URTEIL DES GERICHTS (Zweite Kammer)

1. Februar 2005 *

In der Rechtssache T-57/03

Société provençale d'achat et de gestion (SPAG) SAS mit Sitz in Marseille (Frankreich), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin K. Manhaeve, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM), vertreten durch U. Pfleghar und G. Schneider als Bevollmächtigte,

Beklagter,

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

* Verfahrenssprache: Deutsch.

Frank Dann und Andreas Backer, wohnhaft in Frankfurt am Main (Deutschland), Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt P. Baronikians,

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer des HABM vom 5. Dezember 2002 (Sache R 1072/2000-2) zu einem Widerspruchsverfahren betreffend die Marken HOOLIGAN und OLLY GAN

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten J. Pirrung sowie der Richter N. J. Forwood und S. Papasavvas,

Kanzler: J. Palacio González, Hauptverwaltungsrat,

aufgrund der am 20. Februar 2003 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 12. September 2003 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung des HABM,

aufgrund der am 12. September 2003 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung der Streithelfer,

auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 2004

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Herr Franck Dann und Herr Andreas Backer (im Folgenden: Streithelfer) meldeten am 1. April 1996 beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (im Folgenden: Amt) 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 eine Gemeinschaftsmarke an.

2 Dabei handelt es sich um das Wortzeichen HOOLIGAN.

3 Die Marke wurde für die Waren „Bekleidungsstücke und Kopfbedeckungen" in Klasse 25 des Nizzaer Abkommens über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken vom 15. Juni 1957 in geänderter und revidierter Fassung angemeldet.

4 Die Anmeldung wurde am 31. August 1998 im *Blatt für Gemeinschaftsmarken* Nr. 65/98 veröffentlicht.

5 Am 30. November 1998 erhob die Société Provençale d'Achat et de Gestion (SPAG) (SAS) (im Folgenden: Klägerin) nach Artikel 42 der Verordnung Nr. 40/94 gegen die angemeldete Marke Widerspruch hinsichtlich aller für die Anmeldung beanspruchten Waren. Dafür stützte sich die Klägerin auf zwei ältere Marken, nämlich

— die internationale Wortmarke OLLY GAN (Nr. 575552) mit Schutz u. a. für Deutschland, Italien, Portugal und Spanien u. a. für Bekleidungsstücke in Klasse 25 und

— die französische Wortmarke OLLY GAN (Nr. 1655245) u. a. für Bekleidungsstücke in Klasse 25.

6 Am 26. Mai 1999 forderten die Streithelfer die Klägerin auf, die ernsthafte Benutzung der beiden Widerspruchsmarken nachzuweisen.

7 Mit Entscheidung vom 15. September 2000 gab die Widerspruchsabteilung des Amtes dem Widerspruch mit der Begründung statt, es bestehe in Frankreich und Portugal Verwechslungsgefahr wegen der Identität der mit den einander gegenüberstehenden Marken gekennzeichneten Waren und wegen der klanglichen und damit auch semantischen Ähnlichkeit der Wortzeichen.

8 Am 9. November 2000 erhoben die Streithelfer gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung beim Amt nach Artikel 59 der Verordnung Nr. 40/94 Beschwerde.

9 Mit Entscheidung vom 5. Dezember 2002 (Sache R 1072/2000-2) (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) hob die Zweite Beschwerdekammer des Amtes die Entscheidung der Widerspruchsabteilung auf.

10 Zur Begründung führte die Beschwerdekammer im Wesentlichen aus, dass dem französischen und portugiesischen Durchschnittsverbraucher die Bedeutung des englischen Wortes „hooligan" und dessen Schreibweise bekannt seien und er die einander gegenüberstehenden Marken unterschiedlich ausspreche. Zwischen diesen bestehe daher keine schriftbildliche, klangliche und begriffliche Ähnlichkeit und somit keine Verwechslungsgefahr.

Anträge der Verfahrensbeteiligten

11 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

— dem Amt die Kosten aufzuerlegen.

12 Das Amt und die Streithelfer beantragen,

— die Klage abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Zur Zulässigkeit des Sach- und Rechtsvortrags vor dem Gericht

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

13 Das Amt macht zunächst geltend, dass das Gericht im Rahmen der Rechtmäßigkeitskontrolle der angefochtenen Entscheidung nicht dafür zuständig sei, den Sachverhalt im Licht von erstmals im gerichtlichen Verfahren vorgelegten Beweisen zu überprüfen. Die Klägerin habe im Verfahren vor der Beschwerdekammer die Warenidentität, die Benutzung der Marken, die Begrenzung des relevanten Schutzgebietes auf Frankreich und Portugal und das Fehlen schriftbildlicher Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen nicht bestritten und erstmals vor dem Gericht eine erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marken geltend gemacht. Daher könnten diese Fragen vom Gericht nicht mehr geprüft werden, ohne dass unter Verstoß gegen Artikel 135 § 4 der Verfahrensordnung des Gerichts der Streitgegenstand geändert würde.

14 Die Klägerin meint, dass die Ausführungen zum Bedeutungsgehalt der Marke OLLY GAN bereits gegenüber dem Amt vorgebracht worden seien. Sie stellt es der Beurteilung durch das Gericht anheim, ob die bei ihm eingereichten neuen Schriftstücke zulässig seien, beantragt aber, auf die von den Streithelfern eingereichten neuen Schriftstücke dieselben Maßstäbe anzuwenden.

