Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Erste Kammer)

21. September 2012*

„Gemeinschaftsmarke — Widerspruchsverfahren — Anmeldung der Gemeinschaftswortmarke WESTERN GOLD — Ältere nationale, internationale und Gemeinschaftswortmarken WESERGOLD, Wesergold und WeserGold — Relative Eintragungshindernisse — Keine Verwechslungsgefahr — Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 — Kennzeichnungskraft der älteren Marken“

In der Rechtssache T-278/10

Wesergold Getränkeindustrie GmbH & Co. KG mit Sitz in Rinteln (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte P. Goldenbaum, T. Melchert und I. Rohr,

Klägerin,

gegen

Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM), vertreten durch R. Pethke als Bevollmächtigten,

Beklagter,

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

Lidl Stiftung & Co. KG mit Sitz in Neckarsulm (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte A. Marx und M. Schaeffer,

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des HABM vom 24. März 2010 (Sache R 770/2009-1) zu einem Widerspruchsverfahren zwischen der Wesergold Getränkeindustrie GmbH & Co. KG und der Lidl Stiftung & Co. KG

erlässt

DAS GERICHT (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten J. Azizi (Berichterstatter), des Richters S. Frimodt Nielsen und der Richterin M. Kancheva,

Kanzler: C. Heeren, Verwaltungsrätin,

aufgrund der am 21. Juni 2010 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

aufgrund der am 12. November 2010 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung des HABM,

aufgrund der am 30. September 2010 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung der Streithelferin,

auf die mündliche Verhandlung vom 27. Juni 2012

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Am 23. August 2006 meldete die Streithelferin, die Lidl Stiftung & Co. KG, beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) nach der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) in geänderter Fassung (ersetzt durch die Verordnung [EG] Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke [ABl. L 78, S. 1]) eine Gemeinschaftsmarke an.

2 Bei der angemeldeten Marke handelt es sich um das Wortzeichen WESTERN GOLD.

3 Die Marke wurde für die Waren „Spirituosen, insbesondere Whisky“ der Klasse 33 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.

4 Die Gemeinschaftsmarkenanmeldung wurde im *Blatt für Gemeinschaftsmarken* Nr. 3/2007 vom 22. Januar 2007 veröffentlicht.

5 Am 14. März 2007 erhob die Klägerin, die Wesergold Getränkeindustrie GmbH & Co. KG, gegen die Anmeldung der Marke für die oben in Randnr. 3 genannten Waren gemäß Art. 42 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 41 der Verordnung Nr. 207/2009) Widerspruch.

6 Der Widerspruch war auf mehrere ältere Marken gestützt.

7 Als Erstes wurde die ältere Gemeinschaftswortmarke „WeserGold“ geltend gemacht, die für folgende Waren der Klassen 29, 31 und 32 am 3. Januar 2003 angemeldet und am 2. März 2005 unter der Nr. 2994739 eingetragen worden war:

— Klasse 29: „Konservierte, getrocknete und gekochte Früchte und Gemüse; Gallerten (Gelees), Konfitüren, Kompotte; Milchprodukte, nämlich Joghurt-Getränke, bestehend vor allem aus Joghurt sowie aus Fruchtsäften oder Gemüsesäften“;

— Klasse 31: „Frische Früchte“;

— Klasse 32: „Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer; andere nichtalkoholische Getränke, nämlich Limonaden, Brausen und Cola-Getränke; Fruchtsäfte, Fruchtgetränke, Gemüsesäfte und Gemüsegetränke; Sirupe und andere Präparate zur Herstellung von Getränken“.

8 Als Zweites wurde die ältere deutsche Wortmarke „WeserGold“ geltend gemacht, die für folgende Waren der Klassen 29, 31 und 32 am 26. November 2002 angemeldet und am 27. Februar 2003 unter der Nr. 30257995 eingetragen worden war:

— Klasse 29: „Konservierte, getrocknete und gekochte Früchte und Gemüse; Gallerten (Gelees), Konfitüren, Fruchtsoßen; Milchprodukte, nämlich Joghurtgetränke, bestehend vor allem aus Joghurt sowie aus Fruchtsäften oder Gemüsesäften“;

— Klasse 31: „Frische Früchte“;

— Klasse 32: „Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer; andere nichtalkoholische Getränke, nämlich Limonaden, Brausen und Colagetränke; Fruchtsäfte, Fruchtgetränke, Gemüsesäfte und Gemüsegetränke; Sirupe und andere Präparate zur Herstellung von Getränken“.

9 Als Drittes wurde die am 13. März 2003 mit Wirkung in der Tschechischen Republik, in Dänemark, Spanien, Frankreich, Italien, Ungarn, Österreich, Polen, Portugal, Slowenien, Schweden, dem Vereinigten Königreich und den Benelux-Ländern für folgende Waren der Klassen 29, 31 und 32 angemeldete ältere internationale Wortmarke Nr. 801149 „Wesergold“ geltend gemacht:

— Klasse 29: „Konservierte, getrocknete und gekochte Früchte und Gemüse; Gallerten (Gelees), Konfitüren, Fruchtsoßen; Milchprodukte, nämlich Joghurtgetränke, bestehend vor allem aus Joghurt sowie aus Fruchtsäften oder Gemüsesäften“;

— Klasse 31: „Frische Früchte“;

— Klasse 32: „Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer; andere nichtalkoholische Getränke, nämlich Limonaden, Brausen und Cola-Getränke; Fruchtsäfte, Fruchtgetränke, Gemüsesäfte und Gemüsegetränke; Sirupe und andere Präparate zur Herstellung von Getränken“.

10 Als Viertes wurde die für folgende Waren der Klasse 32 am 12. Juni 1970 angemeldete, am 16. Februar 1973 unter der Nr. 902472 eingetragene und am 13. Juni 2000 verlängerte ältere deutsche Wortmarke „WESERGOLD“ geltend gemacht: „Süßmoste, Limonaden, Mineralwässer, Gemüsesäfte als Getränk, Obstsäfte“.

11 Als Fünftes wurde die polnische Wortmarke „WESERGOLD“ geltend gemacht, die für folgende Waren der Klasse 32 am 26. Juni 1996 angemeldet und am 11. Mai 1999 unter der Nr. 161413 eingetragen worden war: „Mineralwässer und Quellenwässer; Tischwässer, alkoholfreie Getränke; Fruchtsäfte, Fruchtnektare, Fruchtsirupe, Gemüsesäfte, Gemüsenektare, Erfrischungsgetränke, Getränke aus Fruchtsäften, Limonade, Schaumgetränke, Mineralgetränke, Eistees, aromatisierte Mineralwässer, Mineralwässer mit Zusatz von Fruchtsäften – alle genannten Getränke auch als diätetische Präparate für nichtmedizinische Zwecke“.

12 Als Widerspruchsgrund wurde das Eintragungshindernis des Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009) geltend gemacht.

