URTEIL DES GERICHTS (Zweite Kammer)

3. September 2010 *

In der Rechtssache T-472/08

Companhia Muller de Bebidas mit Sitz in Pirassununga (Brasilien), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte G. Da Cunha Ferreira und I. Bairrão,

Klägerin,

gegen

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

Beklagter,

* Verfahrenssprache: Englisch.

andere Beteiligte im Verfahren vor der Beschwerdekammer des HABM:

Missiato Industria e Comercio Ltda mit Sitz in Santa Rita Do Passa Quatro (Brasilien),

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des HABM vom 4. Juli 2008 (Sache R 1687/2007-1) zu einem Widerspruchsverfahren zwischen der Companhia Muller de Bebidas und der Missiato Industria e Comercio Ltda

erlässt

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung der Präsidentin I. Pelikánová (Berichterstatterin), der Richterin K. Jürimäe sowie des Richters S. Soldevila Fragoso,

Kanzler: E. Coulon,

aufgrund der am 22. Oktober 2008 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 9. März 2009 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung,

aufgrund der am 12. Mai 2009 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Erwiderung,

aufgrund des Umstands, dass keiner der Verfahrensbeteiligten binnen einem Monat nach der Mitteilung, dass das schriftliche Verfahren abgeschlossen ist, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung beantragt hat, und des daher auf Bericht des Berichterstatters gemäß Art. 135a der Verfahrensordnung des Gerichts ergangenen Beschlusses, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden,

aufgrund der Wiedereröffnung des schriftlichen Verfahrens,

aufgrund der schriftlichen Fragen des Gerichts an die Parteien,

aufgrund der am 1. und 10. März 2010 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Stellungnahmen der Parteien

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Am 2. Dezember 2003 meldete die Missiato Industria e Comercio Ltda gemäß 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]) beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) eine Gemeinschaftsmarke an.

2 Bei der angemeldeten Marke handelt es sich um das nachstehend wiedergegebene Bildzeichen:

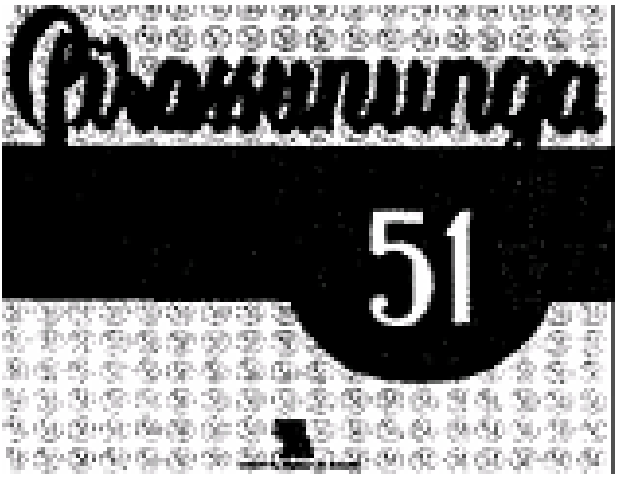


3 Die Marke wurde für „alkoholische Getränke (mit Ausnahme von Bier)“ in Klasse 33 des Abkommens von Nizza über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken vom 15. Juni 1957 in revidierter und geänderter Fassung angemeldet.

4 Am 27. September 2004 wurde die Anmeldung im *Blatt für Gemeinschaftsmarken* Nr. 39/2004 veröffentlicht.

5 Am 27. Dezember 2004 erhob die Klägerin, die Companhia Muller de Bebidas, gemäß Art. 42 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 41 der Verordnung Nr. 207/2009) gegen die Eintragung der angemeldeten Marke Widerspruch in Bezug auf die in der Anmeldung genannten Waren. Der Widerspruch gründete sich u. a. auf folgende ältere Rechte (im Folgenden: ältere Marken):

— die nachstehend wiedergegebene portugiesische Bildmarke, die am 19. April 1991 angemeldet und am 30. März 1993 unter der Nr. 273105 für „alkoholische Getränke“ der Klasse 33 des Abkommens von Nizza eingetragen wurde:



— die nachstehend wiedergegebene portugiesische Bildmarke, die am 10. August 1998 angemeldet und am 21. August 2001 unter der Nr. 331952 für „alkoholische Getränke“ der Klasse 33 des Abkommens von Nizza eingetragen wurde:



— die nachstehend wiedergegebene dänische Bildmarke, die am 30. Juni 1995 angemeldet und am 10. November 1998 unter dem Aktenzeichen VR 199803649 für „Likör aus Zuckerrohr“ der Klasse 33 des Abkommens von Nizza eingetragen wurde:



— die nachstehend wiedergegebene Bildmarkenserie aus dem Vereinigten Königreich, die am 11. Oktober 2000 unter der Nr. 2248316 für „alkoholische Getränke aus Zuckerrohr“ der Klasse 33 des Abkommens von Nizza angemeldet und eingetragen wurde:



— die nachstehend wiedergegebene spanische Bildmarke, die am 22. Oktober 2001 unter der Nr. 2354943 für „alkoholische Getränke (mit Ausnahme von Bier) aus Zuckerrohr“ der Klasse 33 des Abkommens von Nizza eingetragen wurde:



— die nachstehend wiedergegebene österreichische Bildmarke, die am 29. Juni 1995 angemeldet und am 18. Dezember 1995 unter der Nr. 161564 für „alkoholische Getränke aus destilliertem Zuckerrohr“ der Klasse 33 des Abkommens von Nizza eingetragen wurde:



— die nachstehend wiedergegebene, in Portugal notorisch bekannte Bildmarke für „alkoholische Getränke“ der Klasse 33 des Abkommens von Nizza:



— die in Portugal notorisch bekannte Wortmarke CACHAÇA 51 für „alkoholische Getränke“ der Klasse 33 des Abkommens von Nizza.

6 Vor der Widerspruchsabteilung machte die Klägerin geltend, dass zwischen den einander gegenüberstehenden Marken die Gefahr von Verwechslungen im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009) bestehe. Sie berief sich auch auf ihre beiden Marken, von denen sie behauptete, sie seien in Portugal notorisch bekannt im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Buchst. c der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 8 Abs. 2 Buchst. c der Verordnung Nr. 207/2009).

7 Mit Entscheidung vom 4. September 2007 wies die Widerspruchsabteilung den Widerspruch in vollem Umfang zurück. Gegen diese Entscheidung legte die Klägerin am 29. Oktober 2007 beim HABM gemäß den Art. 57 bis 62 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 58 bis 64 der Verordnung Nr. 207/2009) Beschwerde ein.

8 Mit Entscheidung vom 4. Juli 2008 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) wies die Erste Beschwerdekammer des HABM die Beschwerde zurück. Die Beschwerdekammer schloss sich der Argumentation der Widerspruchsabteilung an und vertrat die Auffassung, dass die Unterschiede zwischen den einander gegenüberstehenden Marken jede Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 ausschlössen.

Anträge der Parteien

9 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung insoweit aufzuheben, als sie die Entscheidung der Widerspruchsabteilung, mit der die Eintragung der angemeldeten Marke zugelassen wurde, bestätigt hat;

— dem HABM die Kosten aufzuerlegen.

10 Mit am 10. März 2010 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenem Schreiben hat die Klägerin ihre Anträge auf Abänderung der angefochtenen Entscheidung und Nichtigerklärung der Eintragung der angemeldeten Marke zurückgenommen.

11 Das HABM beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Zur Berücksichtigungsfähigkeit der erstmalig beim Gericht vorgelegten Unterlagen

12 Die Klägerin hat ihrer Klageschrift als Anlagen 9 bis 11 Unterlagen beigefügt, die unter Eid abgegebene Erklärungen enthalten, mit denen die Behauptung untermauert werden soll, dass die ältere Wortmarke CACHAÇA 51 und die ältere Bildmarke Cachaça 51 in Portugal notorisch bekannt seien (vgl. Randnr. 5 des vorliegenden Urteils).

13 Nach Ansicht des HABM würden diese Unterlagen, wenn sie berücksichtigt würden, den vor der Beschwerdekammer verhandelten Streitgegenstand ändern.