Würdigung durch das Gericht

15 Artikel 63 der Verordnung Nr. 40/94 bestimmt:

„(1) Die Entscheidungen der Beschwerdekammern, durch die über eine Beschwerde entschieden wird, sind mit der Klage beim Gerichtshof anfechtbar.

(2) Die Klage ist zulässig wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung des Vertrages, dieser Verordnung oder einer bei ihrer Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmissbrauchs.

(3) Der Gerichtshof kann die angefochtene Entscheidung aufheben oder abändern.

(4) Die Klage steht den an dem Verfahren vor der Beschwerdekammer Beteiligten zu, soweit sie durch die Entscheidung beschwert sind.

...“

16 Artikel 74 der Verordnung Nr. 40/94 lautet:

„(1) In dem Verfahren vor dem Amt ermittelt das Amt den Sachverhalt von Amts wegen. Soweit es sich jedoch um Verfahren bezüglich relativer Eintragungshindernisse handelt, ist das Amt bei dieser Ermittlung auf das Vorbringen und die Anträge der Beteiligten beschränkt.

(2) Das Amt braucht Tatsachen und Beweismittel, die von den Beteiligten verspätet vorgebracht werden, nicht zu berücksichtigen.“

17 Es ist daran zu erinnern, dass eine nach Artikel 63 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 beim Gericht erhobene Klage auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Entscheidungen der Beschwerdekammern gerichtet ist (in diesem Sinne Urteile des Gerichts vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache T-247/01, eCopy/HABM [ECOPY], Slg. 2002, II-5301, Randnr. 46, und vom 22. Oktober 2003 in der Rechtssache T-311/01, Éditions Albert René/HABM — Trucco [Starix], Slg. 2003, II-4625, Randnr. 70, und die dort zitierte Rechtsprechung). Im Rahmen der Verordnung Nr. 40/94 ist diese Kontrolle nach Artikel 74 der Verordnung anhand des tatsächlichen und rechtlichen Rahmens des Rechtsstreits vorzunehmen, mit dem die Beschwerdekammer befasst war (vgl. analog Urteil des Gerichts vom 5. März 2003 in der Rechtssache T-194/01, Unilever/HABM [Ovoide Tablette], Slg. 2003, II-383, Randnr. 16).

18 Wie weiterhin in Erinnerung zu bringen ist, ergibt sich aus dem Grundsatz der funktionalen Kontinuität zwischen den verschiedenen Instanzen des Amtes, dass die Beschwerdekammer im Anwendungsbereich von Artikel 74 der Verordnung Nr. 40/94 ihre Entscheidung auf sämtliche tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte zu stützen hat, die in der bei ihr angefochtenen Entscheidung enthalten sind oder die von Verfahrensbeteiligten entweder im Verfahren vor der Stelle, die in erster Instanz entschieden hat, oder — wobei sich eine Einschränkung nur aus Artikel 74 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 ergibt — im Beschwerdeverfahren vorgebracht worden sind. Insbesondere wird der Umfang der von der Beschwerdekammer vorzunehmenden Prüfung der bei ihr angefochtenen Entscheidung grundsätzlich nicht allein durch die Beschwerdegründe bestimmt, die der Beteiligte oder die Beteiligten am Verfahren vor der Beschwerdekammer geltend machen (in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 23. September 2003 in der Rechtssache T-308/01, Henkel/HABM — LHS [UK] [KLEENCARE], Slg. 2003, II-3253, Randnrn. 29 und 32).

19 Was den tatsächlichen Rahmen anbelangt, so obliegt es nach Artikel 74 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 den Beteiligten, die Tatsachen, auf die sie sich stützen wollen, gegenüber dem Amt rechtzeitig vorzubringen. Daher kann dem Amt kein Rechtsfehler im Hinblick auf Tatsachen angelastet werden, die ihm gegenüber nicht vorgebracht worden sind.

20 Demgemäß sind Tatsachen, die erstmals vor dem Gericht vorgetragen werden, ohne vorher gegenüber einer Stelle des Amtes vorgebracht worden zu sein, nicht zu berücksichtigen (in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 5. März 2003 in der Rechtssache T-237/01, Alcon/HABM — Dr. Robert Winzer Pharma [BSS],

Slg. 2003, II-411, Randnrn. 61 und 62, auf Rechtsmittel bestätigt durch Beschluss des Gerichtshofes vom 5. Oktober 2004 in der Rechtssache C-192/03 P, Alcon/HABM, Slg. 2004, I-8993; Urteile des Gerichts vom 6. März 2003 in der Rechtssache T-128/01, DaimlerChrysler/HABM [Darstellung eines Kühlergrills], Slg. 2003, II-701, Randnr. 18, vom 3. Juli 2003 in der Rechtssache T-129/01, Alejandro/HABM — Anheuser-Busch [BUDMEN], Slg. 2003, II-2251, Randnr. 67, vom 4. November 2003 in der Rechtssache T-85/02, Díaz/HABM — Granjas Castelló [CASTILLO], Slg. 2003, II-4835, Randnr. 46, und vom 13. Juli 2004 in der Rechtssache T-115/03, Samar/HABM — Grotto [GAS STATION], Slg. 2004, II-2939, Randnr. 13).