13 Am 11. Juni 2009 gab die Widerspruchsabteilung dem Widerspruch statt und wies die Gemeinschaftsmarkenanmeldung zurück. Aus Gründen der Verfahrensökonomie beschränkte sie die Prüfung des Widerspruchs auf die ältere Gemeinschaftswortmarke, für die keine ernsthafte Benutzung nachgewiesen werden musste.

14 Am 13. Juli 2009 legte die Streithelferin nach den Art. 58 bis 64 der Verordnung Nr. 207/2009 beim HABM Beschwerde gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung ein.

15 Mit Entscheidung vom 24. März 2010 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) gab die Erste Beschwerdekammer des HABM der Beschwerde statt und hob die Entscheidung der Widerspruchsabteilung auf. Die Beschwerdekammer befand, dass das relevante Publikum aus dem allgemeinen Publikum der Europäischen Union bestehe. Zwischen den von der Anmeldemarke erfassten Waren in Klasse 33, nämlich „Spirituosen, insbesondere Whisky“, und den von den älteren Marken erfassten Waren in den Klassen 29 und 31 bestehe keine Ähnlichkeit (vgl. Randnrn. 20 f. der angefochtenen Entscheidung). Die von der Anmeldemarke erfassten Waren in Klasse 33 und die von den älteren Marken erfassten Waren in Klasse 32 seien zu einem geringen Grad ähnlich (vgl. Randnrn. 22 bis 28 der angefochtenen Entscheidung). Die einander gegenüberstehenden Zeichen seien bildlich (vgl. Randnr. 33 der angefochtenen Entscheidung) und klanglich (vgl. Randnr. 34 der angefochtenen Entscheidung) zu einem mittleren Grad ähnlich, begrifflich aber unähnlich (vgl. Randnrn. 35 bis 37 der angefochtenen Entscheidung). Hinsichtlich der Kennzeichnungskraft der älteren Marken war die Beschwerdekammer im Wesentlichen der Ansicht, dass sie aufgrund des Vorhandenseins des Wortes „Gold“, das eine geringe Kennzeichnungskraft besitze, leicht unter dem Durchschnitt liege (vgl. Randnrn. 38 bis 40 der angefochtenen Entscheidung). Die Abwägung aller Umstände des Einzelfalls führe schließlich im Rahmen der Beurteilung der Verwechslungsgefahr dazu, dass zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen keine Verwechslungsgefahr bestehe (vgl. Randnrn. 41 bis 47 der angefochtenen Entscheidung).

Anträge der Verfahrensbeteiligten

16 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

— dem HABM die Kosten aufzuerlegen.

17 Das HABM und die Streithelferin beantragen,

— die Klage abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

18 Die Klägerin stützt ihre Klage auf vier Klagegründe, mit denen sie einen Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 Buchst. b, Art. 64, Art. 75 Satz 2 und, hilfsweise, Art. 75 Satz 1 der Verordnung Nr. 207/2009 rügt. Sie trägt vor, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen in schriftbildlicher, klanglicher und begrifflicher Hinsicht ähnlich seien, dass die älteren Marken eine originäre und durch Benutzung gesteigerte Kennzeichnungskraft besäßen und dass die mit den einander gegenüberstehenden Zeichen bezeichneten Waren ähnlich seien. Daher bestehe für die maßgeblichen Verkehrskreise zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen Verwechslungsgefahr.

19 Das HABM und die Streithelferin halten die von der Klägerin geltend gemachten Klagegründe für nicht stichhaltig. Ihrer Ansicht nach besteht zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen keine Verwechslungsgefahr.

Vorbemerkungen

20 Zunächst ist daran zu erinnern, dass nach Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 auf Widerspruch des Inhabers einer älteren Marke die angemeldete Marke von der Eintragung ausgeschlossen ist, 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.

21 Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine Verwechslungsgefahr 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 nach der Rechtsprechung umfassend, gemäß der Wahrnehmung der Zeichen und der betroffenen Waren oder Dienstleistungen durch die maßgeblichen Verkehrskreise und unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Wechselbeziehung zwischen der Ähnlichkeit der Zeichen und der der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen, zu beurteilen (vgl. Urteil des Gerichts vom 9. Juli 2003, Laboratorios RTB/HABM – Giorgio Beverly Hills [GIORGIO BEVERLY HILLS], T-162/01, Slg. 2003, II-2821, Randnrn. 30 bis 33 und die dort angeführte Rechtsprechung).

22 Für die Anwendung des Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 setzt eine Verwechslungsgefahr voraus, dass eine Identität oder Ähnlichkeit zwischen den einander gegenüberstehenden Marken und eine Identität oder Ähnlichkeit der mit ihnen gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen mit denen besteht, für die die ältere Marke eingetragen ist. Es handelt sich hierbei um kumulative Voraussetzungen (vgl. Urteil des Gerichts vom 22. Januar 2009, Commercy/HABM – easyGroup IP Licensing [easyHotel], T-316/07, Slg. 2009, II-43, Randnr. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Zu den maßgeblichen Verkehrskreisen

23 Bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist nach der Rechtsprechung auf einen Durchschnittsverbraucher der betreffenden Art von Waren abzustellen, der im Prinzip normal informiert und angemessen aufmerksam und verständig ist. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers je nach Art der Waren oder Dienstleistungen unterschiedlich hoch sein kann (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 13. Februar 2007, Mundipharma/HABM – Altana Pharma [RESPICUR], T-256/04, Slg. 2007, II-449, Randnr. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).

24 Im vorliegenden Fall ist hinsichtlich der fraglichen Waren die von der Beschwerdekammer vorgenommene und im Übrigen von den Verfahrensbeteiligten nicht gerügte Definition der maßgeblichen Verkehrskreise zu bestätigen, wonach es sich bei den maßgeblichen Verkehrskreisen um das allgemeine Publikum handelt.

25 Da die angefochtene Entscheidung u. a. auf eine ältere Gemeinschaftsmarke gestützt ist, ist in den maßgeblichen Verkehrskreisen der Durchschnittsverbraucher der Union zu sehen.

Zum Vergleich der Waren

26 Nach ständiger Rechtsprechung sind bei der Beurteilung der Ähnlichkeit der betreffenden Waren oder Dienstleistungen alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen, die das Verhältnis zwischen diesen Waren und Dienstleistungen kennzeichnen. Zu diesen Faktoren gehören insbesondere deren Art, Verwendungszweck und Nutzung sowie ihre Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Waren oder Dienstleistungen. Es können auch andere Faktoren wie beispielsweise die Vertriebswege der betreffenden Waren berücksichtigt werden (vgl. Urteil des Gerichts vom 11. Juli 2007, El Corte Inglés/HABM – Bolaños Sabri [PiraÑAM diseño original Juan Bolaños], T-443/05, Slg. 2007, II-2579, Randnr. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung).