14 Die der Klageschrift als Anlagen 9 bis 11 beigefügten Schriftstücke, die erstmalig beim Gericht vorgelegt worden sind, können keine Berücksichtigung finden. Die Klage beim Gericht ist nämlich auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der von den Beschwerdekammern des HABM erlassenen Entscheidungen im Sinne von Art. 63 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt 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. Die genannten Unterlagen sind somit 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).

Zur Begründetheit

15 Die Klägerin stützt ihren Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Entscheidung auf einen einzigen Klagegrund, der sich in zwei Teile gliedert. Mit dem ersten Teil wird ein Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 geltend gemacht, während mit dem zweiten Teil ein Verstoß gegen Art. 52 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 53 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009) gerügt wird.

1. *Zum zweiten Teil des einzigen Klagegrundes für den Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Entscheidung: Verstoß gegen Art. 52 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94*

16 Wie das HABM zu Recht bemerkt, ist der zweite Teil des einzigen Klagegrundes für den Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Entscheidung, mit dem ein Verstoß gegen Art. 52 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 gerügt wird, gegenstandslos. Denn in dieser Vorschrift werden die Nichtigkeitsgründe in Bezug auf eine Gemeinschaftsmarke aufgezählt, die bereits eingetragen worden ist, was bei der angemeldeten Marke nicht der Fall ist.

17 Der zweite Teil des einzigen Klagegrundes ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

2. *Zum ersten Teil des einzigen Klagegrundes für den Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Entscheidung: Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94*

18 Mit dem ersten Teil des einzigen Klagegrundes für den Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Entscheidung, mit dem ein Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 gerügt wird, wirft die Klägerin der Beschwerdekammer vor, die Unterschiede zwischen den streitigen Zeichen zu Unrecht als ausreichend angesehen zu haben, um für das Publikum in den betreffenden Gebieten einschließlich Portugals, für das die Klägerin die Bekanntheit der älteren Wortmarke CACHAÇA 51 und der älteren Bildmarke Cachaça 51 geltend gemacht hatte, die Gefahr von Verwechslungen auszuschließen.

Vorbringen der Parteien

19 Den ersten Teil ihres einzigen Klagegrundes für den Aufhebungsantrag, mit dem ein Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 geltend gemacht wird, stützt die Klägerin im Wesentlichen auf sieben Rügen, aus denen sich ergibt, dass die Beschwerdekammer diesen Artikel und die ständige Rechtsprechung, wonach die umfassende Beurteilung der einander gegenüberstehenden Marken unter Berücksichtigung ihrer unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu erfolgen habe, falsch ausgelegt habe und ihre Bewertung somit mehrere Fehler aufweise.

20 Mit ihrer ersten Rüge macht die Klägerin geltend, die Beschwerdekammer habe fehlerhaft die Verwechslungsgefahr nicht im Hinblick auf die tatsächlich maßgeblichen Verkehrskreise beurteilt und insbesondere angenommen, dass der angesprochene Verbraucher die breite Öffentlichkeit sei.

21 Mit ihrer zweiten Rüge trägt die Klägerin im Wesentlichen vor, die Beschwerdekammer habe fehlerhaft angenommen, dass die dominierenden und unterscheidungskräftigen Elemente die Bestandteile „cachaça“ und „51“ seien.

22 Mit der dritten Rüge macht die Klägerin geltend, die Beschwerdekammer habe fehlerhaft angenommen, dass die einander gegenüberstehenden Marken keinen ähnlichen optischen Eindruck hervorriefen.

23 Mit der vierten Rüge trägt die Klägerin vor, die Beschwerdekammer habe fehlerhaft angenommen, dass die einander gegenüberstehenden Marken keinen sehr ähnlichen phonetischen Eindruck hervorriefen.

24 Im Rahmen der fünften Rüge trägt die Klägerin vor, die Beschwerdekammer sei fehlerhaft zu dem Ergebnis gelangt, dass zwischen den einander gegenüberstehenden Marken keine begriffliche Ähnlichkeit bestehe.

25 Mit ihrer sechsten Rüge trägt die Klägerin im Wesentlichen vor, dass sich die vorgenannten Fehler insoweit auf die angefochtene Entscheidung ausgewirkt hätten, als sie die Beschwerdekammer zu der falschen Schlussfolgerung veranlasst hätten, dass für die maßgeblichen Verkehrskreise keine Verwechslungsgefahr bestehe.

