URTEIL DES GERICHTS (Fünfte Kammer)

24. November 2005 *

In der Rechtssache T-3/04

Simonds Farsons Cisk plc mit Sitz in Mrieħel (Malta), Prozessbevollmächtigte: M. Bagnall, I. Wood, Solicitor, und R. Hacon, Barrister,

Klägerin,

gegen

Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM), vertreten durch A. Folliard-Monguiral als Bevollmächtigten,

Beklagter,

andere Beteiligte am Verfahren vor der Beschwerdekammer des HABM und Streithelferin vor dem Gericht:

* Verfahrenssprache: Englisch.

Spa Monopole, compagnie fermière de Spa SA/NV, mit Sitz in Spa (Belgien), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte L. de Brouwer, E. Cornu, É. De Gryse und D. Moreau,

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des HABM vom 4. November 2003 (Sache R 996/2002-1) zu einem Widerspruchsverfahren zwischen der Simonds Farsons Cisk plc und der Spa Monopole, compagnie fermière de Spa SA/NV,

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten M. Vilaras sowie der Richterinnen E. Martins Ribeiro und K. Jürimäe,

Kanzler: B. Pastor, Hilfskanzlerin,

aufgrund der am 6. Januar 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 15. April 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung,

aufgrund der am 19. April 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung der Streithelferin,

auf die mündliche Verhandlung vom 22. Februar 2005

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Am 16. Juni 2000 meldete die Streithelferin beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (im Folgenden: Amt) gemäß der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1997, L 11, S. 1) in geänderter Fassung eine Gemeinschaftsmarke an.

2 Dabei handelte es sich um folgendes Bildzeichen:



Es wurden folgende Waren der Klassen 29 und 32 des Abkommens von Nizza über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die

Eintragung von Marken vom 15. Juni 1957 in revidierter und geänderter Fassung angemeldet:

— Klasse 29: „Fruchtmark";

— Klasse 32: „Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer sowie andere alkoholfreie, fruchtsafthaltige Getränke; alkoholfreie Fruchtgetränke; alkoholfreie Fruchtextrakte, Fruchtsäfte, Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken auf Frucht-, Fruchtextrakt- oder Fruchtmarkbasis".

3 Die Anmeldung wurde im *Blatt für Gemeinschaftsmarken* Nr. 6/2001 vom 8. Januar 2001 veröffentlicht.

4 Am 30. Januar 2001 erhob die Klägerin nach Artikel 42 der Verordnung Nr. 40/94 gegen die Anmeldung Widerspruch. Der Widerspruch wurde auf die am 25. November 1996 angemeldete und am 7. April 1999 eingetragene Gemeinschaftsmarke Nr. 427237, das Wortzeichen KINNIE (im Folgenden: ältere Marke), gestützt. Diese Marke ist für die Waren „alkoholfreie Getränke; Präparate für die Zubereitung von Getränken" in Klasse 32 des Abkommens von Nizza eingetragen.

5 Der Widerspruch richtete sich gegen alle in der Anmeldung beanspruchten Waren. Mit ihm wurde das relative Eintragungshindernis nach Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 geltend gemacht.

6 Mit der Entscheidung Nr. 2880/2002 vom 27. September 2002 gab die Widerspruchsabteilung des Amtes dem Widerspruch mit der Begründung statt, es bestehe beim Publikum der Europäischen Union zwischen der Anmeldemarke und der älteren Marke angesichts der Ähnlichkeit der Zeichen und der Identität oder starken Ähnlichkeit der Waren Verwechslungsgefahr.

7 Am 27. November 2002 legte die Streithelferin gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung nach den Artikeln 57 bis 62 der Verordnung Nr. 40/94 beim Amt Beschwerde ein.

8 Mit Entscheidung vom 4. November 2003, berichtigt am 10. November 2003 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung), hob die Erste Beschwerdekammer die Entscheidung der Widerspruchsabteilung auf. Zur Begründung führte die Beschwerdekammer im Wesentlichen aus, zwar seien die betroffenen Waren identisch oder praktisch identisch, jedoch seien die Zeichen bildlich, klanglich und begrifflich nicht ähnlich; deshalb scheide eine Verwechslungsgefahr aus.

Anträge der Verfahrensbeteiligten

9 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

— die Entscheidung Nr. 2880/2002 der Widerspruchsabteilung vom 27. September 2002 zu bestätigen;

— dem Amt aufzugeben, die Anmeldung der Streithelferin zurückzuweisen;

— dem Amt und/oder der Streithelferin die Kosten des Widerspruchsverfahrens, des Verfahrens vor der Beschwerdekammer und des vorliegenden Verfahrens aufzuerlegen.