27 Die Beschwerdekammer hat in der angefochtenen Entscheidung festgestellt, dass sich die von der Anmeldemarke erfassten Waren in Klasse 33 von denen, die von den älteren Marken erfasst würden und zu den Klassen 29 und 31 gehörten, unterschieden (vgl. Randnrn. 20 und 21 der angefochtenen Entscheidung). Außerdem seien die mit der angemeldeten Marke bezeichneten Waren der Klasse 33 und die von den älteren Marken erfassten Waren der Klasse 32 nur zu einem geringen Grad ähnlich (vgl. Randnr. 28 der angefochtenen Entscheidung).

28 Die Klägerin wendet sich gegen die Auffassung der Beschwerdekammer, wonach zwischen den mit der angemeldeten Marke bezeichneten Waren der Klasse 33 und den von den älteren Marken erfassten Waren der Klasse 32 nur eine geringe Ähnlichkeit bestehe. Ihrer Ansicht nach besteht zwischen den genannten Waren eine normale Ähnlichkeit.

29 Die Klägerin stellt somit die Beurteilung der Beschwerdekammer, wonach sich die von der Anmeldemarke erfassten Waren der Klasse 33 von den Waren unterscheiden, die von den älteren Marken erfasst werden und zu den Klassen 29 und 31 gehören, nicht in Frage; ihre Rüge beschränkt sich vielmehr auf die Ähnlichkeit zwischen den von der Anmeldemarke erfassten Waren der Klasse 33 und den Waren der Klasse 32, die unter die älteren Marken fallen.

30 Zu diesem Vergleich trägt die Klägerin erstens vor, trotz der Tatsache, dass bestimmte Verbraucher auf die Unterscheidung zwischen alkoholischen und nichtalkoholischen Getränken achteten, sei die zwischen den fraglichen Waren ansonsten bestehende Ähnlichkeit nicht von der Hand zu weisen. Die große Mehrzahl der Verbraucher differenziere nicht nach dem Alkoholgehalt, sondern treffe ihre Wahl aktuell und spontan aus der Gesamtauswahl zur Verfügung stehender Getränke, beispielsweise aus einer Getränkekarte. In diesem Zusammenhang sei der Verweis auf das Urteil des Gerichts vom 18. Juni 2008, Coca-Cola/HABM – San Polo (MEZZOPANE) (T-175/06, Slg. 2008, II-1055), unzutreffend, da es nicht Spirituosen, sondern Wein betreffe.

31 Dazu ist zu bemerken, dass die Beschwerdekammer zu Recht festgestellt hat, dass sich die Art der Waren – je nachdem, ob sie Alkohol enthalten oder nicht – unterscheidet. Ob in einem Getränk Alkohol enthalten ist oder nicht, wird von den maßgeblichen Verkehrskreisen im Hinblick auf die Art der fraglichen Getränke als ein wichtiger Unterschied wahrgenommen. Das allgemeine Publikum der Union ist entgegen dem Vorbringen der Klägerin aufmerksam und unterscheidet selbst dann zwischen alkoholischen und nichtalkoholischen Getränken, wenn es seine Wahl jeweils „aus dem Bauch heraus“ trifft. Die Beschwerdekammer hat daher in der angefochtenen Entscheidung zu Recht unter Hinweis auf das Urteil MEZZOPANE (oben in Randnr. 30 angeführt, Randnrn. 80 bis 82) festgestellt, dass der Durchschnittsverbraucher beim Vergleich zwischen den von der angemeldeten Marke erfassten Spirituosen und den alkoholfreien Getränken der älteren Marken diese Unterscheidung trifft.

32 Zweitens macht die Klägerin geltend, dass es hinsichtlich des Verwendungszwecks und der Nutzung der Waren der sich gegenüberstehenden Zeichen eine erhebliche Überschneidung gebe, weil Spirituosen oft mit nichtalkoholischen Getränken gemischt würden. Zum Teil würden diese Getränke in Form fertiger Mischgetränke wie bei „Alkopops“ oder zusammen als Cocktail oder als Longdrink getrunken.

33 Dazu ist festzustellen, dass die Beschwerdekammer keinen Fehler begangen hat, als sie darauf hinwies, dass sich die fraglichen Waren in Bezug auf ihren Verwendungszweck und ihre Nutzung teilweise überschneiden. Der Umstand, dass Spirituosen oft mit nichtalkoholischen Getränken gemischt werden, sei es als fertige Mischgetränke oder in Form von Cocktails und Longdrinks, steht nämlich der Tatsache, dass Spirituosen und insbesondere Whisky häufig auch pur abgefüllt und getrunken werden, nicht entgegen.

34 Drittens wendet sich die Klägerin gegen die Feststellung der Beschwerdekammer, die maßgeblichen Verkehrskreise gingen aufgrund des besonderen Herstellungsprozesses von Spirituosen, der sich von dem nichtalkoholischer Getränke völlig unterscheide, generell nicht davon aus, dass Spirituosen und

nichtalkoholische Getränke von ein und demselben Unternehmen hergestellt würden. Nach Ansicht der Klägerin entspricht diese Einschätzung nicht der Wirklichkeit, und sie nennt hierzu Beispiele von Herstellern von Fruchtsaftgetränken und Obstbränden sowie Internetseiten.

35 Dazu ist festzustellen, dass die Klägerin die vorgenannten Beweise erstmalig dem Gericht vorgelegt hat. Die Klage beim Gericht ist jedoch auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der von den Beschwerdekammern des HABM erlassenen Entscheidungen im Sinne von Art. 65 der Verordnung Nr. 207/2009 gerichtet, so dass es nicht Aufgabe des Gerichts ist, den Sachverhalt im Licht erstmalig bei ihm eingereichter Unterlagen zu überprüfen. Diese Dokumente sind daher als unzulässig zurückzuweisen, ohne dass ihre Beweiskraft geprüft zu werden braucht (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 24. November 2005, Sadas/HABM – LTJ Diffusion [ARTHUR ET FELICIE], T-346/04, Slg. 2005, II-4891, Randnr. 19 und die dort angeführte Rechtsprechung). Außerdem wird die Feststellung, dass der Durchschnittsverbraucher generell nicht davon ausgeht, dass Spirituosen und nichtalkoholische Getränke von ein und demselben Unternehmen hergestellt werden, durch den Umstand, dass die Hersteller von Branntwein oder anderen Spirituosen in einer Reihe von Fällen auch nichtalkoholische Getränke produzieren, nicht in Frage gestellt. Angesichts der völlig unterschiedlichen Herstellungsprozesse konnte die Beschwerdekammer nämlich den Schluss ziehen, dass die maßgeblichen Verkehrskreise im Allgemeinen nicht davon ausgehen, dass die alkoholischen und nichtalkoholischen Getränke von ein und demselben Unternehmen stammen.