26 Mit ihrer siebten Rüge schließlich macht die Klägerin geltend, dass die von ihr vorgelegten Unterlagen ausreichten, um die Bekanntheit der älteren Wortmarke CACHAÇA 51 und der älteren Bildmarke Cachaça 51 in Portugal oder zumindest deren erhöhte globale Unterscheidungskraft in diesem Land zu belegen. Die Beschwerdekammer habe zu Unrecht die Ansicht vertreten, dass die Marke, deren Bekanntheit zu belegen gewesen sei, die Zahl 51 sei und die Bekanntheit dieser Marke nicht belegt worden sei.

27 Das HABM beantragt, die Klage abzuweisen, da die Beschwerdekammer zu Recht davon habe ausgehen können, dass im vorliegenden Fall keine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 bestehe.

Würdigung durch das Gericht

28 Nach Art. 8 Abs. 1 Buchst. 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. Dabei schließt die Gefahr von Verwechslungen die Gefahr ein, dass die Marke mit der älteren Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird.

29 Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine Verwechslungsgefahr dann vor, wenn das Publikum glauben könnte, dass die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aus demselben Unternehmen oder gegebenenfalls aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen. Nach dieser Rechtsprechung ist das Vorliegen der Verwechslungsgefahr umfassend, nach der Wahrnehmung der fraglichen Zeichen und Waren oder Dienstleistungen durch die maßgeblichen Verkehrskreise und unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls, insbesondere der

Wechselbeziehung zwischen der Zeichenähnlichkeit und der Ähnlichkeit 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).

30 Eine Verwechslungsgefahr im Sinne des Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 setzt sowohl eine Identität oder Ähnlichkeit zwischen den einander gegenüberstehenden Marken als auch eine Identität oder Ähnlichkeit der durch sie erfassten Waren oder Dienstleistungen voraus. 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).

31 Anhand der in den vorstehenden Randnrn. 28 bis 30 dargestellten Grundsätze ist im vorliegenden Fall der erste Teil des einzigen Klagegrundes für den Aufhebungsantrag, mit dem ein Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 gerügt wird, zu prüfen.

Zu den maßgeblichen Verkehrskreisen

32 Nach der Rechtsprechung ist bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr auf einen normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der in Frage stehenden Art von Waren oder Dienstleistungen abzustellen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers je nach Art der Waren oder Dienstleistungen unterschiedlich hoch sein kann (vgl. 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).

33 In Randnr. 20 der angefochtenen Entscheidung hat die Beschwerdekammer angenommen, dass die maßgeblichen Verkehrskreise die breite Öffentlichkeit seien, die sich aus dem portugiesischen, spanischen, britischen, österreichischen oder dänischen Durchschnittsverbraucher zusammensetze, von dem anzunehmen sei, dass er normal informiert und angemessen aufmerksam und verständig sei.

34 Erstens ist festzustellen, dass — wie die Beschwerdekammer in Randnr. 20 der angefochtenen Entscheidung zutreffend, und ohne dass dies bestritten worden ist, ausgeführt hat — die bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr zu berücksichtigenden Gebiete, da es sich bei den älteren Marken um nationale Marken handelt, die Gebiete der Mitgliedstaaten sind, in denen die genannten Marken geschützt sind, nämlich Portugal, Spanien, das Vereinigte Königreich, Österreich und Dänemark.

35 Was zweitens die zu den maßgeblichen Verkehrskreisen gehörenden Verbraucher betrifft, macht die Klägerin mit ihrer ersten Rüge geltend, dass die angefochtene Entscheidung fehlerhaft sei, da die angesprochenen Verbraucher nicht der „gesamten Öffentlichkeit" angehörten, sondern ausschließlich junge Verbraucher und solche mittleren Alters seien. Die Klägerin habe im Verfahren vor dem HABM nachgewiesen, dass das Getränk Cachaça von diesem Personenkreis, nicht aber von Kindern und alten Menschen konsumiert werde.