10 Das Amt beantragt,

— den vierten Antrag der Klägerin für unzulässig zu erklären, soweit mit ihm beantragt wird, dem Amt die Kosten des Widerspruchsverfahrens aufzuerlegen;

— die Klage im Übrigen abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

11 Die Streithelferin beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Entscheidungsgründe

Zur Zulässigkeit

12 Mit ihrem zweiten und dritten Antrag beantragt die Klägerin, die Entscheidung Nr. 2880/2002 der Widerspruchsabteilung zu bestätigen und dem Amt aufzugeben, die Anmeldung der Streithelferin zurückzuweisen.

13 Nach Artikel 63 Absatz 6 der Verordnung Nr. 40/94 hat das Amt die sich aus dem Urteil des Gemeinschaftsrichters ergebenden Maßnahmen zu ergreifen. Daher kann das Gericht dem Amt keine Anweisung erteilen, sondern obliegt es dem Amt, die Konsequenzen aus dem Tenor und den Gründen des vorliegenden Urteils zu ziehen. Der zweite und der dritte Antrag der Klägerin sind somit unzulässig (Urteile des Gerichts vom 8. Juli 1999 in der Rechtssache T-163/98, Procter & Gamble/HABM [BABY-DRY], Slg. 1999, II-2383, Randnr. 53, und vom 27. Februar 2002 in der Rechtssache T-34/00, Eurocool Logistik/HABM [EUROCOOL], Slg. 2002, II-683, Randnr. 12).

Zur Begründetheit

14 Die Klägerin macht die beiden Klagegründe eines Verstoßes gegen Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 und einer Verletzung von Artikel 73 der Verordnung geltend.

Zum ersten Klagegrund eines Verstoßes gegen Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

15 Die Klägerin rügt zunächst, dass die Beschwerdekammer der klanglichen und bildlichen Ähnlichkeit der Zeichen nicht genügend Gewicht beigemessen habe. Da beide Zeichen ohne Aussagegehalt seien, komme ein begrifflicher Vergleich nicht in Betracht.

16 Was den klanglichen Vergleich anbelange, so würden die Wörter „kinnie" und „kinji" in verschiedenen Sprachen der Gemeinschaft sehr ähnlich ausgesprochen. So werde im Schwedischen, Dänischen und Niederländischen das „j" genauso wie das „y" im Englischen ausgesprochen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdekammer seien die Zeichen daher klanglich ähnlich.

17 Hinsichtlich des bildlichen Vergleichs sei zu berücksichtigen, dass dann, wenn ein Zeichen aus Wort- und Bildelementen zusammengesetzt sei, der Wortbestandteil als das dominierende Element angesehen werden müsse. Die Beschwerdekammer sei außerdem fehlerhaft davon ausgegangen, dass, ausgenommen die ersten Buchstaben „kin", zwischen den Wortelementen der Zeichen keine große Ähnlichkeit bestehe. Auch die übrigen Buchstaben der beiden Wortelemente „kinji" und „kinnie" seien jedoch ihrer Form nach ähnlich. Selbst im Rahmen des bildlichen Vergleichs dürfe überdies die Aussprache der Wörter nicht außer Betracht gelassen werden. Wenn nämlich der Durchschnittsverbraucher, insbesondere mit schwedischer, dänischer oder niederländischer Muttersprache, die beiden Zeichen wahrnehme, erinnere er klanglich vage die Produktnamen, nicht aber die Form der Buchstaben dieser Namen. Deshalb hätten die Zeichen KINJI und KINNIE auch in bildlicher Hinsicht starke Ähnlichkeit.

18 Es komme hinzu, dass die Beschwerdekammer bestimmte grafische Aspekte der Anmeldemarke, so das Symbol des Waschbären und die Wiedergabe von Bambusstäben im Schriftbild des Wortelements „kinji", überbewertet habe. Damit habe die Beschwerdekammer gegen die Rechtsprechung des Gerichtshofes verstoßen, wonach im Fall einer Bildmarke dem Wortelement das größte Gewicht zukomme. Zu beachten sei dabei auch, dass der Zusatz „by SPA" von den meisten Verbrauchern nicht bemerkt werde.

19 Weiterhin habe die Beschwerdekammer nicht hinreichend berücksichtigt, dass zum einen die Waren identisch oder weitgehend identisch seien und dass zum anderen die ältere Marke als ein reiner Phantasiename eine stark erhöhte Kennzeichnungskraft besitze.

20 Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr sei die Beschwerdekammer in ihrer Entscheidung zu Unrecht von der Voraussetzung ausgegangen, dass der relevante Verbraucher die in Frage stehenden Waren in Supermärkten oder Geschäften kaufen werde, in denen er die Produkte und ihre Marken vor dem Kauf durch den Anblick überprüfen könne. Dabei würden die fraglichen Produkte im Allgemeinen in Einzelhandelsgeschäften oder Bars und Restaurants abgesetzt.