36 Darüber hinaus trägt die Klägerin vor, dass es für die Frage der Warenähnlichkeit nicht darauf ankomme, ob die fraglichen Waren an den gleichen Fabrikationsstätten hergestellt würden, sondern darauf, ob das Publikum glauben könnte, dass sie aus demselben oder aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammten. Im vorliegenden Fall ist jedoch aus dem von der Beschwerdekammer angeführten unterschiedlichen Herstellungsprozess von Spirituosen einerseits und nichtalkoholischen Getränken andererseits zu schließen, dass das Publikum nicht annimmt, dass die zwei Arten von Waren aus demselben oder aus einem wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen.

37 Viertens wendet sich die Klägerin gegen die Feststellung der Beschwerdekammer, dass Spirituosen im Gegensatz zu nichtalkoholischen Getränken als Genussmittel und nicht als Durstlöscher dienten. Viele nichtalkoholische Getränke würden wegen ihres hohen Zuckergehalts gerade nicht als Durstlöscher, sondern bewusst wegen ihres Geschmacks und zum Genuss getrunken.

38 Dazu ist zu bemerken, dass die maßgeblichen Verkehrskreise Spirituosen nicht als Durstlöscher ansehen. Zwar sind viele nichtalkoholische Getränke mit hohem Zuckergehalt nicht durstlöschend, doch werden sie von den maßgeblichen Verkehrskreisen gleichwohl als durstlöschend angesehen, insbesondere wenn sie gekühlt serviert werden. Angesichts der Auswirkungen, die der Genuss von Alkohol auf die Gesundheit und die geistige und körperliche Leistungsfähigkeit hat, trinkt der Durchschnittsverbraucher Spirituosen nur gelegentlich zum Genuss und wegen ihres Geschmacks. Alkoholfreie Getränke werden demgegenüber ganz allgemein als Durstlöscher getrunken, wenngleich der Durchschnittsverbraucher sie nach ihrem Geschmack auswählen dürfte. Die Beschwerdekammer hat jedenfalls zu Recht festgestellt, dass für die maßgeblichen Verkehrskreise die Tatsache, dass die einen Getränke Alkohol enthalten und die anderen nicht, und der unterschiedliche Geschmack, den Spirituosen und die von den älteren Marken erfassten alkoholfreien Getränke haben, gegenüber dem Verwendungszweck und der Nutzung, die diesen Getränken gemeinsam sind, vorrangige Bedeutung haben.

39 Fünftens macht die Klägerin geltend, dass die fraglichen Waren insofern zueinander komplementär seien, als Spirituosen in vielfältiger Weise und überwiegend in gemischter Form konsumiert würden.

40 Dazu ist darauf hinzuweisen, dass Produkte als zueinander komplementär anzusehen sind, wenn zwischen ihnen ein enger Zusammenhang in dem Sinne besteht, dass eines von ihnen für die Verwendung des anderen unentbehrlich oder wichtig ist (vgl. in diesem Sinne Urteil MEZZOPANE,

oben in Randnr. 30 angeführt, Randnr. 67). Der Kauf eines alkoholfreien Getränks ist jedoch für den Kauf einer Spirituose nicht unentbehrlich und umgekehrt. Zwar besteht zwischen den beiden Produktarten ein Zusammenhang, doch beschränkt sich dieser auf Mischgetränke. Der Käufer eines dieser Produkte sieht sich nur in diesem Fall veranlasst, das andere zu kaufen, und umgekehrt. Spirituosen und alkoholfreie Getränke werden jedoch, wie oben in Randnr. 33 erwähnt, häufig pur getrunken, ohne vorher gemischt zu werden.

41 Unter Berücksichtigung all dieser Argumente konnte die Beschwerdekammer fehlerfrei davon ausgehen, dass die von der Anmeldemarke erfassten Spirituosen und die von den älteren Marken erfassten alkoholfreien Getränke nur zu einem geringen Grad ähnlich sind.

42 Dieser Schlussfolgerung steht die von der Klägerin geltend gemachte Entscheidung (Sache R 83/2003-4) der Vierten Beschwerdekammer des HABM nicht entgegen. Nach ständiger Rechtsprechung sind nämlich die Entscheidungen der Beschwerdekammern über die Eintragung eines Zeichens als Gemeinschaftsmarke gemäß der Verordnung Nr. 207/2009 gebundene Entscheidungen und keine Ermessensentscheidungen. Die Rechtmäßigkeit der genannten Entscheidungen ist daher allein auf der Grundlage dieser Verordnung und nicht anhand einer vorherigen Entscheidungspraxis der Beschwerdekammern zu beurteilen (Urteil des Gerichtshofs vom 26. April 2007, Alcon/HABM, C-412/05 P, Slg. 2007, I-3569, Randnr. 65, und Urteil ARTHUR ET FELICIE, oben in Randnr. 35 angeführt, Randnr. 71).

Zum Vergleich der einander gegenüberstehenden Zeichen

Vorbemerkungen

43 Bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist hinsichtlich der Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen im Bild, im Klang oder in der Bedeutung auf den Gesamteindruck abzustellen, den diese 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 Marken auf den Durchschnittsverbraucher der betreffenden Art von Waren oder Dienstleistungen wirken. Dabei nimmt der Durchschnittsverbraucher eine Marke normalerweise als Ganzes wahr und achtet nicht auf ihre verschiedenen Einzelheiten (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 12. Juni 2007, HABM/Shaker, C-334/05 P, Slg. 2007, I-4529, Randnr. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung).

44 Zunächst ist festzustellen, dass der Umstand, dass die aus demselben Begriff – „Wesergold“ – bestehenden älteren Marken mal in Großbuchstaben, mal in Kleinbuchstaben, mal mit einem Großbuchstaben am Anfang und in der Mitte des genannten Begriffs geschrieben sind, für den Vergleich der fraglichen Zeichen keine Rolle spielt. Nach der Rechtsprechung besteht eine Wortmarke nämlich ausschließlich aus Buchstaben, Wörtern oder Wortkombinationen in normaler Schriftart ohne spezifische grafische Elemente. Demzufolge erstreckt sich der Schutz, der sich aus der Eintragung einer Wortmarke ergibt, auf das in der Anmeldung angegebene Wort und nicht auf die besonderen grafischen oder gestalterischen Aspekte, die diese Marke möglicherweise annehmen kann (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 22. Mai 2008, Radio Regenbogen Hörfunk in Baden/HABM [RadioCom], T-254/06, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 43 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Zum bildlichen Vergleich

45 Die Klägerin tritt der Beurteilung der Beschwerdekammer entgegen, wonach die fraglichen Zeichen im Bild zu einem mittleren Grad ähnlich seien. Sie meint, dass zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen ein hoher Grad an visueller Ähnlichkeit bestehe, weil es sich bei der

Benutzung eines Großbuchstabens nicht um ein grafisches Element, sondern um eine Gliederung der Wortmarke in zwei Begriffe handele. Wäre es anders, hätte auch der Zwischenraum zwischen zwei Wörtern innerhalb einer Wortmarke keine Bedeutung und wären Wortmarken aus zwei oder mehr Wörtern als Ein-Wort-Marken anzusehen. Hilfsweise weist sie darauf hin, dass sowohl die Anmeldemarke als auch die älteren Marken, folgte man dem vorgenannten Ansatz, als Ein-Wort-Marken angesehen werden müssten. Außerdem seien die älteren Marken offensichtlich in zwei Elemente gegliedert und habe eine Getrennt- oder Zusammenschreibung der Marke keine andere Aussprache zur Folge. Die einander gegenüberstehenden Zeichen ermöglichten jeweils verschiedene Ausspracherhythmen, von denen keiner wahrscheinlicher als der jeweils andere sei, und ihre Schreibweise lasse nicht auf bildliche Unterschiede schließen.