36 Im vorliegenden Fall gehören die Waren, die von der angemeldeten Marke und den älteren Marke erfasst werden, zur Klasse 33, die gemäß dem Abkommen von Nizza „alkoholische Getränke (mit Ausnahme von Bier)" umfasst. Die in Dänemark, dem Vereinigten Königreich, Spanien und Österreich angemeldeten älteren Marken sind

nur für „Likör aus Zuckerrohr“, „alkoholische Getränke aus destilliertem Zuckerrohr“ und „alkoholische Getränke aus Zuckerrohr“ eingetragen worden.

37 Zwar trägt die Klägerin im Wesentlichen vor, dass sie die älteren Marken ausschließlich für den Vertrieb einer besonderen Art von alkoholischen Getränken oder Likören aus Zuckerrohr, die in Brasilien erzeugt werde, nämlich der Cachaça, verwende und alles dafür spreche, dass Missiato Industria e Comercio unter der angemeldeten Marke ebenfalls Cachaça vertreiben werde, da sie diese Art von Waren bereits unter der genannten Marke vertreibe.

38 Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass sich die Rechte, die die streitigen Marken verleihen oder verleihen können, auf jede der Arten von Waren oder Dienstleistungen erstrecken, für die diese Marken geschützt sind, oder auf jede der Arten von Waren, die in der Anmeldung beansprucht werden. Die unternehmerischen Entscheidungen, die von den Inhabern der einander gegenüberstehenden Marken getroffen wurden oder getroffen werden können, sind Faktoren, die von den aus diesen Marken abgeleiteten Rechten unterschieden werden müssen, und können, da sie nur vom Willen der Inhaber dieser Marken abhängen, Änderungen unterworfen sein. Solange das Verzeichnis der von den einander gegenüberstehenden Marken erfassten Waren nicht geändert wurde, können sich solche Faktoren in keiner Weise auf die maßgeblichen Verkehrskreise auswirken, die bei der Beurteilung der Frage, ob eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 vorliegt, zu berücksichtigen sind (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 13. April 2005, Gillette/HABM — Wilkinson Sword [RIGHT GUARD XTREME sport], T-286/03, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 33).

39 Da es sich bei den Waren, für die die älteren Marken geschützt sind, und den Waren, die im Antrag auf Eintragung der Anmeldemarke beansprucht werden, um allgemeine Verbrauchsgüter handelt, also um Waren, die nicht für ein Fachpublikum bestimmt

sind, hat die Beschwerdekammer in Randnr. 20 der angefochtenen Entscheidung zu Recht angenommen, dass es sich bei den maßgeblichen Verkehrskreisen um den Durchschnittsverbraucher aus Portugal, Spanien, dem Vereinigten Königreich, Österreich oder Dänemark handelt, von dem anzunehmen ist, dass er normal informiert und angemessen aufmerksam und verständig ist.

40 Auch wenn die alkoholischen Getränke einschließlich solcher aus Zuckerrohr in Restaurants oder Bars, insbesondere in Form von Cocktails wie Caipirinha, verkauft werden und bestimmte Werbekampagnen für diese Getränke speziell auf junge Erwachsene und solche mittleren Alters abzielen, sind sie doch Gegenstand des allgemeinen Vertriebs und werden außerdem nicht nur in Fachgeschäften, sondern auch in großen Einkaufszentren verkauft, so dass sie für die breite Öffentlichkeit erhältlich sind (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 14. Dezember 2006, Mast-Jägermeister/HABM — Licorera Zacapaneca [VENADO mit Rahmen u. a.], T-81/03, T-82/03 und T-103/03, Slg. 2006, II-5409, Randnr. 82). Im Übrigen ergibt sich aus den von der Klägerin beim HABM als Anlagen Nrn. 1 und 2 vorgelegten Unterlagen, die in Randnr. 41 der angefochtenen Entscheidung genannt werden, dass die mit den älteren portugiesischen Marken versehenen Waren im Lebensmitteleinzelhandel, insbesondere in Supermärkten, vertrieben werden.