21 Hinsichtlich des rechtlichen Rahmens ist darauf hinzuweisen, dass das Amt im Verfahren bezüglich relativer Eintragungshindernisse nach dem Wortlaut von Artikel 74 Absatz 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 40/94 in der Ermittlung des Sachverhalts auf das Vorbringen und die Anträge der Beteiligten beschränkt ist. So darf die Beschwerdekammer ihre Entscheidung über eine Beschwerde, mit der eine ein Widerspruchsverfahren abschließende Entscheidung angefochten wurde, nur auf die von dem betroffenen Verfahrensbeteiligten geltend gemachten relativen Eintragungshindernisse und die von ihm hierzu vorgetragenen Tatsachen und beigebrachten Beweise stützen (Urteil des Gerichts vom 22. Juni 2004 in der Rechtssache T-185/02, Ruiz-Picasso u. a./HABM — DaimlerChrysler [PICARO], Slg. 2004, II-1739, Randnr. 28, und die dort zitierte Rechtsprechung). Die Tatbestandsvoraussetzungen eines relativen Eintragungshindernisses oder jeder anderen Bestimmung, auf die sich die Beteiligten zur Begründung ihrer Anträge berufen, sind naturgemäß Bestandteil der rechtlichen Gesichtspunkte, die der Prüfung des Amtes unterliegen. So kann das Amt verpflichtet sein, über eine Rechtsfrage zu entscheiden, obgleich sie von den Verfahrensbeteiligten nicht aufgeworfen wurde, wenn eine fehlerfreie Anwendung der Verordnung Nr. 40/94 im Hinblick auf das Vorbringen und die Anträge der Beteiligten dies erfordert. Zu den rechtlichen Gesichtspunkten, mit denen die Beschwerdekammer befasst wird, gehört daher auch eine Rechtsfrage, die zur Beurteilung des Parteivorbringens und für eine stattgebende oder abweisende Entscheidung notwendigerweise geprüft werden muss, selbst wenn sich die Beteiligten zu dieser Frage nicht geäußert haben oder es das Amt unterlassen hat, zu diesem Aspekt Stellung zu nehmen. Ebenso gehört, wenn ein Rechtsfehler des Amtes bei der Behandlung der Anträge der Beteiligten, etwa eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, gerügt wird, auch dieser behauptete Rechtsfehler zum rechtlichen Rahmen des Verfahrens.

22 Dagegen können rechtliche Gesichtspunkte, die erstmals vor dem Gericht vorgetragen werden, ohne vorher gegenüber einer Stelle des Amtes vorgebracht

worden zu sein, die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung der Beschwerdekammer hinsichtlich der Anwendung eines relativen Eintragungshindernisses nicht berühren, soweit sie sich auf eine Rechtsfrage beziehen, die für eine fehlerfreie Anwendung der Verordnung Nr. 40/94 im Hinblick auf das Vorbringen und die Anträge der Beteiligten nicht relevant war, da diese Gesichtspunkte nicht zu dem rechtlichen Rahmen des Rechtsstreits gehören, mit dem die Beschwerdekammer befasst war. Sie sind deshalb unzulässig. Musste hingegen zwingend eine bestimmte Rechtsvorschrift beachtet oder eine Rechtsfrage entschieden werden, um eine fehlerfreie Anwendung der Verordnung Nr. 40/94 im Hinblick auf das Vorbringen und die Anträge der Beteiligten zu gewährleisten, so kann ein mit dieser Frage zusammenhängender rechtlicher Gesichtspunkt auch noch erstmals vor dem Gericht geltend gemacht werden.

23 Diese den Sachverhalt betreffenden Zulässigkeitsregeln gelten auch für das Amt oder Streithelfer, die gemäß Artikel 134 der Verfahrensordnung vor dem Gericht auftreten (vgl. zu von einem Streithelfer vorgebrachten Beweisen Urteil des Gerichts vom 18. Februar 2004 in der Rechtssache T-10/03, Koubi/HABM — Flabesa [CONFORFLEX], Slg. 2004, II-719, Randnr. 52). Hinsichtlich rechtlicher Gesichtspunkte unterliegen Streithelfer den gleichen Zulässigkeitsregeln wie Kläger. Denn der Grundsatz der Waffengleichheit verlangt, das Klägern und Streithelfern vor Gericht die gleichen Mittel zu Gebote stehen.

24 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die Klägerin vor der Beschwerdekammer keine Stellungnahme abgegeben hat. Das Amt macht geltend, dass das Gericht die vor der Beschwerdekammer nicht vorgebrachten Fragen der Warenidentität, der Gebiete, für die die ernsthafte Benutzung der älteren Marken nachgewiesen wurde, der Bestimmung des relevanten Schutzgebietes und der fehlenden schriftbildlichen Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen nicht mehr prüfen könne. Aus den oben in Randnummer 18 genannten Gründen ist dieses Vorbringen zurückzuweisen.

25 Es ist nämlich festzustellen, dass diese Fragen zu dem tatsächlichen und rechtlichen Rahmen gehören, mit dem die Beschwerdekammer befasst war. Alle diese Fragen waren von der Widerspruchsabteilung in ihrer Entscheidung zur Würdigung des Parteivorbringens oder von Amts wegen behandelt worden, da sie zur Entscheidung

über den Widerspruch zwingend geklärt werden mussten. Die Beschwerdekammer hat ihre eigene Entscheidung demgemäß notwendigerweise auf alle tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte gestützt, die der bei ihr angefochtenen Entscheidung zugrunde lagen, oder hätte dies tun müssen. Diese Fragen können daher vor dem Gericht in der Sache erörtert werden.