21 Was den Verkauf in Bars oder Restaurants angehe, so bestellten die Verbraucher, anders als die Beschwerdekammer es dargestellt habe, die Produkte in der Regel unter Bezugnahme auf ihre bevorzugte Marke mündlich; dabei sei es durchaus denkbar, dass die Getränke verkauft würden, ohne dass der Verbraucher die Marke jemals sehe. Wie sich aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 22. Juni 1999 in der Rechtssache C-342/97 (Lloyd Schuhfabrik Meyer, Slg. 1999, I-3819, Randnr. 28) ergebe, lasse sich nicht ausschließen, dass allein die klangliche Ähnlichkeit von Marken Verwechslungsgefahr begründe.

22 Was den Verkauf in Supermärkten angehe, so habe der Durchschnittsverbraucher dort zwar die Möglichkeit, die Produkte vor dem Kauf zu prüfen, jedoch habe die Beschwerdekammer nicht berücksichtigt, dass der Verbraucher nur selten die Möglichkeit habe, die verschiedenen Marken unmittelbar miteinander zu vergleichen, und sich daher auf das unvollkommene Bild verlassen müsse, das ihm von den Marken in Erinnerung geblieben sei.

23 Das Amt räumt ein, dass die in Frage stehenden Waren identisch oder sehr ähnlich seien, ist aber der Auffassung, dass jede Verwechslungsgefahr durch die bildlichen und begrifflichen Unterschiede zwischen den Zeichen ausgeschlossen werde.

24 Zum bildlichen Zeichenvergleich verweist das Amt darauf, dass die Zeichen aus den in der angefochtenen Entscheidung dargelegten Gründen keine bildliche Ähnlichkeit aufwiesen.

25 Hinsichtlich des begrifflichen Zeichenvergleichs sei darauf hinzuweisen, dass das Bildelement der Anmeldemarke und die Darstellung der Bambuselemente im Schriftbild von „kinji" unterscheidungskräftige Zeichenbestandteile seien, die die Idee einer exotischen Cartoonfigur, nämlich eines Waschbärs gleichen Namens, vermittelten. Vermutlich werde beim Verbraucher diese Assoziation erweckt, während die ältere Marke ohne jeden Aussagegehalt sei. Besitze aber eine der in Frage stehenden Marken einen Begriffsinhalt, während die andere ohne Aussagegehalt sei, so genüge dies für die Feststellung, dass die Zeichen begrifflich verschieden seien.

26 Was den klanglichen Vergleich betreffe, so erschienen die Marken zwar, anders als die Beschwerdekammer in der angefochtenen Entscheidung angenommen habe, möglicherweise dem Publikum bestimmter Mitgliedstaaten klanglich ähnlich. Dies allein aber mache die angefochtene Entscheidung nicht rechtswidrig, da die vorhandene klangliche Ähnlichkeit der Zeichen durch ihre bildlichen und begrifflichen Unterschiede neutralisiert werde, so dass selbst dann, wenn man der älteren Marke eine sehr hohe Kennzeichnungskraft zuerkenne, jede Verwechslungsgefahr ausgeschlossen sei.

27 Die klangliche Zeichenähnlichkeit habe außerdem geringeres Gewicht, wenn die Produkte so vertrieben würden, dass die angesprochenen Verkehrskreise die Marke gewöhnlich optisch wahrnähmen. Dies sei aber bei den Waren der Klägerin der Fall.

28 Selbst in Bars und Restaurants seien die Flaschen im Allgemeinen in Regalen hinter dem Tresen so aufgestellt, dass der Verbraucher sie mustern könne. Auch wenn im Übrigen Bars und Restaurants für alkoholfreie fruchthaltige Getränke nicht zu vernachlässigende Absatzbereiche darstellten, falle doch dieser Absatz mengenmäßig im Vergleich zu dem in Supermärkten nicht ins Gewicht.

29 Die Streithelferin schließt sich im Wesentlichen der Argumentation der Beschwerdekammer in der angefochtenen Entscheidung an. Sie macht geltend, dass die einander gegenüberstehenden Marken bildlich, klanglich und begrifflich unterschiedlich seien.

30 Im Rahmen des bildlichen Vergleichs sei auch zu berücksichtigen, dass die Wörter „by SPA" angesichts der Bekanntheit der Marke der Streithelferin in den Benelux-Ländern die Aufmerksamkeit des Verbrauchers erweckten und damit jede Verwechslungsgefahr hinsichtlich der Herkunft der Waren ausschlössen.

31 Zum klanglichen Vergleich sei darauf hinzuweisen, dass in den Ländern, in denen das „j" wie das „y" im Englischen ausgesprochen werde, die Wortmarke KINNIE mit einer längeren Endsilbe gesprochen werde, was genüge, um die Zeichen klanglich zu unterscheiden.