41 Hinsichtlich des Vorbringens der Klägerin, dass die Beschwerdekammer in der angefochtenen Entscheidung nicht ausdrücklich angegeben habe, dass sich die maßgeblichen Verkehrskreise ausschließlich aus erwachsenen Verbrauchern zusammensetzten, genügt der Hinweis, dass der Verkauf von alkoholischen Getränken an Kinder im Allgemeininteresse generell verboten ist und sich somit die von diesen Waren angesprochenen Verkehrskreise allein von Gesetzes wegen auf erwachsene Verbraucher beschränken. Es gibt in der angefochtenen Entscheidung keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Beschwerdekammer die gesetzlichen Beschränkungen in Bezug auf das Alter des Durchschnittsverbrauchers des jeweiligen Mitgliedstaats, hinsichtlich dessen sie das Bestehen einer Verwechslungsgefahr beurteilt hat, außer Acht gelassen hat und ihre Beurteilung dadurch beeinflusst worden ist.

42 Daher ist die erste Rüge der Klägerin zurückzuweisen, dass die Beschwerdekammer bei der Bestimmung der maßgeblichen Verkehrskreise in Randnr. 20 der angefochtenen Entscheidung einen Fehler begangen habe.

Zur Ähnlichkeit der Waren

43 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).

44 Schließen die Waren, für die eine ältere Marke geschützt ist, die mit einer Anmeldung beanspruchten Waren ein, sind diese Waren als identisch anzusehen (vgl. Urteil ARTHUR ET FELICIE, oben in Randnr. 14 angeführt, Randnr. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung).

45 Die Klägerin greift die von der Beschwerdekammer in den Randnrn. 22 und 36 der angefochtenen Entscheidung vorgenommene Beurteilung nicht an, wonach die Waren, für die die älteren Marken geschützt seien, mit den in der Anmeldung beanspruchten identisch seien, da die letztgenannten Waren „die durch die älteren Marken geschützten einschließen (oder in diesen eingeschlossen sind)“. Nach Maßgabe

der in der vorstehenden Randnr. 44 angeführten Rechtsprechung ist die Beurteilung der Beschwerdekammer zutreffend.

Zur Ähnlichkeit der Zeichen

— Zu den unterscheidungskräftigen und dominierenden Elementen

46 Bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist hinsichtlich der Ähnlichkeit der betreffenden 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 dieser Waren oder Dienstleistungen wirkt. Dabei nimmt der Durchschnittsverbraucher eine Marke regelmäßig 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).

47 Um die Unterscheidungskraft eines Markenbestandteils zu beurteilen, ist zu prüfen, ob er geeignet ist, die Waren, für die die Marke eingetragen worden ist, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und damit diese Waren von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Bei dieser Beurteilung sind insbesondere die Eigenschaften des Bestandteils darauf zu prüfen, ob er in Bezug auf die Waren, für die die Marke eingetragen worden ist, beschreibend ist oder nicht (vgl. Urteile des Gerichts vom 13. Juni 2006, Inex/HABM — Wiseman [Darstellung einer Kuhhaut], T-153/03, Slg. 2006, II-1677, Randnr. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung, und vom 13. Dezember 2007, Cabrera Sánchez/HABM — Industrias

Cárnicas Valle [el charcutero artesano], T-242/06, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 51).

48 Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit zweier Marken kann nicht nur ein Element einer zusammengesetzten Marke berücksichtigt und mit einer anderen Marke verglichen werden. Vielmehr sind die fraglichen Marken jeweils als Ganzes miteinander zu vergleichen, was nicht ausschließt, dass unter Umständen ein oder mehrere Bestandteile einer zusammengesetzten Marke für den durch die Marke im Gedächtnis der maßgeblichen Verkehrskreise hervorgerufenen Gesamteindruck prägend sein können (vgl. Urteil HABM/Shaker, oben in Randnr. 46 angeführt, Randnr. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung). Es kann nur dann für die Beurteilung der Ähnlichkeit allein auf den dominierenden Bestandteil ankommen, wenn alle anderen Markenbestandteile zu vernachlässigen sind (Urteile des Gerichtshofs HABM/Shaker, oben in Randnr. 46 angeführt, Randnr. 42, und vom 20. September 2007, Nestlé/HABM, C-193/06 P, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 42). Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn schon dieser Bestandteil allein geeignet ist, das Bild dieser Marke, das die angesprochenen Verkehrskreise im Gedächtnis behalten, so zu prägen, dass alle übrigen Bestandteile der Marke in dem durch diese hervorgerufenen Gesamteindruck zu vernachlässigen sind (Urteil Nestlé/HABM, Randnr. 43). Der Gerichtshof hat deutlich gemacht, dass die Tatsache, dass ein Bestandteil nicht zu vernachlässigen ist, nicht bedeutet, dass er dominierend ist; ebenso bedeutet die Tatsache, dass ein Bestandteil nicht dominierend ist, keineswegs, dass er zu vernachlässigen ist (Urteil Nestlé/HABM, Randnr. 44).