46 In diesem Zusammenhang ist angesichts der oben in Randnr. 44 angeführten Rechtsprechung die Auffassung der Beschwerdekammer zu bestätigen, dass die abwechselnde Benutzung von Klein- und Großbuchstaben bei einer der älteren Marken keinerlei Einfluss auf den Vergleich der Zeichen hat, da es sich bei den älteren Marken um Wortmarken handelt. In bildlicher Hinsicht ist somit eine Gliederung der älteren Marken in zwei Begriffe, wie die Klägerin geltend macht, nicht anzunehmen und festzustellen, dass die älteren Marken aus einem einzigen Begriff bestehen.

47 Die Tatsache, dass der einzige Begriff, aus dem die älteren Marken bestehen, als eine Zusammensetzung der Begriffe „Weser“ und „Gold“ aufgefasst werden kann, lässt die Beurteilung der Beschwerdekammer unberührt, dass die Anmeldemarke bildlich zwei Wörter umfasst, die ältere Marke hingegen nur eines. Darüber hinaus unterscheidet sich die Anmeldemarke, wie die Beschwerdekammer ausführt, selbst wenn die Reihenfolge der übrigen Buchstaben identisch ist, von den älteren Marken durch die Buchstaben „t“ und „n“. Aufgrund dieser Gesichtspunkte und der Tatsache, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen die Buchstabenfolgen „w“, „e“ und „s“ sowie „e“ und „r“ und überdies das Element „Gold“ enthalten, hat die Beschwerdekammer keinen Fehler begangen, als sie darauf hinwies, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen im Bild zu einem mittleren Grad ähnlich seien.

Zum klanglichen Vergleich

48 Die Klägerin tritt der Beurteilung der Beschwerdekammer entgegen, wonach die einander gegenüberstehenden Zeichen klanglich zu einem mittleren Grad ähnlich seien (siehe Randnr. 34 der angefochtenen Entscheidung). Sie meint, zwischen der Anmeldemarke und den älteren Marken bestehe angesichts der identischen Silbenzahl, der Übereinstimmung in der letzten Silbe und in den ersten drei Buchstaben sowie der neun identischen Laute in gleicher Reihenfolge ein hoher Grad an klanglicher Übereinstimmung. Bei der Anmeldemarke verschmelze der Buchstabe „t“ mit dem davor liegenden „s“ zu einem Zischlaut, und der Buchstabe „n“ sei akustisch kaum wahrzunehmen.

49 Dazu ist festzustellen, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen jeweils die Buchstabenfolgen „w“, „e“ und „s“ sowie „e“ und „r“ und überdies den Begriff „Gold“ in derselben Reihenfolge aufweisen. Aufgrund der in der Anmeldemarke WESTERN GOLD vorhandenen Buchstaben „t“ und „n“ wird diese jedoch von den maßgeblichen Verkehrskreisen anders als die älteren Marken ausgesprochen. Die Buchstaben „n“ und „t“ sind hörbar und führen bei der Aussprache der genannten Marke zu Unterschieden im Sprachrhythmus und Klangbild, zumindest bei einem Teil der maßgeblichen Verkehrskreise, insbesondere beim englischen, spanischen, französischen und deutschen allgemeinen Publikum. So wird die letzte Silbe des ersten Wortes der Anmeldemarke, d. h. die Silbe „stern“, länger ausgesprochen und klanglich als länger wahrgenommen als die Silbe „ser“ der älteren Marken. Außerdem wird der Buchstabe „s“ in der Anmeldemarke je nach der Sprache des jeweiligen Verbrauchers genauso wie oder anders als derselbe Buchstabe in den älteren Marken ausgesprochen, nämlich [s] oder [z].

50 Daher hat die Beschwerdekammer zu Recht entschieden, dass die fraglichen Zeichen im Klang zu einem mittleren Grad ähnlich sind.

Zum begrifflichen Vergleich

51 Die Beschwerdekammer hat in der angefochtenen Entscheidung festgestellt, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen begrifflich unähnlich seien (vgl. Randnr. 37 der angefochtenen Entscheidung).

52 Die Klägerin tritt dieser Auffassung entgegen; sie meint, dass die fraglichen Zeichen begrifflich ähnlich seien. Der Begriff „Western Gold“ sei inhaltlich schillernd und nicht eindeutig greifbar und lasse dadurch mannigfaltige, aber unkonkrete Assoziationen zu, die nicht geeignet seien, zu einer erhöhten Unterscheidbarkeit beizutragen. Der übereinstimmende Begriffsbestandteil „Gold“ erzeuge eine positive Assoziation, die eine unterschwellige gedankliche Verbindung zwischen den Zeichen herzustellen geeignet sei.

53 Dazu ist festzustellen, dass der Begriff „Western“ entweder die Himmelsrichtung „Westen“ oder ein Filmgenre bezeichnet, denn Westernfilme sind in den maßgeblichen Verkehrskreisen ein weitgehend bekanntes Filmgenre. Die beiden Bedeutungen des Wortes „Western“ hängen im Übrigen eng miteinander zusammen, da sich die Bezeichnung des Filmgenres aus dem Ort der Handlung, dem Westen der Vereinigten Staaten, ableitet. Außerdem hat die Beschwerdekammer zutreffend darauf hingewiesen, dass viele Verbraucher einen Bezug zwischen Whisky und den genannten Filmen sehen, da einige Schauspieler dieser Art von Filmen oft Whisky konsumieren. Die maßgeblichen Verkehrskreise verbinden daher mit dem Begriff „Western“ eine oder mehrere konkrete Bedeutungen.

54 Der Begriff „Weser“ wird, wie die Beschwerdekammer zutreffend ausgeführt hat, von einem Teil des deutschen Publikums als eine Bezugnahme auf den Fluss aufgefasst, der u. a. durch die Stadt Bremen (Deutschland) fließt. Für die übrigen maßgeblichen europäischen Verkehrskreise handelt es sich um einen Phantasiebegriff.