— Würdigung durch das Gericht

32 Gemäß Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 ist die angemeldete Marke auf Widerspruch des Inhabers einer älteren Marke von der Eintragung ausgeschlossen, wenn wegen ihrer Identität oder Ähnlichkeit mit der älteren Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die beiden Marken erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen in dem Gebiet besteht, in dem die ältere Marke Schutz genießt; dabei schließt die Gefahr von Verwechslungen die Gefahr ein, dass die Marke mit der älteren Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird.

33 Nach ständiger Rechtsprechung liegt Verwechslungsgefahr dann vor, wenn das Publikum glauben könnte, dass die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aus demselben Unternehmen oder gegebenenfalls aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen. Nach dieser Rechtsprechung ist das Vorliegen von Verwechslungsgefahr umfassend, gemäß der Wahrnehmung der in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen durch die maßgeblichen Verkehrskreise und unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Diese umfassende Beurteilung impliziert eine Wechselbeziehung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen, wobei ein geringer Grad der Ähnlichkeit der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken ausgeglichen werden kann und umgekehrt (Urteil des Gerichts vom 9. Juli 2003 in der Rechtssache T-162/01, Laboratorios RTB/HABM — Giorgio Beverly Hills [GIORGIO BEVERLY HILLS], Slg. 2003, II-2821, Randnrn. 30 bis 33 und die dort zitierte Rechtsprechung).

34 Im vorliegenden Fall ist die ältere Marke eine Gemeinschaftsmarke; das relevante Schutzgebiet für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist daher das gesamte Gemeinschaftsgebiet.

35 Da die in Frage stehenden Waren gängige Verbrauchsartikel sind, besteht das angesprochene Publikum somit aus den normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen europäischen Durchschnittsverbrauchern.

36 Im Licht dieser Überlegungen sind zum einen die in Frage stehenden Waren und zum anderen die einander gegenüberstehenden Zeichen zu vergleichen.

37 Was den Produktvergleich angeht, so ist zwischen den Verfahrensbeteiligten unstreitig, dass die Waren der Anmeldemarke und die der älteren Marke ähnlich oder identisch sind.

38 Was den Vergleich der Zeichen betrifft, so ist nach der Rechtsprechung bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr hinsichtlich der Ähnlichkeit der betreffenden Marken im Bild, im Klang und in der Bedeutung auf den Gesamteindruck abzustellen, den sie hervorrufen, wobei insbesondere die sie unterscheidenden und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (Urteile des Gerichtshofes vom 11. November 1997 in der Rechtssache C-251/95, SABEL, Slg. 1997, I-6191, Randnr. 23, und Lloyd Schuhfabrik Meyer, Randnr. 25).

39 Die einander gegenüberstehenden Zeichen sind demgemäß bildlich, klanglich und begrifflich miteinander zu vergleichen.

40 Im Rahmen des bildlichen Vergleichs hat die Beschwerdekammer angenommen, dass das dominierende Wortelement „kinji" und die zusätzlichen grafischen und Textelemente der Anmeldemarke eine optische Unterscheidung der beiden Marken erlaubten (Randnr. 18 der angefochtenen Entscheidung).

41 Dazu ist festzustellen, dass es sich bei der Anmeldemarke um ein aus Bild- und Wortelementen zusammengesetztes Zeichen handelt. Dieses zusammengesetzte Zeichen enthält das in bambusartig stilisierten Fettbuchstaben geschriebene Wort „kinji", darunter die Wörter „by SPA" in kleineren Buchstaben und darüber die Abbildung eines springenden Waschbären, der ein T-Shirt mit der Namensaufschrift „kinji" trägt. Damit sind die grafischen Merkmale des angemeldeten Zeichens, also die Cartoonfigur des Waschbären, die grafische Gestaltung der Buchstaben des Hauptwortelements und die kleiner geschriebenen Wörter „by SPA" in besonderem Maß auffallend, ziehen den Blick des Verbrauchers auf sich und tragen hierdurch, wie die Beschwerdekammer (in Randnr. 18 der angefochtenen Entscheidung) zutreffend ausgeführt hat, zur optischen Unterscheidung der beiden Zeichen bei.

