in fünfstelliger Auflage herausgebracht und vertrieben habe. Da die Formel1-Saison jährlich im März beginne, sei der Timer 2011 daher vor dem Anmeldetag erschienen. Auf der oberen rechten Ecke der Titelseite ist „SPORT1“ in der Ausgestaltung der Widerspruchsmarke  angebracht; in dem Heft finden sich neben Informationen über die Formel 1-Saison in einer Art Werbeanzeigen

auf Seiten 4 und 5 Hinweise auf das TV-, Internet- und Mobile-Angebot der Widersprechenden, auf Seite 19 eine Vorankündigung für einen „Frauen Fussball WM Timer 2011“, der ab Juni 2011 im Handel erhältlich sein soll sowie auf Seite 113 eine Vorankündigung für einen „Bundesliga Timer 2011/2012“, der ab Juli 2011 im Handel erhältlich sein soll; beide angekündigten Timer waren auch telefonisch oder online bei der Firma MEDIA CONSULTA bestellbar. Dem Impressum ist zu entnehmen, dass der Formel 1 und Tourenwagen Timer 2011 bei „MEDIA CONSULTA Sport & Entertainment GmbH“ erscheint, allein deren Adress- und Kontaktdaten sind aufgeführt. Als Herausgeber ist der Geschäftsführer dieser Firma genannt. Zwar findet sich am Ende des Impressums auch der Hinweis „In Kooperation mit Sport 1“, um welche Art der Kooperation es sich dabei handelt, ist und bleibt unklar. Der Vortrag, dass die Beschwerdeführerin unter ihrem Unternehmenskennzeichen als Verlegerin zum Zeitpunkt der Anmeldung im August 2011 tätig war, einerseits und die Angaben in dem eingereichten Druckerzeugnis andererseits sind daher nicht widerspruchsfrei; ergänzende Beweisangebote wurden nicht gemacht.

Zum weiteren Nachweis hat die Beschwerdeführerin ferner die Verpackung eines „Sport1-Surfsticks“ samt dessen Bedienanleitung sowie den Original-USB-Stick (Anlage B8) eingereicht; ausweislich dieser Verpackung (Anlage B4) bzw. der diesem Programmpaket beiliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Sport1 Deutschland GmbH und dem Inhalt der Bedienanleitung, werde dieser seit Mai 2010 benutzt. Ungeachtet der Frage, ob hierin eine Benutzung als Unternehmenskennzeichen seit Mai 2010 vorliegt (woran kaum Zweifel bestehen), kann jedenfalls hierdurch nicht eine Betätigung im Geschäftsbereich der Druckereierzeugnisse belegt werden, sondern allenfalls für den Bereich der Telekommunikation im Zusammenhang mit dem Sport-Onlineportal.

Die schließlich vorgelegten „Sport1“ Bundesliga-Sonderhefte für die Fußball-Saisons 2012/2013 und 2013/2014 (Anlage B5) belegen, dass sich die Wider-

sprechende seit 2012 im Bereich der Druckereierzeugnisse betätigt; insoweit findet sich im Impressum der vorgelegten Sonderhefte bei der Angabe des Verlegers die SPORT1 GmbH. Die Widersprechende hat aber weder vorgetragen noch ansonsten geltend gemacht, dass sie solche Magazine vor diesem Zeitpunkt herausgegeben oder vertrieben hat. Der erstmalige Erscheinungszeitpunkt der Magazine im Jahr 2012 wird vielmehr - über den bereits im Amtsverfahren von der Widersprechenden selbst vorgelegten Artikel „Sport1 goes Print!“ von der Homepage der Constantin Sport Marketing (Bl. 136 d. VA.) hinaus - bestätigt durch einen Internetartikel vom August 2012 (www.dwdl.de/Nachrichten) mit der Überschrift „Bundesliga-Heft: Sport1 geht erstmals an den Kiosk“, in dem u.a. zu lesen ist: „Sport1 gibt's nun nicht mehr nur im Fernsehen und online, sondern erstmals auch gedruckt am Kiosk... Thilo Proff, Sportvorstand bei Constantin Medien und Geschäftsführer von Sport1: ...Mit geballtem Fußball-Know-how informieren und unterhalten wir die Fans damit über unsere TV-, Online- und Mobile-Angebote hinaus nun auch im Print. Sport1 gibt's also erstmals ‚gedruckt!‘. Als Grund für die Erstauflage 2012 wird explizit der Beginn der 50. Spielzeit der Bundesliga genannt, die nach einem Beschluss des Deutschen Fußball-Bundes vom 28. Juli 1962 zur Saison 1963/1964 eingeführt wurde.

