Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Fünfte Kammer)

23. Februar 2022*

„Unionsmarke – Widerspruchsverfahren – Unionswortmarke CODE-X – Ältere nationale Wortmarke und ältere nationale Bildmarke Cody's – Ältere internationale Bildmarke Cody's – Relatives Eintragungshindernis – Keine Verwechslungsgefahr – Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung (EU) 2017/1001“

In der Rechtssache T-198/21,

Ancor Group GmbH mit Sitz in Igersheim (Deutschland), vertreten durch die Rechtsanwälte J. Wachsmuth und W. Berlit,

Klägerin,

gegen

Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO), vertreten durch M. Eberl und E. Markakis als Bevollmächtigte,

Beklagter,

andere Beteiligte im Verfahren vor der Beschwerdekammer des EUIPO:

Cody's Drinks International GmbH mit Sitz in Bremen (Deutschland),

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Fünften Beschwerdekammer des EUIPO vom 4. Februar 2021 (Sache R 208/2020-5) zu einem Widerspruchsverfahren zwischen Cody's Drinks International und Ancor Group

erlässt

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten D. Spielmann, des Richters U. Öberg (Berichterstatter) und der Richterin M. Brkan,

Kanzler: E. Coulon,

aufgrund der am 12. April 2021 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

aufgrund der am 15. Juni 2021 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung,

aufgrund des Umstands, dass keine der Parteien innerhalb von drei Wochen nach der Bekanntgabe des Abschlusses des schriftlichen Verfahrens die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung beantragt hat, und des darauf gemäß Art. 106 Abs. 3 der Verfahrensordnung des Gerichts ergangenen Beschlusses, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden,

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Am 30. April 2018 meldete die Klägerin, die Ancor Group GmbH, nach der Verordnung (EU) 2017/1001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über die Unionsmarke (ABl. 2017, L 154, S. 1) beim Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) eine Unionsmarke an.

2 Bei der angemeldeten Marke handelt es sich um das Wortzeichen CODE-X.

3 Die Marke wurde für folgende Waren der Klasse 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: „Alkoholfreie Erfrischungsgetränke; Nichtalkoholische Getränke; mit Vitaminen angereicherte alkoholfreie Getränke; Essenzen für die Zubereitung von alkoholfreien Getränken, ausgenommen ätherische Öle; Energydrinks; Koffeinhaltige Energiegetränke."

4 Am 28. August 2018 erhob die Cody's Drinks International GmbH Widerspruch gegen die Eintragung der angemeldeten Marke für die oben in Rn. 3 genannten Waren.

5 Der Widerspruch war auf folgende ältere Marken gestützt:

– die deutsche Wortmarke Cody's, die am 4. Februar 2013 angemeldet und am 7. März 2013 unter der Nr. 302013015320 für folgende Waren der Klasse 32 eingetragen wurde: „Biere; Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken";

– die nachfolgend wiedergegebene deutsche Bildmarke, die am 10. März 2016 angemeldet und am 12. April 2016 für folgende Waren der Klasse 32 eingetragen wurde: „Biere; Mineralwässer; kohlensäurehaltige Wässer; alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke; Fruchtsäfte; Sirupe für die Zubereitung von Getränken; Präparate für die Zubereitung von Getränken":



– die am 11. März 2016 erwirkte, mit Benennung der Europäischen Union erfolgte internationale Registrierung Nr. 1300293 der soeben angeführten Bildmarke für die oben in Rn. 5 erster Gedankenstrich genannten Waren der Klasse 32.

6 Der Widerspruch wurde auf Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung 2017/1001 gestützt, der das Bestehen einer Verwechslungsgefahr für die maßgeblichen Verkehrskreise betrifft.

7 Am 28. November 2019 wies die Widerspruchsabteilung den Widerspruch wegen fehlender Verwechslungsgefahr in vollem Umfang zurück.

8 Am 27. Januar 2020 legte Cody's Drinks International gemäß den Art. 66 bis 71 der Verordnung 2017/1001 beim EUIPO Beschwerde gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung ein.

9 Mit Entscheidung vom 4. Februar 2021 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) gab die Fünfte Beschwerdekammer des EUIPO der Beschwerde statt und hob die Entscheidung der Widerspruchsabteilung auf. Nach der Angabe, dass sie die Beschwerde im Hinblick auf die ältere Wortmarke prüfe, stellte die Beschwerdekammer zunächst fest, dass es sich beim relevanten Publikum um die breite deutsche Öffentlichkeit handele, die eine unterdurchschnittliche bis durchschnittliche Aufmerksamkeit an den Tag lege, und dass die fraglichen Waren identisch oder hochgradig ähnlich seien. Sodann führte die Beschwerdekammer aus, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen, die als normal kennzeichnungskräftig anzusehen seien, in schriftbildlicher Hinsicht eine überdurchschnittliche Ähnlichkeit und in klanglicher Hinsicht eine hochgradige Ähnlichkeit aufwiesen, so dass diese Zeichen, obwohl begrifflich ein Unterschied zwischen ihnen bestehe, insgesamt stark ähnlich seien. Im Übrigen reichten die Unterschiede zwischen diesen Zeichen nicht aus, um sie zu unterscheiden, und eine Neutralisierung der schriftbildlichen und klanglichen Ähnlichkeiten durch die begriffliche Unähnlichkeit komme nicht in Betracht. Im Ergebnis bestehe daher eine Verwechslungsgefahr für das maßgebliche Publikum, was auch in Bezug auf die ältere Bildmarke und die internationale Registrierung dieser Bildmarke mit Benennung der Europäischen Union gelte.