42 Dagegen ist die ältere Marke eine Wortmarke ohne jeden besonderen grafischen oder bildlichen Charakter.

43 Die Beschwerdekammer hat in Randnummer 18 der angefochtenen Entscheidung ebenfalls zutreffend darauf hingewiesen, dass zwischen dem dominierenden Wortelement des Zeichens der Streithelferin und dem Wort der Anmeldemarke, sieht man von den ersten drei Buchstaben „kin" ab, keine hochgradige Ähnlichkeit besteht. Wie auch das Amt richtig hervorhebt, haben die beiden Wortbestandteile eine unterschiedliche Länge, sind ihre Endungen „nie" und „ji" schriftbildlich unterschiedlich und sticht in der älteren Marke die Verdopplung des Konsonanten „n" hervor. Die schriftbildliche Verschiedenheit wird überdies durch die Verwendung von Fettbuchstaben in bambusartiger Gestaltung für das Wort „kinji" und das zusätzliche Wortelement „by SPA" in kleinerer Schrift verstärkt. Schließlich folgt der

Silbe „kin" in der älteren Marke KINNIE die aus drei Buchstaben bestehende Silbe „nie". Anders als die nur aus zwei Buchstaben bestehende Silbe „ji" in der angegriffenen Anmeldemarke KINJI erzeugt die Silbe „nie" ein völlig symmetrisches Wort, in dem die beiden zentralen „n", die beiden „i" und die Buchstaben „k" und „e" eine völlige Ausgewogenheit herstellen. Diese Symmetrie verleiht dem Wort „kinnie" einen anderen bildlichen Charakter als den des Wortes „kinji".

44 Die bildliche Unterschiedlichkeit der Zeichen infolge ihres abweichenden Buchstabens in den beiden Wortelementen wird durch die in Randnummer 41 genannten speziellen Bildelemente der Anmeldemarke noch betont.

45 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass in einem Zeichen, dass sowohl aus Bildelementen als auch aus Wortelementen besteht, entgegen dem Vorbringen der Klägerin nicht stets das Wortelement in einem automatischen Sinne als das dominierende Element anzusehen ist.

46 So kann eine zusammengesetzte Marke nur dann als einer anderen Marke, die mit einem ihrer Bestandteile identisch oder diesem ähnlich ist, ähnlich angesehen werden, wenn dieser Bestandteil das dominierende Element in dem von der zusammengesetzten Marke hervorgerufenen Gesamteindruck ist. Das ist dann der Fall, wenn dieser Bestandteil allein schon geeignet ist, das Bild dieser Marke, das die angesprochenen Verkehrskreise im Gedächtnis behalten, so zu prägen, dass alle übrigen Bestandteile der Marke in dem durch diese hervorgerufenen Gesamteindruck zu vernachlässigen sind (Urteil des Gerichts vom 23. Oktober 2002 in der Rechtssache T-6/01, Matratzen Concord/HABM — Hukla Germany [MATRATZEN], Slg. 2002, II-4335, Randnr. 33).

47 Ferner ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichts, dass in einem zusammengesetzten Zeichen das Wortelement den gleichen Rang haben kann wie das Bildelement (Urteil vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache T-110/01, Vedial/HABM — France Distribution [HUBERT], Slg. 2002, II-5275, Randnr. 53).

48 Selbst wenn zwei Marken — was hier nicht der Fall ist — ähnliche Wortelemente haben, kann daraus allein noch nicht auf das Bestehen einer bildlichen Zeichenähnlichkeit geschlossen werden. So kann das Vorhandensein von speziell und originell gestalteten Bildbestandteilen in einem der Zeichen zur Folge haben, dass jedes Zeichen einen unterschiedlichen Gesamteindruck hervorruft (in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 9. Juli 2003 in der Rechtssache T-156/01, Laboratorios RTB/HABM — Giorgio Beverly Hills [GIORGIO AIRE], Slg. 2003, II-2789, Randnr. 74].

49 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die in der Anmeldemarke vorhandenen Bildelemente in ihrer Gesamtheit unbestreitbar eine individuelle und originelle Gestaltung aufweisen, die für die optische Wahrnehmung der Anmeldemarke eine bedeutende Rolle spielt und ihre Unterscheidung von der älteren Marke erlaubt. Das Vorbringen der Klägerin, wonach die Beschwerdekammer den verschiedenen grafischen Elementen der Anmeldemarke und den Wörtern „by SPA" in kleineren Buchstaben zu großes Gewicht beigemessen habe, während sie in Wirklichkeit in der bildlichen Wahrnehmung der Zeichen nur eine untergeordnete Bedeutung hätten, ist daher nicht begründet und zurückzuweisen.

50 Demnach hat die Beschwerdekammer zu Recht angenommen, dass die beiden Marken wegen der erheblichen Unterschiede zwischen ihren Wortelementen und wegen der zusätzlichen Bildelemente der Anmeldemarke einen unterschiedlichen bildlichen Gesamteindruck hervorrufen.

51 Zum begrifflichen Vergleich hat die Beschwerdekammer festgestellt, dass zwar keines der dominierenden Wortbestandteile der Zeichen eine bestimmte Bedeutung habe, jedoch die grafischen Elemente der Anmeldemarke verschiedene Bedeutungsgehalte anklingen ließen, die in der älteren Marke vollständig fehlten (Randnrn. 20 und 21 der angefochtenen Entscheidung).