Von einer Benutzungsaufnahme von „Sport1 GmbH“ als Unternehmenskennzeichen im Zusammenhang mit Druckereierzeugnissen bereits vor August 2011 kann nach alledem nicht ausgegangen werden. Auf die Frage, ob eine entsprechende (Fort)Benutzung des Unternehmenskennzeichens insoweit ohne relevante Unterbrechung in den Jahren 2015, 2016 und bis zum jetzigen Zeitpunkt stattgefunden hat, kommt es daher nicht mehr an.

bb) Auch soweit die Beschwerdeführerin in dem Schriftsatz vom 10. Februar 2017 vorträgt, dass sie als privates Medienunternehmen klassischerweise einen erheblichen Teil ihrer Einnahmen über *Werbung, Annoncen und die Vermietung von Werbeflächen* erzielt, reichen der Vortrag und die vor-

gelegten Unterlagen nicht aus, um insoweit ausreichende Feststellungen zum ununterbrochenen Bestand des von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Kennzeichenrechts zu treffen.

Die eingereichten vier Verträge bzw. Vereinbarungen (Anlagenkonvolut B7) über die Erbringung von Werbedienstleistungen mit der A... AG sowie mit dem S... vor und nach dem Anmeldetag der angegriffenen Marke - nämlich für die Zeiträume 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2011, 1. Januar 2012 bis 31. Dezember 2012 - belegen zweifellos eine Geschäftstätigkeit der Widersprechenden unter ihrem Unternehmenskennzeichen „Sport1 GmbH“ im Bereich der Vermietung von Werbeflächen für diesen Zeitraum. Des Weiteren hat sie im Februar 2017 aktuelle Screenshots ihrer Webseite (Anlage B6) eingereicht, denen zu entnehmen ist, dass die Beschwerdeführerin unter ihrem Unternehmenskennzeichen Werbedienstleistungen anbietet.

Über den nur anwaltlich vorgetragenen allgemeinen Hinweis hinaus, dass ein solches Kennzeichen bestehe, fehlen allerdings Angaben oder belastbare Unterlagen (Lieferscheine, Rechnungen etc. oder auch nur eine eidesstattliche Versicherung) für die dazwischen liegenden Jahre 2013 bis 2016. Es mag naheliegend sein, dass ein Fernsehsender Werbedienstleistungen, nämlich die Vermietung von Werbeflächen bzw. -sendezeit anbietet. Dies entbindet die Beschwerdeführerin aber nicht von ihrer Verpflichtung zum Fortbestand des Unternehmenskennzeichens letztlich für jedes Jahr konkrete Tatsachen vorzubringen. Nur dann ist nämlich die Beurteilung dahingehend möglich, ob eine Unterbrechung der Benutzung vorliegt, die kennzeichenmäßige Relevanz hat, weil sie zum Erlöschen des bisher genutzten Kennzeichens führt (und ggf. das Recht erst mit späterem Zeitrang wieder entsteht) oder ob diese nur vorübergehend ist und damit unschädlich sein kann (vgl. Hacker in Ströbele/Hacker, a. a. O., § 5 Rn. 74 ff.). Allein anhand der Screenshots auch auf eine Benutzung für die davorliegenden vier Jahre rückzuschließen, ist jedenfalls nicht mehr möglich bzw. nicht gerechtfertigt.

Da es schon am Nachweis des Bestands des geltend gemachten Unternehmenskennzeichens fehlt, kommt es mithin nicht mehr auf die weiteren Fragen im Zusammenhang mit der Beurteilung der Verwechslungsgefahr zwischen den Vergleichskennzeichen, nämlich der Branchennähe bzw. Branchenidentität, der Kennzeichnungskraft des Unternehmenskennzeichens sowie der Zeichenähnlichkeit – insbesondere in schriftbildlicher Hinsicht – an.

Die Markenstelle hat daher im Ergebnis zu Recht einen bundesweiten Unterlassungsanspruch der Widersprechenden aufgrund ihres Unternehmenskennzeichens „**Sport1 GmbH**“ verneint.

Die Beschwerde bleibt nach alledem erfolglos.

Zu einer vom gesetzlichen Regelfall abweichenden Kostenentscheidung aus Billigkeitsgründen gemäß § 71 Abs. 1 S. 1 MarkenG bestand kein Anlass.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. 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, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, durch eine beim Bundesgerichtshof zugelas-

sene Rechtsanwältin oder durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt schriftlich einzulegen.

Dr. Mittenberger-Huber

Akintche

Seyfarth

Pr