Anträge der Parteien

10 Die Klägerin beantragt,

– die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

– die Entscheidung der Widerspruchsabteilung, mit der der Widerspruch zurückgewiesen wurde, aufrechtzuerhalten;

– dem EUIPO die Kosten aufzuerlegen.

11 Das EUIPO beantragt,

– die Klage abzuweisen;

– der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

12 Die Klägerin stützt ihre Klage auf einen einzigen Klagegrund, mit dem sie einen Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung 2017/1001 rügt, der darin bestehen soll, dass die Beschwerdekammer zu Unrecht festgestellt habe, dass hinsichtlich der angemeldeten Marke und der älteren Wortmarke sowie der älteren Bildmarken für die maßgeblichen Verkehrskreise Verwechslungsgefahr bestehe.

Zum Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Entscheidung

13 Nach Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung 2017/1001 ist auf Widerspruch des Inhabers einer älteren Marke die angemeldete Marke von der Eintragung ausgeschlossen, wenn wegen ihrer Identität oder Ähnlichkeit mit einer 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.

14 Verwechslungsgefahr liegt dann vor, wenn das Publikum glauben könnte, dass die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aus demselben Unternehmen oder aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen. Das Vorliegen von Verwechslungsgefahr ist umfassend, anhand der Wahrnehmung der in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen durch die maßgeblichen Verkehrskreise und unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Die umfassende Beurteilung der Verwechslungsgefahr impliziert eine gewisse Wechselbeziehung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 9. Juli 2003, Laboratorios RTB/HABM – Giorgio Beverly Hills [GIORGIO BEVERLY HILLS], T-162/01, EU:T:2003:199, Rn. 30 bis 33 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Zu den maßgeblichen Verkehrskreisen und den fraglichen Waren

15 Bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist auf einen Durchschnittsverbraucher der betreffenden Warenart abzustellen, der normal informiert sowie angemessen aufmerksam und verständig ist. Dabei ist außerdem zu berücksichtigen, dass die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers je nach Art der in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen unterschiedlich hoch sein kann (vgl. Urteil vom 13. Februar 2007, Mundipharma/HABM – Altana Pharma [RESPICUR], T-256/04, EU:T:2007:46, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).

16 Im vorliegenden Fall war die Beschwerdekammer der Ansicht, dass es sich bei den für die fraglichen Waren maßgeblichen Verkehrskreisen um die breite deutsche Öffentlichkeit handele, deren Aufmerksamkeitsgrad unterdurchschnittlich bis durchschnittlich sei, und dass die fraglichen Waren als identisch oder hochgradig ähnlich anzusehen seien.

17 Das Gericht stellt zunächst fest, dass die Parteien weder die Ausführungen der Beschwerdekammer in Rn. 21 der angefochtenen Entscheidung beanstanden, denen zufolge es sich bei den maßgeblichen Verkehrskreisen um die breite deutsche Öffentlichkeit handelt, noch bestreiten, dass die fraglichen Waren identisch oder hochgradig ähnlich sind.

18 Dagegen bestreitet die Klägerin im Wesentlichen den Aufmerksamkeitsgrad der maßgeblichen Verkehrskreise und macht geltend, dass dieser durchschnittlich bzw. normal sei.

19 Das EUIPO macht geltend, die Beschwerdekammer habe jedenfalls einen höchstens durchschnittlichen Aufmerksamkeitsgrad zugrunde gelegt.

20 Nach ständiger Rechtsprechung handelt es sich bei den fraglichen Waren um Waren des täglichen Bedarfs, die sich an die breite Öffentlichkeit richten, deren Aufmerksamkeitsgrad durchschnittlich ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 24. Februar 2016, Coca-Cola/HABM [Form einer Konturflasche ohne Riffelung], T-411/14, EU:T:2016:94, Rn. 41, vom 16. März 2017, Sociedad agraria de transformación nº 9982 Montecitrus/EUIPO – Spanish Oranges [MOUNTAIN CITRUS SPAIN], T-495/15, nicht veröffentlicht, EU:T:2017:173, Rn. 27, und vom 26. Juni 2018, Staropilsen/EUIPO – Pivovary Staropramen [STAROPILSEN; STAROPLZEN], T-556/17, nicht veröffentlicht, EU:T:2018:382, Rn. 25 und die dort angeführte Rechtsprechung).

21 Die von der Beschwerdekammer in Rn. 20 der angefochtenen Entscheidung angeführte Rechtsprechung lässt an dieser Feststellung keine Zweifel aufkommen, da das Gericht in jeder dieser Rechtssachen zu dem Ergebnis gelangt ist, dass der Aufmerksamkeitsgrad der maßgeblichen Verkehrskreise durchschnittlich bzw. normal sei.