52 In der Tat haben weder das Wort „kinnie" noch das Wort „kinji" eine bestimmte und bekannte Bedeutung. Jedoch ist, wie die Beschwerdekammer festgestellt hat und das Amt und die Streithelferin vortragen, die Anmeldemarke zumindest in begrifflicher und bildlicher Hinsicht reichhaltig. So weist ihr Hauptwortbestandteil als grafische Gestaltung einen Bambusdekor auf und enthält sie zusätzlich einen menschenähnlich dargestellten Waschbären, der ein T-Shirt mit der Aufschrift „kinji" trägt. Es kann daher angenommen werden, dass diese Elemente beim Betrachter den Gedanken hervorrufen werden, dass die Marke und die fraglichen Produkte mit Natur oder Wildnis in Zusammenhang stehen.

53 Wie das Gericht im Urteil HUBERT ausgeführt hat, genügt es bei der Prüfung der begrifflichen Ähnlichkeit zwischen den betreffenden Marken, festzustellen, dass die angesprochenen Verkehrskreise zwischen den von beiden Zeichen hervorgerufenen Vorstellungen Unterschiede erkennen (Urteil HUBERT, Randnr. 58). Da im vorliegenden Fall die ältere Wortmarke nicht den geringsten Bedeutungsgehalt vermittelt und im Gegensatz dazu die Aussagegehalte der Anmeldemarke hinreichend deutlich erscheinen, um von den Verbrauchern wahrgenommen zu werden, ist folglich festzustellen, dass zwischen den Marken keine begriffliche Ähnlichkeit besteht.

54 Hinsichtlich des klanglichen Vergleichs lässt sich, wie das Amt im Übrigen ausdrücklich eingeräumt hat, nicht bestreiten, dass das Publikum bestimmter

Mitgliedstaaten entgegen den Feststellungen der Beschwerdekammer in der angefochtenen Entscheidung (Randnr. 19) die Marken möglicherweise als klanglich ähnlich wahrnehmen wird. So wird beispielsweise im Schwedischen, Dänischen und Niederländischen der Buchstabe „j" wie das englische „y" ausgesprochen. Nach den Ausspracheregeln bestimmter europäischer Sprachen wird die Anmeldemarke damit als „kinyi" ausgesprochen. Auch wenn diese Ähnlichkeit nur in einer begrenzten Zahl von Mitgliedstaaten besteht, ist doch festzustellen, dass die Marken zumindest in diesen Staaten klanglich ähnlich sind.

55 Zur umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr zwischen den Zeichen ist damit festzustellen, dass sie bildlich und begrifflich erhebliche Unterschiede aufweisen. Weiterhin ist festzustellen, dass diese bildlichen und begrifflichen Unterschiede die klangliche Ähnlichkeit eindeutig neutralisieren.

56 Denn wie das Amt zutreffend festgestellt hat, ist der Grad der klanglichen Ähnlichkeit zwischen zwei Marken von geringerer Bedeutung, wenn es sich um Waren handelt, die auf eine Weise vermarktet werden, dass die maßgeblichen Verkehrskreise beim Kauf die sie kennzeichnende Marke gewöhnlich optisch wahrnehmen (in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 14. Oktober 2003 in der Rechtssache T-292/01, Phillips-Van Heusen/HABM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel [BASS], Slg. 2003, II-4335, Randnr. 55).

57 Entgegen dem Vorbringen der Klägerin ist das hier der Fall. Die Klägerin hat nämlich keinerlei Beweis dafür vorgebracht, dass ihre Produkte im Allgemeinen so verkauft werden, dass das Publikum die Marke optisch nicht wahrnimmt. Sie hat nur geltend gemacht, ein traditioneller Absatzweg für die Produkte seien Bars und Restaurants, in denen der Verbraucher sie mündlich bestelle, ohne die betreffende Marke jemals zu Gesicht zu bekommen.

58 Insoweit hat das Amt völlig zutreffend darauf hingewiesen, dass zwar Bars und Restaurants tatsächlich für die Produkte der Klägerin einen nicht zu vernachlässigenden Vertriebsweg darstellen, dass dort aber die Flaschen gewöhnlich in Regalen hinter dem Tresen so aufgestellt sind, dass die Verbraucher sie auch optisch prüfen können. Selbst wenn sich somit nicht ausschließen lässt, dass die Produkte auf mündliche Bestellung gekauft werden, kann dies doch nicht als ihre gewöhnliche Vertriebsweise angesehen werden. Selbst wenn ein Verbraucher ein Getränk ohne vorherige Betrachtung in einem Regal bestellt hat, wird er jedenfalls die ihm servierte Flasche optisch überprüfen können.