55 Der Bestandteil „Gold“ der fraglichen Marken wird als ein Hinweis auf das Edelmetall Gold verstanden, dessen Farbe der von Whisky ähnelt. Außerdem kann er von den angesprochenen Verbrauchern mit einer höheren Qualität in Verbindung gebracht und insofern als ein anpreisendes Element aufgefasst werden. Das relevante englischsprachige Publikum, d. h. die englischen und die irischen Verbraucher, versteht unter der Anmeldemarke „Gold des Westens“. Der gemeinsame Bestandteil „Gold“ der einander gegenüberstehenden Zeichen reicht jedoch nicht, um die Bedeutungsunterschiede zu neutralisieren, die angesichts der unterschiedlichen Bedeutung der Wörter „Western“ und „Weser“ zwischen den fraglichen Zeichen bestehen.

56 Demzufolge konnte die Beschwerdekammer, der insoweit kein Fehler unterlaufen ist, davon ausgehen, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen begrifflich unähnlich sind.

Zwischenbewertung

57 Was den Zeichenvergleich betrifft, ergibt sich somit, dass die Beschwerdekammer zu Recht festgestellt hat, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen bildlich und klanglich ähnlich, begrifflich hingegen unähnlich sind.

58 In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass Marken, wenn sie vom Klang und vom Bild her ähnlich sind, auch insgesamt ähnlich sind, sofern keine erheblichen begrifflichen Unterschiede bestehen. Derartige Unterschiede können klangliche und bildliche Ähnlichkeiten neutralisieren, wenn zumindest eines der Zeichen eine eindeutige und bestimmte Bedeutung hat, so dass die maßgeblichen Verkehrskreise sie ohne Weiteres erfassen können (Urteil des Gerichtshofs vom 13. September 2007, Il

Ponte Finanziaria/HABM, C-234/06 P, Slg. 2007, I-7333, Randnr. 34). Angesichts des begrifflichen Unterschieds zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen gilt dies für den vorliegenden Fall. Daraus folgt, dass die Zeichen insgesamt – trotz ihrer bildlichen und klanglichen Ähnlichkeiten – unähnlich sind.

59 Deshalb ist die von der Beschwerdekammer vorgenommene und von der Klägerin angefochtene Beurteilung der Kennzeichnungskraft der älteren Marken zu prüfen.

Zur Kennzeichnungskraft der älteren Marken

Zu der den älteren Marken innewohnenden Kennzeichnungskraft

60 Die Beschwerdekammer hat in der angefochtenen Entscheidung festgestellt, dass die Kennzeichnungskraft der älteren Marken gegenüber der durchschnittlichen Kennzeichnungskraft, die ihnen die Widerspruchsabteilung zuerkannt habe, leicht reduziert sei, weil der Bestandteil „Gold“ von den angesprochenen Verkehrskreisen als werbewirksamer Begriff oder als Hinweis auf die goldene Farbe bestimmter Getränke wahrgenommen werde (vgl. Randnr. 39 der angefochtenen Entscheidung).

61 Die Klägerin tritt dieser Beurteilung der Beschwerdekammer mit dem Hinweis entgegen, dass nicht alle von den älteren Marken erfassten Getränke eine goldene Farbe hätten und dass die älteren Marken in ihrer Gesamtheit zumindest eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft hätten, unabhängig davon, dass der Bestandteil „Gold“ eine schwächere Kennzeichnungskraft habe.

62 Dazu ist zu bemerken, dass abgesehen davon, dass bestimmte Getränke, die unter die älteren Marken fallen, keine goldene Farbe haben, der Bestandteil „Gold“ ein werbewirksamer Begriff ist, der allgemein verwendet wird, um auf die Hochwertigkeit von Waren hinzuweisen, so dass dieser Begriff geringe Kennzeichnungskraft hat. Daraus folgt, dass dieser Teil der älteren Marken die ihnen innewohnende Kennzeichnungskraft schwächt. Eine Gesamtbetrachtung der einzelnen älteren Marken ergibt, dass die Beschwerdekammer zu Recht festgestellt hat, dass die Kennzeichnungskraft der älteren Marken leicht unter dem Durchschnitt liegt.

Zur durch Benutzung erhöhten Kennzeichnungskraft

63 Hinsichtlich der durch Benutzung erhöhten Kennzeichnungskraft tritt die Klägerin der Auffassung der Beschwerdekammer entgegen, dass sie diese nicht geltend gemacht habe. Sie verweist hierzu auf ihren Schriftsatz an die Widerspruchsabteilung vom 10. März 2008 und ihren Schriftsatz vom 22. Dezember 2009 an die Beschwerdekammer, in dem sie auf ihren Schriftsatz vom 10. März 2008 Bezug genommen habe. Sie meint, sie habe sich im Beschwerdeverfahren mit einer derartigen Bezugnahme begnügen können, da die Widerspruchsabteilung den Widerspruchsmarken von Haus aus normale Kennzeichnungskraft zugesprochen habe, so dass eine explizite Wiederholung ihres Vortrags nicht erforderlich gewesen sei. Sie habe keinen Anlass gesehen, Unterlagen zur Benutzung ihrer Marke zu übermitteln, solange sie davon habe ausgehen können, dass Gegenstand des Beschwerdeverfahrens die – lediglich die ältere Gemeinschaftsmarke und die Anmeldemarke betreffende – Entscheidung der Widerspruchsabteilung sein werde.

64 In diesem Zusammenhang sind mehrere Punkte zu berücksichtigen.

65 Die Klägerin ist im Widerspruchsverfahren auf Antrag der Anmelderin der Marke gemäß Art. 42 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 aufgefordert worden, den Nachweis einer ernsthaften Benutzung ihrer älteren, zum Zeitpunkt des Widerspruchs seit mehr als fünf Jahren eingetragenen Marken zu erbringen.

66 Auf diese Aufforderung hin hat die Klägerin ihrem Schriftsatz vom 10. März 2008 zum Nachweis einer ernsthaften Benutzung ihrer älteren Marken Belege beigefügt. In diesem Schriftsatz hat sie u. a. auf Folgendes hingewiesen: „Der Vertrieb dieser Produkte, die praktisch alle in der Europäischen Union und in der Schweiz abgesetzt worden sind, belegt schon für sich genommen nicht nur die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke, sondern auch deren erhöhte Kennzeichnungskraft durch Benutzung.“ Außerdem hat sie darin vorgetragen, dass „die Waren … teilweise identisch und die Markenworte ähnlich [seien], … ferner die Widerspruchsmarken ‚WESERGOLD‘ … eine normale und durch Benutzung erheblich gesteigerte Kennzeichnungskraft [hätten] und dass deshalb Verwechslungsgefahr zwischen den Marken … [bestehe]“.

67 Die Widerspruchsabteilung hat mit Entscheidung vom 11. Juni 2009 der Klägerin mit der Begründung Recht gegeben, dass zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen Verwechslungsgefahr bestehe. Die Anmelderin der Marke, im vorliegenden Verfahren die Streithelferin, hat gegen diese Entscheidung der Widerspruchsabteilung eine Beschwerde bei der Beschwerdekammer eingelegt. Die Klägerin des vorliegenden Verfahrens ist im Verfahren vor der Beschwerdekammer aufgetreten, um ihren Widerspruch und die Entscheidung der Widerspruchsabteilung zu verteidigen.