22 Folglich hat die Beschwerdekammer zu Unrecht auch maßgebliche Verkehrskreise mit einem unterdurchschnittlichen Aufmerksamkeitsgrad berücksichtigt. Der Aufmerksamkeitsgrad ist vielmehr durchschnittlich, da er weder besonders gering noch besonders hoch ist.

Zum Zeichenvergleich

23 Bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist hinsichtlich der Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen in Bild, Klang oder Bedeutung auf den Gesamteindruck abzustellen, den die Zeichen hervorrufen, wobei insbesondere ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind. Für die umfassende Beurteilung der Verwechslungsgefahr kommt es entscheidend darauf an, wie die Marke auf den Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren oder Dienstleistungen wirkt. Der Durchschnittsverbraucher nimmt eine Marke regelmäßig als Ganzes wahr und achtet nicht auf die verschiedenen Einzelheiten (vgl. Urteil vom 12. Juni 2007, HABM/Shaker, C-334/05 P, EU:C:2007:333, Rn. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung).

24 Allerdings wird der Durchschnittsverbraucher, auch wenn er eine Marke regelmäßig als Ganzes wahrnimmt und nicht auf die verschiedenen Einzelheiten achtet, gleichwohl ein von ihm wahrgenommenes Wortzeichen in die Wortbestandteile zerlegen, die ihm eine konkrete Bedeutung vermitteln oder die ihm bekannten Wörtern ähnlich sind (vgl. Urteil vom 13. Februar 2007, RESPICUR, T-256/04, EU:T:2007:46, Rn. 57 und die dort angeführte Rechtsprechung).

25 Im Licht dieser Grundsätze ist unter Berücksichtigung des Vorbringens der Parteien zu prüfen, ob die Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen in der angefochtenen Entscheidung zutreffend beurteilt worden ist.

26 Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der angemeldeten Marke um eine Wortmarke, die aus den durch einen Bindestrich verbundenen Bestandteilen „Code“ und „X“ besteht, und die ältere Wortmarke setzt sich aus den durch einen Apostroph getrennten Bestandteilen „Cody“ und „s“ zusammen.

– *Zur schriftbildlichen Ähnlichkeit*

27 Die Beschwerdekammer war der Auffassung, dass aufgrund des den einander gegenüberstehenden Zeichen gemeinsamen Anfangsteils „cod“ und der Endkonsonanten „x“ und „s“, die mit dem ersten Bestandteil dieser Zeichen durch einen Bindestrich bzw. einen Apostroph verbunden seien, davon auszugehen sei, dass diese Zeichen in schriftbildlicher Hinsicht eine überdurchschnittliche Ähnlichkeit aufwiesen. Zudem hätten sie die gleiche Länge.

28 Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, die Beschwerdekammer habe dem Anfang der einander gegenüberstehenden Zeichen zu viel Bedeutung beigemessen. Auch sei es unerheblich, dass die Zeichen die gleiche Anzahl von Buchstaben hätten. Sie stimmten zwar in drei von sechs Schriftzeichen überein, unterschieden sich jedoch durch den Buchstaben „e“ in der angemeldeten Marke und den Buchstaben „y“ in der älteren Wortmarke sowie durch die Konsonanten „x“ und „s“ am Ende, die durch einen Bindestrich bzw. einen Apostroph verbunden seien. Solche Unterschiede fielen bei kurzen Zeichen umso stärker ins Gewicht. Überdies handele es sich bei der älteren Wortmarke um ein Einwortzeichen, wohingegen die angemeldete Marke aus einem Zweiwortzeichen bestehe. Die einander gegenüberstehenden Zeichen seien daher in schriftbildlicher Hinsicht insgesamt unähnlich.

29 Das EUIPO tritt dem Vorbringen der Klägerin entgegen.

30 Das Gericht weist zunächst darauf hin, dass zwar bereits entschieden worden ist, dass der Anfangsbestandteil einer Marke in bildlicher Hinsicht üblicherweise eine stärkere Wirkung entfaltet als ihr hinterer Teil, so dass der Verbraucher dem Anfang einer Marke im Allgemeinen mehr Aufmerksamkeit widmet als deren Ende, diese Erwägung aber nicht in allen Fällen gelten kann (vgl. Urteil vom 20. September 2018, Kwizda Holding/EUIPO – Dermapharm [UROAKUT], T-266/17, EU:T:2018:569, Rn. 51 und die dort angeführte Rechtsprechung).

31 Ferner geht aus der Rechtsprechung hervor, dass das Publikum, je kürzer ein Zeichen ist, desto eher in der Lage sein wird, jeden seiner verschiedenen Bestandteile leicht wahrzunehmen. So kommt es bei kurzen Wörtern häufig vor, dass selbst kleine Unterschiede einen unterschiedlichen Gesamteindruck hervorrufen können (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 6. Juli 2004, Grupo El Prado Cervera/HABM – Héritiers Debuschewitz [CHUFAFIT], T-117/02, EU:T:2004:208, Rn. 48, und vom 28. September 2016, The Art Company B & S/EUIPO – G-Star Raw [THE ART OF RAW], T-593/15, nicht veröffentlicht, EU:T:2016:572, Rn. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung).