59 Überdies ist unstreitig, das Bars und Restaurants nicht den einzigen Absatzweg für die in Frage stehenden Produkte darstellen. Diese werden nämlich auch in Supermärkten oder Einzelhandelsgeschäften verkauft (vgl. Randnr. 14 der angefochtenen Entscheidung). Dort jedoch können die Verbraucher die Marken beim Kauf optisch wahrnehmen, da die Getränke in Regalen aufgestellt sind, auch wenn sie nicht notwendig nebeneinander stehen werden.

60 Die Klägerin macht weiter geltend, dass die Beschwerdekammer deshalb eine größere Verwechslungsgefahr zwischen den Marken hätte annehmen müssen, weil die ältere Marke eine erhöhte Kennzeichnungskraft besitze. Insoweit genügt der Hinweis, dass sich die erhöhte Kennzeichnungskraft einer älteren Marke entweder aus den Eigenschaften, die sie von Haus aus besitzt, oder aus ihrem Bekanntheitsgrad ergeben kann (Urteil des Gerichts vom 15. Januar 2003 in der Rechtssache T-99/01, Mystery Drinks/HABM — Karlsberg Brauerei [MYSTERY], Slg. 2003, II-43, Randnr. 34). Obgleich die Marke KINNIE unbestreitbar originell ist, hat die Klägerin keinerlei Beweis dafür beigebracht, dass sie eine erhöhte Kennzeichnungskraft besitzt. Vielmehr hat sie sich für ihr Vorbringen, es müsse die erhöhte Kennzeichnungskraft ihrer Marke berücksichtigt werden, nur darauf berufen, dass es sich um einen reinen Phantasienamen handele.

61 Schließlich ist das Vorbringen der Klägerin zurückzuweisen, dass der Durchschnittsverbraucher die Marken deshalb als bildlich ähnlich wahrnehmen werde, weil die optische Wahrnehmung der Buchstaben ihrer Wortelemente stark durch ihre Aussprache beeinflusst werde, so dass sich der Durchschnittsverbraucher, wenn er die beiden Zeichen sehe, vage an den Gleichklang der Produktnamen erinnern werde, nicht aber an die Form der in der schriftbildlichen Darstellung verwendeten Buchstaben. Denn der Durchschnittsverbraucher nimmt eine Marke normalerweise als Ganzes wahr und achtet nicht auf die verschiedenen Einzelheiten (Urteil SABEL, Randnr. 23). Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die Wahrnehmung der komplexen Anmeldemarke durch den Durchschnittsverbraucher nicht vom Vergleich nur eines seiner Elemente, nämlich „kinji", mit dem Zeichen der Klägerin. bestimmt werden wird.

62 Obgleich die von den Marken erfassten Waren identisch oder sehr ähnlich sind, genügen doch die bildlichen und begrifflichen Unterschiede zwischen den Zeichen, um zu der Feststellung zu gelangen, dass zwischen ihnen bei den maßgeblichen Verkehrskreisen keine Verwechslungsgefahr besteht. Die Beschwerdekammer hat daher zu Recht festgestellt, dass eine Verwechslungsgefahr zwischen der Anmeldemarke und der älteren Marke ausscheidet.

63 Der Klagegrund eines Verstoßes gegen Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 greift daher nicht durch.

Zum zweiten Klagegrund einer Verletzung von Artikel 73 der Verordnung Nr. 40/94

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

64 Die Klägerin macht geltend, die Beschwerdekammer habe Artikel 73 der Verordnung Nr. 40/94 dadurch verletzt, dass sie den Beteiligten keine Gelegenheit gegeben habe, sich dazu zu äußern, wie sie in Randnummer 14 der angefochtenen Entscheidung die Bestellung und den Verkauf der Getränke in Bars und Restaurants beurteilt habe. Damit habe die Beschwerdekammer gegen wesentliche Formvorschriften verstoßen.

65 Das Amt meint, das Vorbringen zu den „Verkaufsmethoden" und der Wahrnehmung der Marken auf dem betreffenden Markt habe als solches keinen eigenen Beschwerdegrund im Sinne von Artikel 73 der Verordnung Nr. 40/94 gebildet, sondern nur ein Argument dafür, dass die bildlichen und begrifflichen Unterschiede zwischen den Marken geeignet seien, eine Verwechslungsgefahr auf dem speziellen Markt für Getränke auszuschließen. Dieses Vorbringen sei von der Beurteilung der Verwechslungsgefahr nicht unabhängig, sondern gehöre zu den Erwägungen, die die Beschwerdekammer angestellt habe.

66 Darum habe die Beschwerdekammer auch nicht gegen Artikel 73 der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen, wenn sie der Klägerin nicht Gelegenheit gegeben habe, sich zur Beurteilung der „Verkaufsmethoden" zu äußern, da der entsprechende Hinweis nur dazu gedient habe, die angefochtene Entscheidung auf der Grundlage der Erwägungen zu ergänzen, die die Klägerin bereits gekannt habe.