68 In ihrer Beschwerdebeantwortung vom 22. Dezember 2009 vor der Beschwerdekammer hat die Klägerin auf die im Widerspruchsverfahren vorgelegten Unterlagen, darunter den Schriftsatz vom 10. März 2008, Bezug genommen.

69 In der angefochtenen Entscheidung schließlich hat die Beschwerdekammer festgestellt: „Auf eine kraft Benutzung erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marken hat sich die Widersprechende nicht berufen“ (vgl. Randnr. 40 der angefochtenen Entscheidung).

70 Wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, hat die Klägerin in ihrer Verteidigung vor der Beschwerdekammer zu der durch Benutzung erhöhten Kennzeichnungskraft der älteren Marken nicht ausdrücklich vorgetragen. Sie hat lediglich auf ihre der Widerspruchsabteilung eingereichten Schriftsätze verwiesen. Diese Schriftsätze enthielten allerdings die mit Beweisen untermauerte Behauptung, dass die älteren Marken eine durch Benutzung erhöhte Kennzeichnungskraft besäßen.

71 Gemäß Art. 64 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009 entscheidet die Beschwerdekammer nach ihrer Prüfung, ob die Beschwerde begründet ist, über diese und kann dabei „im Rahmen der Zuständigkeit der Dienststelle tätig“ werden, „die die angefochtene Entscheidung erlassen hat“. Im vorliegenden Fall heißt dies, dass sie über den Widerspruch durch seine Zurückweisung oder eine Stattgabe selbst entscheiden und damit die angefochtene Entscheidung entweder bestätigen oder unwirksam werden lassen kann. Somit folgt aus Art. 64 Abs. 1 der Verordnung Nr. 207/2009, dass die Beschwerdekammer durch die Wirkung der bei ihr anhängig gemachten Beschwerde damit betraut wird, eine vollständige neue Prüfung der Begründetheit des Widerspruchs sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht vorzunehmen (Urteile des Gerichtshofs vom 13. März 2007, HABM/Kaul, C-29/05 P, Slg. 2007, I-2213, Randnr. 57, und des Gerichts vom 23. September 2003, Henkel/HABM – LHS [UK] [KLEENCARE], T-308/01, Slg. 2003, II-3253, Randnr. 29, und vom 14. Dezember 2011, Völkl/HABM – Marker Völkl [VÖLKL], T-504/09, Slg. 2011, II-8179, Randnr. 53).

72 Abgesehen davon, dass die Klägerin vor der Beschwerdekammer ausdrücklich auf die Schriftsätze verwiesen hat, die sie bei der Widerspruchsabteilung eingereicht hatte, war die Beschwerdekammer verpflichtet, das gesamte Vorbringen aus dem Widerspruchsverfahren zu prüfen. Da die Klägerin im Widerspruchsverfahren eine durch Benutzung erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marken geltend gemacht hat, konnte die Beschwerdekammer nicht davon ausgehen, dass die Klägerin dies nicht getan habe.

73 Demnach hat die Beschwerdekammer Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 im vorliegenden Fall rechtsfehlerhaft angewandt.

74 Dieser Feststellung stehen das Vorbringen des HABM und das der Streithelferin nicht entgegen.

75 Zu dem Argument des HABM, die Klägerin habe eine kraft Benutzung erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marken lediglich in einem Nebensatz im Rahmen der Erörterung der Frage des Beweises einer ernsthaften Benutzung der älteren Marken erwähnt, ist Folgendes zu bemerken.

76 Aus den Akten des HABM ergibt sich, dass die Widerspruchsabteilung die Klägerin mit Schreiben vom 8. Januar 2008 aufgefordert hat, zu der Frage der ernsthaften Benutzung der älteren unter der Nr. 161413 eingetragenen polnischen Marke und der älteren unter der Nr. 902472 eingetragenen deutschen Marke Stellung zu nehmen. Die Klägerin ist insbesondere gebeten worden, auf dieses Schreiben hin binnen zwei Monaten, d. h. bis zum 9. März 2008, Stellung zu nehmen und den Nachweis für die genannten Benutzungen zu erbringen. Außerdem ist sie darauf hingewiesen worden, dass die Frist, die ihr gesetzt worden sei, um zur Substantiierung des Widerspruchs Tatsachen, Beweise oder Erläuterungen vorzutragen, ebenfalls bis zum 9. März 2008 verlängert worden sei.

77 Die Klägerin hat auf dieses Schreiben mit Schriftsatz vom 10. März 2008 geantwortet, das dem HABM am selben Tag per Fernkopie übermittelt worden ist. Die Klägerin hat in diesem Schreiben, wie oben in Randnr. 66 erwähnt, Beweise für eine ernsthafte Benutzung ihrer älteren Marken beigefügt und eine kraft Benutzung erhöhte Kennzeichnungskraft ihrer Marken geltend gemacht.

78 Entgegen dem Vorbringen des HABM vor Gericht ist das Vorbringen der Klägerin zur kraft Benutzung erhöhten Kennzeichnungskraft der älteren Marken nicht dadurch verspätet, dass sie eine solche Benutzung in ihrer Antwort auf die Aufforderung geltend gemacht hat, die ernsthafte Benutzung ihrer älteren Marken nachzuweisen. Die Widerspruchsabteilung hat der Klägerin nämlich mit Schreiben vom 8. Januar 2008 ausdrücklich eingeräumt, bis zum 9. März 2008 zur Substantiierung des Widerspruchs Tatsachen, Beweise oder Erklärungen vorzutragen.

79 Außerdem ist der Schriftsatz der Klägerin vom 10. März 2008 dem HABM nicht verspätet übermittelt worden. Regel 72 der Verordnung (EG) Nr. 2868/95 der Kommission vom 13. Dezember 1995 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates über die Gemeinschaftsmarke (ABl. L 303, S. 1) sieht vor, dass sich eine Frist, wenn sie an einem Tag abläuft, an dem das HABM zur Entgegennahme von Schriftstücken nicht geöffnet ist, auf den nächstfolgenden Tag erstreckt, an dem das Amt zur Entgegennahme von Schriftstücken geöffnet ist und an dem gewöhnliche Postsendungen zugestellt werden. Die Tage, an denen das HABM zur Entgegennahme von Schriftstücken nicht geöffnet ist, werden gemäß dieser Regel vor Beginn eines jeden Kalenderjahrs durch den Präsidenten des HABM festgelegt. Für das Jahr 2008 erließ der Präsident des HABM am 17. Dezember 2007 den Beschluss EX-07-05 über die Tage, an denen das HABM zur Entgegennahme von Schriftstücken nicht geöffnet ist und an denen gewöhnliche Postsendungen nicht zugestellt werden. In diesem Beschluss wird auf den Beschluss Nr. ADM-95-23 des Präsidenten des HABM vom 22. Dezember 1995 (ABl. des HABM 1995, S. 487) verwiesen, in dem festgelegt worden war, dass das HABM samstags und sonntags nicht für die Öffentlichkeit geöffnet ist. Da der 9. März 2008 ein Sonntag war, ist die Einreichung des Schriftsatzes der Klägerin am 10. März 2008 nicht verspätet erfolgt. Das HABM hat dies in der mündlichen Verhandlung anerkannt.