32 Da das Alphabet aus einer begrenzten Zahl von Buchstaben besteht, die im Übrigen nicht alle mit derselben Häufigkeit verwendet werden, ist es überdies unvermeidlich, dass mehrere Wörter aus der gleichen Zahl von Buchstaben bestehen und auch einige gemein haben, ohne dass sie allein deswegen bildlich als ähnlich eingestuft werden könnten (vgl. Urteil vom 28. April 2021, Nosio/EUIPO – Tros del Beto [ACCUSÌ], T-300/20, nicht veröffentlicht, EU:T:2021:223, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).

33 Das Gericht stellt im Einklang mit den Ausführungen der Klägerin fest, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen zwar den Anfangsbestandteil „Cod" gemeinsam haben, aber jeweils aus nur sechs Schriftzeichen bestehen und lediglich in drei von ihnen übereinstimmen. Die Wortelemente „Code-X" und „Cody's" unterscheiden sich hingegen durch ihre letzten beiden Buchstaben sowie durch die Einfügung eines Bindestrichs zwischen den Buchstaben „e" und „x" in der angemeldeten Marke bzw. eines Apostrophs zwischen den Buchstaben „y" und „s" in der älteren Wortmarke.

34 Insoweit stellt das Gericht fest, dass die Einfügung eines Bindestrichs oder eines Apostrophs und die Präsenz unterschiedlicher Vokale und Konsonanten am Zeichenende erhebliche Unterschiede darstellen, die bei der visuellen Wahrnehmung der einander gegenüberstehenden Zeichen eine Rolle spielen, zumal die Zeichen von begrenzter Länge sind. Der Bindestrich zwischen den Wortbestandteilen „Code" und „X" in der angemeldeten Marke wird es den maßgeblichen Verkehrskreisen mithin ermöglichen, diese Marke als aus zwei gesonderten Elementen bestehend wahrzunehmen. Dagegen wird der an den Wortbestandteil „Cody" anschließende, von einem „s" gefolgte Apostroph in der älteren Wortmarke als Bezugnahme auf den Vornamen Cody in der Possessivform angesehen werden, da der Genitiv von Eigennamen in der englischen und in manchen Fällen in der deutschen Sprache auf diese Weise gebildet wird. Die maßgeblichen Verkehrskreise werden daher, selbst wenn sie nicht englischsprachig sind, den auf einen Namen englischen Ursprungs folgenden Apostroph so verstehen können, dass er die Possessivform anzeigt. Im Gegensatz zum Bindestrich erscheint der Apostroph im vorliegenden Fall also nicht als visueller Einschnitt.

35 Demnach ist der Unterschied, der sich aus den durch unterschiedliche Interpunktionszeichen getrennten Buchstaben ergibt, visuell wahrnehmbar.

36 Somit ist festzustellen, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen nach dem Gesamteindruck als in visueller Hinsicht nur geringfügig oder allenfalls durchschnittlich ähnlich angesehen werden können.

37 Folglich ist die Beschwerdekammer zu Unrecht zu dem Ergebnis gelangt, dass zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen eine überdurchschnittliche schriftbildliche Ähnlichkeit bestehe.

– *Zur klanglichen Ähnlichkeit*

38 Die Beschwerdekammer war der Auffassung, die Aussprache der angemeldeten Marke sei „kodiks" oder „kodex" und die der älteren Wortmarke „kodis", so dass die einander gegenüberstehenden Zeichen, auch wenn sie sich in ihrer jeweiligen Endsilbe, nämlich „e-x und „y's", unterschieden, klanglich hochgradig ähnlich seien.

39 Die Klägerin trägt vor, die angemeldete Marke werde von den maßgeblichen Verkehrskreisen so wahrgenommen, dass sie aus zwei Wörtern bestehe, die durch eine deutliche lautliche Zäsur gekennzeichnet seien und als „kot" und „iks" ausgesprochen würden. Die ältere Wortmarke werde hingegen als zweisilbiges Einwortzeichen „kodis" ausgesprochen, und zwar mit Silbentrennung vor dem Buchstaben „d". Daher bestehe allenfalls eine geringe klangliche Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen.

40 Das EUIPO tritt dem Vorbringen der Klägerin entgegen, fügt aber hinzu, dass die maßgeblichen Verkehrskreise gemäß den deutschen Sprachregeln bei Apostrophen keine Sprechpause machten.

41 Das Gericht stellt fest, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen im Hinblick auf die drei in derselben Reihenfolge stehenden Anfangsbuchstaben „c", „o" und „d" klanglich ähnlich sind. Sie unterscheiden sich jedoch hinsichtlich der Schriftzeichenfolgen „e-x" und „y's" sowie hinsichtlich ihrer Silbenstruktur und ihres Klangrhythmus.