26 Was hingegen die von der Klägerin geltend gemachte, originäre oder durch Bekanntheit erworbene Kennzeichnungskraft der älteren Marken betrifft, so ergibt sich aus den Verfahrensakten des Amtes, dass die Klägerin eine solche erhöhte Kennzeichnungskraft vor dem Amt nie behauptet hat, weder gegenüber der Widerspruchsabteilung noch gar, da sie am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt war, vor der Beschwerdekammer.

27 Insoweit hat der Gerichtshof entschieden, dass die Kennzeichnungskraft der älteren Marke, insbesondere ihre Bekanntheit, bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr zu berücksichtigen ist (Urteil des Gerichtshofes vom 29. September 1998 in der Rechtssache C-39/97, Canon, Slg. 1998, I-5507, Randnr. 24 und Tenor). In diesem Urteil hat der Gerichtshof Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. L 40, S. 1) ausgelegt, der mit Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 weitgehend wortgleich ist. Demgemäß heißt es in der siebten Begründungserwägung der Verordnung Nr. 40/94, dass die Beurteilung der Verwechslungsgefahr insbesondere von dem „Bekanntheitsgrad der Marke auf dem Markt" abhängt.

28 Anders als in die Richtlinie 89/104 hat der Gesetzgeber indessen in die Verordnung Nr. 40/94 Vorschriften über die Tätigkeit der für Marken zuständigen Behörden und über die Rechte und Pflichten der vor diesen Behörden auftretenden Personen aufgenommen. So ist das Amt nach Artikel 74 Absatz 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 40/94 in der Ermittlung des Sachverhalts hinsichtlich relativer Eintragungshindernisse auf das Vorbringen und die Anträge der Beteiligten beschränkt. Nach Artikel 74 Absatz 2 der Verordnung braucht das Amt Tatsachen und Beweismittel, die von den Beteiligten verspätet vorgebracht werden, nicht zu berücksichtigen. Da die Geltendmachung der erhöhten Kennzeichnungskraft einer Marke ein Vorbringen ist, das sich aus tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten zusammensetzt, ist eine Unterscheidung danach zu treffen, ob das Amt über die Anträge der Beteiligten auf der Grundlage der bei ihm eingereichten Schriftstücke entscheiden kann.

29 Was zunächst eine durch Bekanntheit erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marken angeht, so wird sie von der Klägerin nur im Rahmen der Beurteilung der Verwechslungsgefahr nach Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 geltend gemacht.

30 Nach Artikel 74 der Verordnung Nr. 40/94 hat das Amt jedes Vorbringen zu prüfen, mit dem eine durch Bekanntheit erhöhte Kennzeichnungskraft einer Marke geltend gemacht wird. Hat ein Beteiligter hingegen weder vorgetragen noch Beweismittel dafür vorgebracht, dass die älteren Marken bekannt seien, so lässt sich dem Amt nicht vorwerfen, dass es zu diesem Aspekt nicht von Amts wegen Stellung genommen habe. Da nämlich über die Bekanntheit einer Marke a priori nur Vermutungen angestellt werden können, obliegt es den Beteiligten, ihr Vorbringen hinreichend zu substantiieren, um dem Amt eine uneingeschränkte Entscheidung über die von ihnen geltend gemachten Ansprüche zu ermöglichen. Weiterhin beruht die Beurteilung der Bekanntheit einer Marke grundsätzlich auf Tatsachen, die die Beteiligten vorzubringen haben. Wenn sich ein Widersprechender darauf berufen möchte, dass seine Marke weithin bekannt sei, so hat er die Tatsachen und gegebenenfalls die Beweismittel beizubringen, die es dem Amt ermöglichen, zu prüfen, ob diese Behauptung zutrifft (Urteil des Gerichts vom 22. Juni 2004 in der Rechtssache T-66/03, „Drie Mollen sinds 1818"/HABM — Nabeiro Silveira [Galáxia], Slg. 2004, II-1765, Randnr. 32).

31 Damit ist festzustellen, dass das Amt im vorliegenden Fall die Bekanntheit der älteren Marken nicht zu prüfen brauchte. Diese Bekanntheit war nämlich nicht Gegenstand des bei ihm eingereichten Widerspruchs. Das Vorbringen der Klägerin zur Bekanntheit ihrer älteren Marken und die sich hierauf beziehenden Schriftstücke sind daher als unzulässig zurückzuweisen.

32 Was zweitens die originäre Kennzeichnungskraft einer älteren Marke betrifft, ist dagegen festzustellen, dass das Amt diesen Gesichtspunkt auf einen Widerspruch hin gegebenenfalls auch von Amts wegen prüfen musste. Denn anders als die Bekanntheit einer Marke hängt die Beurteilung ihrer originären Kennzeichnungskraft von keinerlei Tatsachen ab, die die Beteiligten beizubringen hätten. Diese

Beurteilung setzt auch kein Parteivorbringen voraus, um eine solche originäre Kennzeichnungskraft darzutun, da diese vom Amt allein anhand der Widerspruchsmarke ermittelt und beurteilt werden kann.