67 Die Streithelferin verweist darauf, dass sie das Argument, um dass es der Klägerin im Rahmen dieses Klagegrundes gehe, bereits in ihrem Schriftsatz vom 27. Januar 2003 im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vorgebracht habe, denn darin habe sie ausgeführt, dass die von den beiden Marken erfassten Produkte alkoholfreie Getränke seien, die im Allgemeinen in denselben Geschäften und Supermärkten verkauft würden; somit habe der Verbraucher entgegen der von der Widerspruchsabteilung (auf S. 7, dritter Absatz, ihrer Entscheidung) vertretenen Auffassung tatsächlich die Möglichkeit, die Produkte unmittelbar miteinander zu vergleichen.

68 Die Klägerin habe es also offensichtlich nicht für notwendig gehalten, dieser Behauptung in ihrer Beschwerdebeantwortung vom 21. März 2003 mit dem Argument entgegenzutreten, dass sie für Bars oder Restaurants nicht zutreffe.

— Würdigung durch das Gericht

69 Nach Artikel 73 der Verordnung Nr. 40/94 dürfen die Entscheidungen des Amtes nur auf Gründe gestützt werden, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten (Urteil des Gerichts vom 9. Oktober 2002 in der Rechtssache T-173/00, KWS Saat/HABM [Farbton Orange], Slg. 2002, II-3843, Randnr. 57).

70 Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdekammer in Randnummer 14 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt: „Obgleich die Waren ... in Bars und Restaurants verkauft werden, wird der Verbraucher sie dort typischerweise nicht, wie z. B. Weine oder Biere, mit dem Markennamen bestellen. Normalerweise wird

der Bar- oder Restaurantbesucher für seine Bestellung nur den Gattungsnamen, etwa ‚frischer Orangensaft', verwenden."

71 In Wirklichkeit wollte die Beschwerdekammer in Randnummer 14 der angefochtenen Entscheidung offensichtlich darlegen, dass der typische Verbraucher normalerweise die Möglichkeit haben wird, die Produkte vor dem Kauf optisch zu mustern. Dies wird durch den letzten Satz der Randnummer 14 der angefochtenen Entscheidung bestätigt, mit dem die Beschwerdekammer ihre Beurteilung wie folgt zusammenfasst: „Anders gesagt, wird der typische Verbraucher im Allgemeinen in der Lage sein, die Waren und ihre Marken vor dem Kauf (auch wenn er die Marken nicht unmittelbar nebeneinander finden wird) optisch zu überprüfen."

72 Demnach ist die Aussage der Beschwerdekammer zu der Art und Weise, wie die Verbraucher Produkte in den Restaurants und Bars bestellen, kein eigener Entscheidungsgrund der angefochtenen Entscheidung, sondern gehört zu den Erwägungen, die in ihre umfassende Beurteilung der Verwechslungsgefahr eingegangen sind. Dass die Klägerin hierzu nicht Stellung genommen hat, trägt nicht den Schluss, dass sie sich zu den im Rahmen des bildlichen und klanglichen Zeichenvergleichs vorgenommenen Erwägungen, auf die die angefochtene Entscheidung gestützt ist, nicht äußern konnte.

73 Demnach greift auch der Klagegrund einer Verletzung des Artikels 73 der Verordnung Nr. 40/94 nicht durch.

74 Nach alledem ist die Klage vollständig abzuweisen.

Kosten

75 Die Klägerin beantragt, dem Amt und/oder der Streithelferin die Kosten des Widerspruchsverfahrens aufzuerlegen. Sie hat zu diesem Antrag schriftlich nichts speziell vorgetragen. In der mündlichen Verhandlung hat sie allerdings ihr Einverständnis mit dem Vorbringen des Amtes zu diesem Punkt zum Ausdruck gebracht.

76 Das Amt hat geltend gemacht, der Antrag sei deshalb zulässig, weil diese Kosten nach den Artikeln 87 und 136 der Verfahrensordnung des Gerichts nicht erstattungsfähig seien.

77 Insoweit bestimmt Artikel 136 § 2 der Verfahrensordnung:

„Die Aufwendungen der Parteien, die für das Verfahren vor der Beschwerdekammer notwendig waren, ... gelten als erstattungsfähige Kosten."

78 Da die Kosten des Widerspruchsverfahrens keine erstattungsfähigen Kosten im Sinne von Artikel 136 § 2 der Verfahrensordnung sind, ist der Antrag als unzulässig zurückzuweisen.

79 Nach Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin unterlegen ist, sind ihr gemäß dem Antrag des Amtes und der Streithelferin deren Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Vilaras Martins Ribeiro Jürimäe

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 24. November 2005.

Der Kanzler

E. Coulon

Der Präsident

M. Vilaras