42 Denn unabhängig davon, ob die angemeldete Marke in drei Silben ausgesprochen wird, nämlich „ko", „de" und „iks" bzw. „ex", oder in zwei, nämlich „kod" und „iks" bzw. „ex", wirkt sich der Bindestrich auf die Aussprache dieser Marke aus, indem er eine der Silbentrennungen markiert. Die maßgeblichen Verkehrskreise werden daher vor der Silbe „iks" bzw. der Silbe „ex" eine Sprechpause machen, und zwar unabhängig davon, ob der erste Teil der angemeldeten Marke in zwei Silben oder einer Silbe ausgesprochen wird. Dagegen besteht die ältere Wortmarke aus zwei Silben, nämlich „ko" und „dis", und bei den maßgeblichen Verkehrskreisen wird nur die Silbentrennung zwischen diesen beiden Silben, nicht aber vor dem Buchstaben „s", hörbar, wobei der Apostroph keinerlei Einfluss auf die Aussprache hat.

43 Somit markieren der Buchstabe „x" und der ihm vorausgehende Bindestrich in der angemeldeten Marke eine Silbentrennung, die bei der älteren Wortmarke fehlt.

44 Diese Unterschiede im hinteren Teil der einander gegenüberstehenden Zeichen wirken sich auf die klangliche Wahrnehmung der maßgeblichen Verkehrskreise aus. Der Umstand, dass die Zeichen hinsichtlich der Buchstabenfolge „c", „o" und „d" übereinstimmen, vermag diese Schlussfolgerung nicht in Frage zu stellen.

45 Daraus folgt, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen in klanglicher Hinsicht durchschnittlich ähnlich sind und die Beschwerdekammer insoweit zu Unrecht eine hochgradige Ähnlichkeit angenommen hat.

– *Zur begrifflichen Ähnlichkeit*

46 Die Beschwerdekammer war der Auffassung, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen, da sie festgelegte, unterschiedliche Bedeutungen hätten, die von den maßgeblichen Verkehrskreisen unmittelbar verstanden würden, in begrifflicher Hinsicht verschieden seien.

47 Die Parteien stellen diese Feststellung der Beschwerdekammer nicht in Frage.

Zur Verwechslungsgefahr

48 Die umfassende Beurteilung der Verwechslungsgefahr impliziert eine gewisse Wechselbeziehung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen. So kann ein geringer Grad der Ähnlichkeit der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken ausgeglichen werden und umgekehrt (Urteile vom 29. September 1998, Canon, C-39/97, EU:C:1998:442, Rn. 17, und vom 14. Dezember 2006, Mast-Jägermeister/HABM – Licorera Zacapaneca [VENADO mit Rahmen u. a.], T-81/03, T-82/03 und T-103/03, EU:T:2006:397, Rn. 74).

49 Bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr kommt den bildlichen, klanglichen oder begrifflichen Aspekten der einander gegenüberstehenden Zeichen nicht immer gleiches Gewicht zu. Das Gewicht der Ähnlichkeiten oder Unterschiede zwischen diesen Zeichen kann

von deren Eigenschaften abhängen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Oktober 2004, New Look/HABM – Naulover [NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE und NLCollection], T-117/03 bis T-119/03 und T-171/03, EU:T:2004:293, Rn. 49).

50 Im vorliegenden Fall ist die Beschwerdekammer nach der Feststellung, dass die ältere Wortmarke eine normale originäre Kennzeichnungskraft besitze und die in Rede stehenden Waren identisch oder hochgradig ähnlich seien, zu dem Ergebnis gelangt, dass für die maßgeblichen Verkehrskreise, deren Aufmerksamkeitsgrad unterdurchschnittlich bis durchschnittlich sei, eine Verwechslungsgefahr bestehe. Sie hat diese Schlussfolgerung darauf gestützt, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen eine überdurchschnittliche Ähnlichkeit in schriftbildlicher Hinsicht und eine hochgradige Ähnlichkeit in klanglicher Hinsicht aufwiesen, so dass die Zeichen trotz ihres begrifflichen Unterschieds in der Gesamtschau als stark ähnlich anzusehen seien. Die Neutralisierung der Ähnlichkeiten sei wegen der hochgradigen schriftbildlichen und klanglichen Übereinstimmungen und in Anbetracht der Tatsache, dass die in Rede stehenden Waren hauptsächlich in einer geräuschintensiven Atmosphäre bestellt würden, nachdem sie auf einer Speisekarte gesehen worden seien, nicht möglich.

51 Die Klägerin macht geltend, dass die Kennzeichnungskraft der älteren Wortmarke gering sei, da die maßgeblichen Verkehrskreise die Wortbestandteile „Cody“ und „’s“ dieser Marke als Genitiv eines Eigennamens oder als beschreibenden Hinweis auf die geografische Herkunft der in Rede stehenden Waren, nämlich die Stadt Cody in den Vereinigten Staaten, verstünden. Zudem handele es sich bei diesen Waren um Massenkonsumgüter, die ganz überwiegend im Einzelhandel verkauft würden. Da die einander gegenüberstehenden Zeichen im Übrigen schriftbildlich unähnlich und klanglich nur geringfügig ähnlich seien, könne ihr begrifflicher Unterschied die Ähnlichkeiten neutralisieren, so dass für die maßgeblichen Verkehrskreise keine Verwechslungsgefahr bestehe.