33 Im vorliegenden Fall gehörte folglich die originäre Kennzeichnungskraft der älteren Marken der Klägerin im Rahmen der Beurteilung der Verwechslungsgefahr zu den rechtlichen Gesichtspunkten, die notwendig zu berücksichtigen waren, um eine fehlerfreie Anwendung der Verordnung Nr. 40/94 im Hinblick auf den Antrag und das Vorbringen der Klägerin vor dem Amt zu gewährleisten. Das Vorbringen der Klägerin zu dieser Frage ist daher in der Sache zu prüfen.

34 Was schließlich angeblich erstmaligen Sachvortrag vor dem Gericht anbelangt, so hat das Amt keine Anlagen zur Klageschrift bezeichnet, die sich auf einen anderen Aspekt bezögen als die Bekanntheit der älteren Marken, dessen Berücksichtigung bereits oben ausgeschlossen wurde. Wie jedoch aus den Akten hervorgeht, sind die Anlagen A 7 und A 8, mit denen nachgewiesen werden soll, dass die älteren Marken OLLY GAN bereits als Anspielung auf den Begriff des Hooligan verstanden worden seien, speziell als Beleg dafür bestimmt, dass die Annahme der Beschwerdekammer, die betroffenen Marken seien ihrem Bedeutungsgehalt nach verschieden, verfehlt ist. Zwar stützen diese Anlagen die Rügen, die gegen die in der angefochtenen Entscheidung enthaltenen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte erhoben werden. Sie sind aber dem Amt nicht vorgelegt worden. Daher sind sie nicht Teil des tatsächlichen Rahmens, mit dem die Beschwerdekammer befasst war, und damit unzulässig.

35 Ebenso zurückzuweisen ist der neue Sachvortrag der Streithelfer, mit dem sie sich auf das Ergebnis einer „Google"-Recherche im Internet beziehen, denn auch diese Ausführungen wurden im Verwaltungsverfahren vor dem Amt nicht vorgebracht. Desgleichen ist schließlich die Behauptung der Streithelfer zurückzuweisen, wonach die Anmeldemarke wegen ihrer intensiven Benutzung erhöhte Kennzeichnungskraft besitze, da auch dies gegenüber dem Amt nicht vorgebracht wurde.

Zur Begründetheit

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

36 Die Klägerin trägt vor, es sei unstreitig, dass die einander gegenüberstehenden Marken identische Waren erfassten.

37 Die Zeichen selbst hätten eine gewisse schriftbildliche Ähnlichkeit, da beide die Buchstaben „ol" enthielten und mit der Silbe „gan" endeten.

38 In klanglicher Hinsicht seien die Zeichen identisch oder hochgradig ähnlich. Die hierzu in den von der Beschwerdekammer zitierten französischen und spanischen Wörterbüchern enthaltenen Angaben über die Aussprache seien nicht aussagekräftig, da das französische Wort „houligan" laute und darüber hinaus der akademische Charakter dieser Aussprachen für ein Wort der Alltags- oder sogar Umgangssprache unpassend sei. Die angesprochenen Verkehrskreise, also die Durchschnittsverbraucher insbesondere Frankreichs, Spaniens und Portugals, sprächen zu einem großen Teil nicht Englisch. Es sei daher keineswegs davon auszugehen, dass sie das Wort „hooligan" korrekt aussprechen und buchstabieren könnten. Überdies hätten diejenigen unter ihnen, die die englische Sprache beherrschten, einen ausgeprägten romanischen Akzent, der die Unterschiede in der Aussprache der einander gegenüberstehenden Wortzeichen, wie sie sich aus dem aspirierten „h", dem doppelten „o" oder der Sprechpause zwischen den Wörtern „Olly" und „Gan" ergäben, verschwinden lasse. Damit hätten die beiden Zeichen eine sehr ähnliche Aussprache.

39 In semantischer Hinsicht seien die Zeichen identisch oder sehr ähnlich. Wegen ihrer klanglichen Ähnlichkeit würden sie zwangsläufig mit demselben Begriff des „Hooligan" (französisch „houligan") in Verbindung gebracht.

40 Nach der Rechtsprechung und den einschlägigen Rechtsvorschriften sei die Verwechslungsgefahr umso größer, je stärker die originäre Kennzeichnungskraft der älteren Marke sei. Die vorliegenden älteren Marken besäßen eine erhöhte originäre Kennzeichnungskraft.

41 Da der Durchschnittsverbraucher nur selten Gelegenheit habe, die einander gegenüberstehenden Marken unmittelbar zu vergleichen, sei eine Verwechslungsgefahr gegeben (Urteil des Gerichts vom 15. Januar 2003 in der Rechtssache T-99/01, Mystery Drinks/HABM — Karlsberg Brauerei [MYSTERY], Slg. 2003, II-43).

42 Das Amt merkt zu dem Vorbringen, wonach die einander gegenüberstehenden Zeichen schriftbildlich ähnlich seien, angesichts der dagegen erhobenen Unzulässigkeitseinrede vorsorglich an, dass die Zeichen, sehe man von den Wortelementen „o" und „gan" ab, durchaus unterschiedlich seien.

43 Die Streithelfer machen geltend, dass zwischen den fraglichen Zeichen keine Ähnlichkeit im Bild bestehe. Die Anmeldemarke bestehe aus nur einem Wort und enthalte als dominierenden Bestandteil das doppelte „o", während die älteren Marken aus zwei Wörtern bestünden und durch das Element „oll" dominiert würden.