80 Soweit das HABM geltend macht, dass in der Beschwerdebeantwortung auf eine kraft Benutzung erhöhte Kennzeichnungskraft nicht ausdrücklich hingewiesen worden sei, ist festzustellen, dass dieser Umstand keinen Einfluss auf die Verpflichtung der Beschwerdekammer hat, die Begründetheit des Widerspruchs, wenn sie selbst sich dazu äußert, sowohl in rechtlicher als auch in sachlicher Hinsicht erneut einer umfassenden Prüfung zu unterziehen. Der Umfang der Prüfung, der die Beschwerdekammer die mit der Beschwerde angefochtene Entscheidung unterziehen muss, wird nämlich grundsätzlich nicht durch die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Beschwerdegründe bestimmt (Urteil KLEENCARE, oben in Randnr. 71 angeführt, Randnr. 29). Umso weniger wird der Umfang der Prüfung durch die Beschwerdekammer dadurch eingeschränkt, dass zu bestimmten, vor ihr geltend gemachten Verteidigungsmitteln nähere Angaben fehlen. Deshalb war aus den vorstehend

in den Randnrn. 76 ff. dargelegten Gründen die kraft Benutzung erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marken im Rahmen einer umfassenden Prüfung der Begründetheit des Widerspruchs zu untersuchen.

81 Soweit die Streithelferin und das HABM die Auffassung vertreten, das Vorbringen der Klägerin betreffend die kraft Benutzung erhöhte Kennzeichnungskraft sei nicht begründet und durch keine angemessenen Beweise untermauert, ist festzustellen, dass dies nicht der Begründung entspricht, die die Beschwerdekammer in der angefochtenen Entscheidung gegeben hat. Hat die Beschwerdekammer das Vorbringen und die Beweise zur kraft Benutzung erhöhten Kennzeichnungskraft – zu Unrecht – nicht in ihre Beurteilung einbezogen, ist es nicht Sache des Gerichts, dieses Vorbringen und diese Beweise im Rahmen der Klage auf Aufhebung der angefochtenen Entscheidung zu prüfen. Bei einer solchen Klage darf das Gericht nämlich im Rahmen seiner Rechtmäßigkeitskontrolle nicht anstelle der Beschwerdekammer eine Tatsachenwürdigung vornehmen, die diese unterlassen hat. Wenn daher das Gericht, wie im vorliegenden Fall, im Rahmen einer Aufhebungsklage feststellt, dass eine mit einer vor ihm erhobenen Klage angefochtene Entscheidung der Beschwerdekammer rechtswidrig ist, hat es diese aufzuheben. Es kann nicht die Klage abweisen und die von der zuständigen Instanz des HABM, des Urhebers der angefochtenen Handlung, gegebene Begründung durch seine eigene ersetzen (Urteil des Gerichts vom 9. September 2010, Axis/HABM – Etra Investigación y Desarrollo [ETRAX], T-70/08, Slg. 2010, II-4645, Randnr. 29).

82 Nach alledem ist festzustellen, dass die Beschwerdekammer zu Unrecht zu dem Ergebnis gelangt ist, die Klägerin habe sich nicht auf eine erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marken infolge ihrer Benutzung berufen. Dieser Fehler hatte zur Folge, dass es die Beschwerdekammer versäumte, einen möglicherweise relevanten Umstand im Rahmen der umfassenden Beurteilung des Vorliegens von Verwechslungsgefahr zwischen der angegriffenen Marke und den älteren Marken zu prüfen (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 7. Februar 2012, Dosenbach-Ochsner/HABM – Sisma [Darstellung eines Rechtecks mit Elefanten], T-424/10, Randnrn. 55 ff. und die dort angeführte Rechtsprechung).

83 Gemäß Art. 62 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 64 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung Nr. 207/2009) entscheidet nach der Prüfung, ob die Beschwerde begründet ist, die Beschwerdekammer über die Beschwerde. Diese Pflicht zur Prüfung der Beschwerde schließt die Berücksichtigung der durch Benutzung erlangten Kennzeichnungskraft ein, sofern dieses Argument geltend gemacht wird. Es ist nicht auszuschließen, dass die Beschwerdekammer, wenn sie die Argumente und Beweise, die die Klägerin im Laufe des Verfahrens vor dem HABM zur durch Benutzung erlangten Kennzeichnungskraft vorgetragen hat, geprüft hätte, zu einer Entscheidung mit anderem Inhalt als die angefochtene Entscheidung gekommen wäre. Demnach hat die Beschwerdekammer dadurch, dass sie eine derartige Prüfung nicht vorgenommen hat, wesentliche Formvorschriften verletzt mit der Folge, dass die angefochtene Maßnahme aufzuheben ist (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 10. Juni 2008, Gabel Industria Tessile/HABM – Creaciones Garel [GABEL], T-85/07, Slg. 2008, II-823, Randnr. 20).

84 Demnach greift der erste Klagegrund der Klägerin durch und ist die angefochtene Entscheidung aufzuheben, ohne dass die übrigen Klagegründe geprüft zu werden brauchen.

Kosten

85 Nach Art. 87 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

86 Im vorliegenden Fall sind das HABM und die Streithelferin unterlegen. Daher sind zum einen dem HABM neben seinen eigenen Kosten die Kosten der Klägerin gemäß ihrem Antrag aufzuerlegen. Zum anderen sind der Streithelferin ihre eigenen Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Erste Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) vom 24. März 2010 (Sache R 770/2009-1) wird aufgehoben.**

2. **Das HABM trägt neben seinen eigenen Kosten die Kosten der Wesergold Getränkeindustrie GmbH & Co. KG.**

3. **Die Lidl Stiftung & Co. KG trägt ihre eigenen Kosten.**

Azizi Frimodt Nielsen Kancheva

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 21. September 2012.

Unterschriften

Inhaltsverzeichnis

Vorgeschichte des Rechtsstreits 2

Anträge der Verfahrensbeteiligten 4

Rechtliche Würdigung 4

Vorbemerkungen 4

Zu den maßgeblichen Verkehrskreisen 5

Zum Vergleich der Waren 5

Zum Vergleich der einander gegenüberstehenden Zeichen 8

Vorbemerkungen 8

Zum bildlichen Vergleich 8

Zum klanglichen Vergleich 9

Zum begrifflichen Vergleich 10

Zwischenbewertung 10

Zur Kennzeichnungskraft der älteren Marken 11

Zu der den älteren Marken innewohnenden Kennzeichnungskraft 11

Zur durch Benutzung erhöhten Kennzeichnungskraft 11

Kosten 14