52 Das EUIPO tritt dem Vorbringen der Klägerin entgegen.

53 Eingangs ist daran zu erinnern, dass die Parteien nicht bestreiten, dass die fraglichen Waren identisch oder hochgradig ähnlich sind.

54 Sodann ist erstens hinsichtlich des Vorbringens der Klägerin, die Kennzeichnungskraft der älteren Wortmarke sei gering, zum einen festzustellen, dass das Wort „Cody“ von den maßgeblichen Verkehrskreisen unmittelbar als Hinweis auf einen Eigennamen verstanden wird. Zum anderen wird die Hinzufügung eines Apostrophs und des Buchstabens „s“ zu einem Eigennamen als Hinweis auf den Vornamen Cody in der Possessivform verstanden, da der Genitiv von Eigennamen in der englischen und in manchen Fällen in der deutschen Sprache auf diese Weise gebildet wird. Somit werden die maßgeblichen Verkehrskreise den Wortbestandteil der älteren Wortmarke z. B. als den Namen eines Unternehmens wahrnehmen, das einer Person namens „Cody“ gehört, oder als den Namen einer Person, die die fraglichen Waren entworfen hat. Die Elemente, aus denen sich diese Marke zusammensetzt, bilden also in ihrer Gesamtheit einen einheitlichen Ausdruck.

55 Die Klägerin legt dagegen keinen Beweis vor, der die Annahme zuließe, dass ein Teil der maßgeblichen Verkehrskreise die ältere Wortmarke als Hinweis auf die Stadt Cody in den Vereinigten Staaten versteht.

56 Daher ist mit der Beschwerdekammer davon auszugehen, dass die ältere Wortmarke keine bestimmte Bedeutung hat, die mit den Waren der Klasse 32 zusammenhinge, so dass sie eine normale originäre Kennzeichnungskraft besitzt.

57 Was zweitens die Erwägung der Beschwerdekammer in Rn. 45 der angefochtenen Entscheidung betrifft, dass dem Grad der klanglichen Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen besondere Bedeutung beizumessen sei, weist das Gericht zum einen darauf hin, dass im Rahmen der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr den bildlichen, klanglichen und begrifflichen Aspekten der einander gegenüberstehenden Zeichen je nach den objektiven Bedingungen, unter denen die Marken auf dem Markt in Erscheinung treten können, ein unterschiedlich hohes Gewicht beizumessen sein kann. Insoweit ist jedoch als Bezugsgrundlage auf die Umstände abzustellen, unter denen die Arten der mit den fraglichen Marken gekennzeichneten Waren normalerweise vertrieben werden (vgl. Urteil vom 24. Juni 2014, Rani Refreshments/HABM – Global-Invest Bartosz Turek [Sani], T-523/12, nicht veröffentlicht, EU:T:2014:571, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).

58 Zum anderen lässt sich zwar nicht ausschließen, dass die Wahrnehmung des klanglichen Unterschieds zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen in einer besonders lauten Umgebung wie einer Bar oder einer Diskothek zu Zeiten starken Andrangs womöglich nicht selbstverständlich ist, doch kann eine solche Fallgestaltung nicht als alleinige Grundlage für die Prüfung einer etwaigen Gefahr der Verwechslung zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen herangezogen werden. Bei einer solchen Prüfung muss nämlich, wie sich im Wesentlichen aus der in der vorstehenden Randnummer angeführten Rechtsprechung ergibt, notwendigerweise berücksichtigt werden, wie diese Zeichen von den maßgeblichen Verkehrskreisen unter normalen Vertriebsbedingungen wahrgenommen werden (Urteil vom 24. Juni 2014, Sani, T-523/12, nicht veröffentlicht, EU:T:2014:571, Rn. 43).

59 Zwar hat das Gericht in den von der Beschwerdekammer in Rn. 45 der angefochtenen Entscheidung angeführten Urteilen der klanglichen Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen besondere Bedeutung beigemessen, weil die fraglichen Waren, die dem Getränkesektor, und zwar speziell dem Sektor der alkoholischen Getränke, zuzuordnen waren, mündlich bestellt werden konnten, nachdem ihre Bezeichnung auf der Speisekarte oder der Weinkarte gesehen wurde.

60 Aus der Rechtsprechung ergibt sich jedoch auch, dass es keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass der Getränkeverbraucher Getränke im Allgemeinen im Rahmen eines Bestellgesprächs in einer vollen und lauten Bar oder in einem solchen Restaurant kauft (vgl. Urteil vom 24. Juni 2014, Sani, T-523/12, nicht veröffentlicht, EU:T:2014:571, Rn. 43).