44 Das Amt trägt vor, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen auch in klanglicher Hinsicht unterschiedlich seien. Das englische Wort „hooligan" werde in der gesamten Gemeinschaft verstanden, besonders aber in Frankreich, in dessen Sprache es sich durch den Gebrauch im Bereich des Fußballs eingebürgert habe. Für das Wort sei eine englische oder allenfalls geringfügig abgewandelte Aussprache charakteristisch. Damit gebe es zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen klare klangliche Unterschiede, so vor allem in der Aussprache der ersten Silbe und infolge der Sprechpause zwischen den beiden Wörtern der älteren Marken.

45 Die Streithelfer meinen, dass auch eine Ähnlichkeit im Klang nicht bestehe. Das Wort „hooligan" sei in Frankreich, wenn auch in geringfügig anderer Schreibweise, und in Spanien ein bekanntes und gebräuchliches Wort und werde in der korrekten englischen Aussprache verwendet. So hätten die Ausdrücke „hooligan" und „olly gan" eine abweichende Vokalfolge, nämlich u-i-ä und o-i-a. Sie würden auch unterschiedlich betont, nämlich die Anmeldemarke auf der ersten Silbe und die älteren Marken im zweiten Wort. Überdies bewirke die Pause zwischen den beiden Wörtern der älteren Marke einen hinreichenden klanglichen Abstand.

46 Das Amt trägt vor, da die älteren Marken keinen Bedeutungsgehalt hätten, scheide eine begriffliche Ähnlichkeit zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen aus. Wegen der verbreiteten Kenntnis des Wortes „hooligan" oder „houligan" und der bildlichen und klanglichen Unterschiede zwischen den Zeichen bestehe keine Gefahr, dass die relevanten Verkehrskreise das Wort „hooligan" mit dem Ausdruck „Olly Gan" verwechselten (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-2004).

47 Die Streithelfer machen geltend, dass auch keine begriffliche Ähnlichkeit zwischen den in Frage stehenden Marken bestehe. OLLY GAN werde als männlicher Vor- und Zuname erkannt und als Name eines Designers verstanden; in der Modebranche sei dies weit verbreitet, wodurch andere Assoziationen ausgeschlossen würden. Hingegen werde das Wort „hooligan" in französischen, italienischen, portugiesischen und spanischen Texten umfangreich verwendet. Damit scheide jede begriffliche Verwechslungsgefahr aus.

48 Das Amt meint, da nur von einem normalen Schutzumfang der älteren Marken auszugehen sei, schlössen die Unterschiede zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen eine Verwechslungsgefahr aus (Urteil MYSTERY, Randnr. 41).

49 Die Streithelfer bestreiten, dass die älteren Marken eine besondere Bekanntheit hätten.

Würdigung durch das Gericht

50 Nach Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 ist auf Widerspruch des Inhabers einer älteren Marke die angemeldete 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.

51 Nach ständiger Rechtsprechung ist das Vorliegen von Verwechslungsgefahr umfassend, aus der Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise und unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Wechselbeziehung zwischen Zeichenähnlichkeit und Produktähnlichkeit, zu beurteilen (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. 29 bis 33, und die dort zitierte Rechtsprechung).

52 Was die Umschreibung der im vorliegenden Fall maßgeblichen Verkehrskreise anbelangt, so ist unter allen Verfahrensbeteiligten unstreitig, dass diese Verkehrskreise zumindest aus den französischen und portugiesischen Durchschnittsverbrauchern bestehen.

53 Weiterhin ist festzustellen, dass die Identität der von den beteiligten Marken erfassten Waren vor dem Gericht nicht bestritten worden ist.

54 Was die Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen angeht, so ist nach der Rechtsprechung bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr hinsichtlich der Ähnlichkeit der betreffenden Marken im Bild, im Klang oder in der Bedeutung auf den Gesamteindruck abzustellen, den die Marken hervorrufen, wobei

insbesondere die unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (Urteile des Gerichtshofes vom 11. November 1997 in der Rechtssache C-251/95, Sabèl, Slg. 1997, I-6191, Randnr. 23, und vom 22. Juni 1999 in der Rechtssache C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Slg. 1999, I-3819, Randnr. 25). Ferner ist bei der Ermittlung des Grades ihrer Ähnlichkeit in Bild, Klang und Bedeutung gegebenenfalls zu bewerten, welches Gewicht diesen einzelnen Elementen unter Berücksichtigung der Art der betreffenden Waren oder Dienstleistungen und der Bedingungen, unter denen sie vertrieben werden, beizumessen ist (Urteil Lloyd Schuhfabrik Meyer, Randnr. 27).

55 Was zunächst die Zeichenähnlichkeit im Bild angeht, so hat die Beschwerdekammer die Beurteilung der Widerspruchsabteilung bestätigt, wonach die einander gegenüberstehenden Zeichen schriftbildlich unterschiedlich sind (Randnr. 20 der angefochtenen Entscheidung). Die Klägerin trägt insoweit nur vor, dass die Zeichen die Buchstaben „ol" und die Endsilbe „gan" gemeinsam hätten.

56 Dazu ist festzustellen, dass sich die schriftbildliche Ähnlichkeit auf diese von der Klägerin geltend gemachten gemeinsamen Elemente beschränkt. Andererseits weisen die einander gegenüberstehenden Zeichen erhebliche schriftbildliche Unterschiede auf. Die älteren Marken bestehen aus zwei Wörtern, beginnen mit einem „o" und enthalten ein doppeltes „l" und ein „y". Die Anmeldemarke besteht aus nur einem Wort, das mit einem „h" beginnt und ein doppeltes „o" und ein „i" enthält. Die Beschwerdekammer hat daher zu Recht angenommen, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen schriftbildlich unterschiedlich sind.