61 Des Weiteren ergibt sich, wie die Klägerin zu Recht geltend macht, außerdem aus der Rechtsprechung, dass Bars und Restaurants für diese Art von Waren zwar einen nicht zu vernachlässigenden Vertriebsweg darstellen, der Verbraucher die fraglichen Marken dort aber visuell insbesondere dadurch wahrnehmen kann, dass er die ihm zu servierende Flasche betrachtet oder andere Informationsquellen nutzt – etwa eine Speise- oder Getränkekarte –, bevor er die Bestellung mündlich aufgibt. Überdies und vor allem stellen Bars und Restaurants nicht den einzigen Absatzweg für die in Frage stehenden Produkte dar. Diese werden nämlich auch in Supermärkten und anderen Einzelhandelsgeschäften verkauft, wo der Verbraucher die Ware selbst auswählt und sich daher hauptsächlich auf das Bild der darauf angebrachten Marke verlassen muss. Beim dortigen Kauf können die Verbraucher die Marken optisch wahrnehmen, da die Getränke in Regalen aufgestellt sind (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 19. Oktober 2006,

Bitburger Brauerei/HABM – Anheuser-Busch [BUD, American Bud und Anheuser Busch Bud], T-350/04 bis T-352/04, EU:T:2006:330, Rn. 111 und 112 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie vom 3. September 2010, Companhia Muller de Bebidas/HABM – Missiato Industria e Comercio [61 A NOSSA ALEGRIA], T-472/08, EU:T:2010:347, Rn. 106).

62 Auch wenn bei Getränken die phonetische Wahrnehmung der Marken zuweilen als ausschlaggebend angesehen worden ist, kann eine solche Erwägung folglich nicht in allen Fällen gelten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 3. September 2010, 61 A NOSSA ALEGRIA, T-472/08, EU:T:2010:347, Rn. 106).

63 Im vorliegenden Fall ist kein Beweis dafür erbracht worden, dass die fraglichen Waren hauptsächlich mündlich bestellt werden. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass die maßgeblichen Verkehrskreise diese Waren unter Umständen kaufen, die so geartet sind, dass die klangliche Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr mehr Gewicht hätte als die schriftbildliche oder begriffliche Ähnlichkeit. Vielmehr werden die maßgeblichen Verkehrskreise, wenn sie diese Waren in Bars und Restaurants mündlich bestellen, dies im Allgemeinen tun, nachdem sie deren Bezeichnung auf einer Speise- oder sonstigen Karte gesehen haben, oder sie werden die ihnen zu servierende Ware betrachten können, so dass sie die Marke visuell wahrnehmen können, um ihren Erwerbswunsch kundzutun.

64 Selbst wenn der klanglichen Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen besonderes Gewicht beizumessen wäre, ließe dies jedenfalls die Feststellung unberührt, dass diese Ähnlichkeit nur durchschnittlich ist.

65 Aus den vorstehenden Rn. 15 bis 47 ergibt sich nämlich, dass die maßgeblichen Verkehrskreise entgegen der Feststellung der Beschwerdekammer einen durchschnittlichen Aufmerksamkeitsgrad an den Tag legen und die einander gegenüberstehenden Zeichen in der Gesamtbetrachtung nur einen geringen oder allenfalls mittleren Grad an schriftbildlicher Ähnlichkeit sowie einen durchschnittlichen Grad an klanglicher Ähnlichkeit aufweisen. Im Übrigen ist unstreitig, dass sich die Zeichen in begrifflicher Hinsicht unterscheiden.

66 Außerdem impliziert die umfassende Beurteilung der Verwechslungsgefahr nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass die begrifflichen Unterschiede zwischen den kollidierenden Zeichen die zwischen diesen beiden Zeichen bestehenden klanglichen und visuellen Ähnlichkeiten neutralisieren können, wenn zumindest eines der Zeichen eine eindeutige und bestimmte Bedeutung hat, so dass die maßgeblichen Verkehrskreise sie ohne Weiteres erfassen können (vgl. Urteil vom 4. März 2020, EUIPO/Equivalenza Manufactory, C-328/18 P, EU:C:2020:156, Rn. 74 und die dort angeführte Rechtsprechung).

67 Bei der älteren Wortmarke wird aber, wie aus der obigen Rn. 54 hervorgeht, deren eindeutige und bestimmte Bedeutung von den maßgeblichen Verkehrskreisen unmittelbar als Hinweis auf den Eigennamen Cody in der Possessivform wahrgenommen.

68 Was die angemeldete Marke betrifft, so ist deren Bestandteil „Code“ als Teil des Grundwortschatzes der deutschen Sprache anzusehen und wird von den maßgeblichen Verkehrskreisen unmittelbar so verstanden, dass er entweder einen Schlüssel bezeichnet, mit dessen Hilfe ein chiffrierter Text übertragen werden kann, oder eine Folge von Anweisungen in

einer Programmiersprache oder ein vereinbartes Inventar sprachlicher Zeichen und Regeln zu ihrer Verknüpfung oder eine durch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Schicht vorgegebene Weise der Verwendung von Sprache.