57 Hinsichtlich der klanglichen Zeichenähnlichkeit hat die Beschwerdekammer ausgeführt, dass die Zeichen nach spanischen und französischen Wörterbüchern unterschiedlich ausgesprochen würden. In der mündlichen Verhandlung hat das Amt darauf hingewiesen, dass die Beschwerdekammern wegen der unterschiedlichen Nationalität ihrer Mitglieder eine „interne" Kenntnis der tatsächlichen Aussprache in verschiedenen Sprachen hätten. Die Beschwerdekammer hat weiter angenommen, dass die französischen und portugiesischen Durchschnittsverbraucher, da ihnen die Bedeutung des Wortes „hooligan" im Zusammenhang mit Fußball bekannt sei, auch mit der Aussprache des Wortes vertraut seien. Ein weiterer klanglicher Unterschied bestehe darin, dass in der Aussprache zwischen den Wörtern der älteren Marken eine Pause gemacht werde, nicht aber in der Aussprache der Anmeldemarke (Randnrn. 21 und 22 der angefochtenen Entscheidung).

58 Dazu ist zu bemerken, dass sich schwerlich mit Gewissheit feststellen lässt, wie der Durchschnittsverbraucher ein seiner Muttersprache fremdes Wort ausspricht. Erstens ist nicht sicher, dass das Wort als ein fremdes erkannt wird, vor allem, wenn es, wie hier im Fall des französischen Verbrauchers, in die Schreibweise der aufnehmenden Sprache umgeändert wurde. So gibt es das englische Wort „hooligan" im Französischen in der Form „houligan". Auch wenn zweitens die fremde Herkunft des Wortes erkannt wird, ist seine Aussprache nicht notwendig die der Herkunftssprache. Denn die richtige Aussprache in der Herkunftssprache setzt nicht nur die Kenntnis dieser Aussprache voraus, sondern auch die Fähigkeit, das Wort akzentfrei zu sprechen. Drittens wäre im Rahmen der Beurteilung der Verwechslungsgefahr weiterhin der Nachweis zu führen, dass eine Mehrheit der maßgeblichen Verkehrskreise diese Fähigkeit besitzt.

59 Insoweit können Wörterbücher der Sprache der maßgeblichen Verkehrskreise sowohl von der erstinstanzlich tätigen Stelle des Amtes als auch von den Beschwerdekammern grundsätzlich herangezogen werden, auch ohne den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis gebracht zu werden, da sie a priori allgemein bekannte Quellen sind. Diese Wörterbücher geben die richtige Aussprache des fraglichen Wortes in seiner Herkunftssprache an, auch wenn es keine Gewähr dafür gibt, dass diese mit der tatsächlich üblichen Aussprache in der Umgangssprache übereinstimmt. Im Übrigen können die Kenntnisse, die die verschiedenen Stellen des Amtes infolge der unterschiedlichen Nationalität ihrer Bediensteten oder Mitglieder besitzen, unter Umständen die Quellen bestätigen, aus denen sich die Aussprache durch den Durchschnittsverbraucher ergibt.

60 Was die phonetische Kenntnis des Wortes „hooligan" durch die maßgeblichen Verkehrskreise anbelangt, so konnte die Beschwerdekammer zu Recht annehmen, dass diese Kreise das Wort aus seinem üblichen Gebrauch im Bereich des Fußballs kennen. Zu Recht ist die Beschwerdekammer auch davon ausgegangen, dass die erste Silbe dieses Wortes im Französischen grundsätzlich als „ou" (deutsch „u") ausgesprochen wird. Fehlerfrei stellte die Beschwerdekammer sodann fest, dass der französische Verbraucher entweder das englische Wort „hooligan" und seine Grundaussprache oder aber den französischen Begriff „houligan" kennt, wie ihn das in der angefochtenen Entscheidung zitierte französische Wörterbuch definiert. Denn der Anteil des maßgebenden französischen Publikums, der das französische

Wort nicht kennt und das englische Wort trotz seiner offenkundig fremdsprachigen Herkunft französisch ausspricht, ist umgekehrt vermutlich gering. Auch wenn die Laute „ou" und „o" einander nahe stehen, bewirken sie somit doch eine klangliche Abweichung zwischen den einander gegenüberstehenden Marken. Was andererseits den portugiesischen Verbraucher angeht, so werden die Ausführungen der Beschwerdekammer durch den Umstand geschwächt, dass sie sich zu Unrecht auf ein spanisches Wörterbuch stützte, das für die Sprache des portugiesischen Durchschnittsverbrauchers unbeachtlich ist. Im Übrigen hat die Beschwerdekammer zu Recht hervorgehoben, dass ein weiterer relevanter klanglicher Unterschied zwischen den einander gegenüberstehenden Marken darin besteht, dass die älteren Marken aus zwei Wörtern zusammengesetzt sind, während die Anmeldemarke aus nur einem Wort besteht.

61 Jedoch weist nichts darauf hin, dass die Silben „li" in der angemeldeten Marke und „ly" in den älteren Marken von den maßgeblichen Verkehrskreisen unterschiedlich ausgesprochen würden. Ebenso wird die den einander gegenüberstehenden Marken gemeinsame Silbe „gan" unabhängig von der Art ihrer Aussprache von den maßgeblichen Verkehrskreisen als identisch angesehen werden. Es weist auch nichts darauf hin, dass der Anfangsbuchstabe „h" der Anmeldemarke und der im Englischen tatsächlich unterschiedliche Anlaut der einander gegenüberstehenden Marken es den maßgebenden französischen und portugiesischen Verkehrskreisen ermöglichten, die Marken in der von ihnen selbst praktizierten Aussprache klanglich zu unterscheiden.

62 Da somit die klanglichen Gemeinsamkeiten gegenüber den Unterschieden überwiegen, weisen die Marken HOOLIGAN und OLLY GAN für die maßgeblichen Verkehrskreise eine klangliche Ähnlichkeit auf. Der Beschwerdekammer ist damit ein Beurteilungsfehler mit ihrer Annahme unterlaufen, dass die einander gegenüberstehenden Zeichen für die französischen und portugiesischen Durchschnittsverbraucher klanglich unterschiedlich seien.

63 Was schließlich die begriffliche Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen angeht, so hat die Beschwerdekammer festgestellt, dass eine begriffliche Ähnlichkeit, da diese in der Entscheidung der Widerspruchsabteilung nur auf die klangliche Ähnlichkeit gestützt werde, mit dieser ebenfalls entfalle.

64 Da diese Erwägung, wie vorstehend dargelegt, auf einer fehlerhaften Prämisse beruht, ist die angefochtene Entscheidung auch insoweit als fehlerhaft anzusehen.

65 Dennoch ist die Feststellung der Beschwerdekammer, dass die einander gegenüberstehenden Marken begrifflich unterschiedlich seien, nicht zu beanstanden.

66 Zum einen liegt der Anmeldemarke ihrem Wesen nach offenkundig der Begriff des Hooligans zugrunde. Im Übrigen ist nicht bestritten worden, dass dieser Begriff den französischen und portugiesischen Durchschnittsverbrauchern vor allem wegen seiner Verwendung im Bereich des Fußballs bekannt ist. Die Anmeldemarke wird daher von den maßgeblichen Verkehrskreisen in diesem Sinne verstanden und erinnert. Demgegenüber haben die Wörter der älteren Marke auf den ersten Blick keine Bedeutung und lassen in erster Linie an einen Vornamen und einen Namen denken. Dieses Konzept ist in der Bekleidungsbranche weit verbreitet und wird daher von den maßgeblichen Verkehrskreisen ohne weiteres aufgenommen, so dass sich die älteren Marken mit dieser Bedeutung dem Gedächtnis einprägen. Nur mittelbar und unter rein klanglichem Aspekt können die maßgeblichen Verkehrskreise die älteren Marken möglicherweise mit dem Begriff des Hooligans in Verbindung bringen. Diese Assoziation wäre allerdings die Folge einer vorherigen Verwechslung der einander gegenüberstehenden Marken infolge ihrer klanglichen Ähnlichkeit. Die schriftbildliche Wahrnehmung der älteren Marken wird jedoch sofort einen Abstand zwischen dem Begriff des Hooligans und den älteren Marken erkennen lassen. Insoweit hat die Beschwerdekammer fehlerfrei festgestellt, dass beim Kauf eines Kleidungsstücks die Marke gewöhnlich dadurch überprüft wird, dass man sie anschaut (Randnr. 23 der angefochtenen Entscheidung). Daher wird der Durchschnittsverbraucher die älteren Marken nach dem Konzept von Namen und Vornamen in Erinnerung behalten.

67 An dieser Stelle ist das Argument der Klägerin zu prüfen, wonach den älteren Marken eine erhöhe originäre Kennzeichnungskraft zukomme. Wie oben ausgeführt, sind die älteren Marken so konzipiert, dass das maßgebliche Publikum sie als die Verbindung eines Vornamen mit einem Namen auffassen wird. Dieses Konzept ist im Bekleidungssektor gängig. Nichts weist im Übrigen darauf hin, dass

der gewählte Vorname und Name in den Augen der maßgeblichen Verkehrskreise als besonders aussagekräftig gelten könnten. Daher lässt sich nicht behaupten, dass die älteren Marken von Haus aus eine erhöhte Kennzeichnungskraft hätten.

68 Bei der Gesamtwürdigung der Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen ist daher festzustellen, dass die Beschwerdekammer trotz des ihr unterlaufenden Beurteilungsfehlers hinsichtlich der fehlenden klanglichen Ähnlichkeit zu Recht zu dem Ergebnis gelangt ist, dass angesichts der schriftbildlichen Unterschiedlichkeit der Marken und ihrer fehlenden begrifflichen Ähnlichkeit im Ergebnis die Zeichenähnlichkeit zu verneinen ist.

69 Im Rahmen der Gesamtwürdigung der einander gegenüberstehenden Marken hat die Beschwerdekammer daher in Randnummer 23 der angefochtenen Entscheidung zutreffend den Schluss gezogen, dass bei den maßgeblichen Verkehrskreisen, insbesondere im Bekleidungssektor, keine Verwechslungen der Anmeldemarke mit den älteren Marken hervorgerufen werden.

70 Nach alledem ist die Klage abzuweisen.

Kosten

71 Nach Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr gemäß dem Antrag des Amtes und der Streithelfer die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Pirrung Forwood Papasavvas

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg, am 1. Februar 2005.

Der Kanzler

H. Jung

Der Präsident

J. Pirrung