69 Im Übrigen ist nicht ausgeschlossen, dass der Wortbestandteil „-X" von den maßgeblichen Verkehrskreisen unmittelbar so verstanden wird, dass er sich auf ein für einen unbekannten Namen oder eine unbekannte Größe eingesetztes Zeichen, auf eine Unbekannte in einer Gleichung, die eine bestimmte Zahl repräsentiert, oder auf ein Zeichen für eine unbestimmte Zahl bezieht.

70 Folglich wird die ältere Wortmarke von den maßgeblichen Verkehrskreisen unmittelbar als Hinweis auf die Possessivform des Namens Cody verstanden werden, und die angemeldete Marke ist eine Bezugnahme auf ein insbesondere zur Geheimhaltung verwendetes System von Wörtern, Buchstaben, Figuren oder Symbolen, mit dem andere Wörter, Buchstaben, Figuren oder Symbole dargestellt werden sollen.

71 Die Beschwerdekammer hat im Übrigen in Rn. 37 der angefochtenen Entscheidung selbst ausgeführt, dass die unterschiedlichen Bedeutungen der einander gegenüberstehenden Zeichen von den maßgeblichen Verkehrskreisen unmittelbar verstanden würden.

72 Daher ist im Einklang mit der oben in Rn. 66 angeführten Rechtsprechung festzustellen, dass der begriffliche Unterschied zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen deren klangliche und schriftbildliche Ähnlichkeit neutralisiert.

73 Folglich werden die maßgeblichen Verkehrskreise, da sie über einen durchschnittlichen Aufmerksamkeitsgrad verfügen, schwerlich annehmen, dass die fraglichen Waren aus demselben Unternehmen oder aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen.

74 Die Beschwerdekammer hat also zu Unrecht eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung 2017/1001 bejaht.

75 In Rn. 48 der angefochtenen Entscheidung hat die Beschwerdekammer festgestellt, dass die beiden älteren Bildmarken dasselbe kennzeichnungskräftige Wortelement mit der geprüften älteren Wortmarke teilten und dass die geschützten Waren dieselben seien. Sie hat daher die irrige Schlussfolgerung, dass eine Gefahr der Verwechslung zwischen der angemeldeten Marke und der älteren Wortmarke bestehe, auf die ältere Bildmarke und die internationale Registrierung dieser Bildmarke mit Benennung der Europäischen Union übertragen.

76 Wie die Klägerin ausgeführt hat, tragen jedoch bei den älteren Bildmarken die zusätzlichen Bildelemente, nämlich eine weiße, leicht stilisierte Schriftart und ein rotes Parallelogramm, dazu bei, die einander gegenüberstehenden Zeichen noch stärker voneinander zu unterscheiden und jegliche Verwechslungsgefahr für die maßgeblichen Verkehrskreise zu vermeiden.

77 Demnach greift der einzige Klagegrund durch und ist die angefochtene Entscheidung aufzuheben.

Zur Aufrechterhaltung der Entscheidung der Widerspruchsabteilung

78 Mit ihrem zweiten Antrag begehrt die Klägerin die Aufrechterhaltung der Entscheidung der Widerspruchsabteilung, mit der diese den Widerspruch gegen die Eintragung der angemeldeten Marke zurückgewiesen hat.

79 Mit diesem Antrag begehrt die Klägerin im Wesentlichen, dass das Gericht von seiner Abänderungsbefugnis Gebrauch macht, um den Widerspruch gegen die Eintragung der angemeldeten Marke für alle von ihr erfassten Waren zurückzuweisen, und damit die Entscheidung erlässt, die nach Ansicht der Klägerin die Beschwerdekammer hätte erlassen müssen, als sie mit der Beschwerde befasst war.

80 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die dem Gericht nach Art. 72 Abs. 3 der Verordnung 2017/1001 zustehende Abänderungsbefugnis grundsätzlich auf Situationen zu beschränken ist, in denen das Gericht nach einer Überprüfung der von der Beschwerdekammer vorgenommenen Beurteilung auf der Grundlage der erwiesenen tatsächlichen und rechtlichen Umstände die Entscheidung zu finden vermag, die die Beschwerdekammer hätte erlassen müssen (Urteil vom 5. Juli 2011, Edwin/HABM, C-263/09 P, EU:C:2011:452, Rn. 72).

81 Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für die Ausübung der Abänderungsbefugnis des Gerichts erfüllt. Aus den oben in den Rn. 15 bis 77 dargelegten Erwägungen ergibt sich nämlich, dass die Beschwerdekammer ebenso wie die Widerspruchsabteilung hätte feststellen müssen, dass keine Verwechslungsgefahr besteht. Folglich ist der Widerspruch zurückzuweisen.

Kosten

82 Nach Art. 134 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichts ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

83 Da das EUIPO unterlegen ist, sind ihm, wie von der Klägerin beantragt, die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Entscheidung der Fünften Beschwerdekammer des Amtes der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) vom 4. Februar 2021 (Sache R 208/2020-5) wird aufgehoben.**

2. **Der Widerspruch der Cody's Drinks International GmbH wird zurückgewiesen.**

3. **Das EUIPO trägt die Kosten.**

Spielmann Öberg Brkan

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 23. Februar 2022.

Der Kanzler
E. Coulon

Der Präsident
S. Papasavvas