49 Sind einzelne Bestandteile einer Marke für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie geschützt ist oder die in der Anmeldung genannt sind, beschreibend, wird diesen Bestandteilen nur geringe oder sogar nur sehr geringe Unterscheidungskraft zuerkannt (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichts vom 12. September 2007, Koipe/HABM — Aceites del Sur [La Española], T-363/04, Slg. 2007, II-3355, Randnr. 92, und el charcutero artesano, oben in Randnr. 47 angeführt, Randnr. 52 und die dort angeführte Rechtsprechung). Unterscheidungskraft wird diesen Bestandteilen meistens nur aufgrund der Verbindung zuerkannt werden können, in der sie mit anderen Bestandteilen der Marke stehen. Wegen ihrer geringen oder sogar sehr geringen Unterscheidungskraft werden die beschreibenden Bestandteile einer Marke im Allgemeinen vom Publikum nicht als für den von der Marke hervorgerufenen Gesamteindruck dominierend angesehen, es sei denn, sie erweisen sich, insbesondere durch ihre Position oder ihre Größe, als geeignet, die Wahrnehmung des Publikums zu bestimmen

und sich in dessen Gedächtnis einzuprägen (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichts el charcutero artesano, oben in Randnr. 47 angeführt, Randnr. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung, und vom 12. November 2008, Shaker/HABM — Limiñana y Botella [Limoncello della Costiera Amalfitana shaker], T-7/04, Slg. 2008, II-3085, Randnr. 44 und die dort angeführte Rechtsprechung). Das bedeutet jedoch nicht, dass die beschreibenden Bestandteile einer Marke für den von dieser hervorgerufenen Gesamteindruck zwangsläufig zu vernachlässigen sind. Insoweit ist insbesondere zu prüfen, ob andere Bestandteile der Marke für sich allein geeignet sind, deren Bild, das die maßgeblichen Verkehrskreise im Gedächtnis behalten, zu prägen (vgl. oben, Randnr. 48).

50 Außerdem ist daran zu erinnern, dass gegen eine Prüfung, ob zwischen einer Wortmarke und einer Bildmarke bildliche Ähnlichkeit besteht, nichts einzuwenden ist, da diese beiden Markenarten Gegenstand einer grafischen Gestaltung sind, die einen optischen Eindruck vermitteln kann (vgl. Urteil des Gerichts vom 4. Mai 2005, Chum/HABM — Star TV [STAR TV], T-359/02, Slg. 2005, II-1515, Randnr. 43 und die dort angeführte Rechtsprechung).

51 In Randnr. 24 der angefochtenen Entscheidung hat die Beschwerdekammer angenommen, dass der dominierende Bestandteil der älteren portugiesischen Wortmarke das Wort „cachaça" sei, da dieses an erster Stelle stehe und nach der Rechtsprechung der erste Teil eines Zeichens üblicherweise eine stärkere Wirkung auf den Verbraucher ausübe als dessen Endteil.

52 In Randnr. 25 der angefochtenen Entscheidung hat die Beschwerdekammer ausgeführt, dass die dominierenden Bestandteile der älteren Bildmarken das figurative Element in der Mitte, das aus der Zahl 51 bestehe, die mit weißen Schriftzeichen in einen Kreis geschrieben sei, der sich zur Hälfte in einem breiten, das Zeichen von einem Ende zum anderen durchziehenden Band befinde, und das über diesem Bildelement stehende Wort seien, das — mit Ausnahme der portugiesischen Eintragung Nr. 273105, bei der das Wort „pirassununga" stehe — immer „cachaça" sei. Die

Dominanz dieser Bestandteile ergebe sich aus ihrer Position und daraus, dass sie größer seien als die übrigen Bestandteile der betreffenden Marken.

53 In den Randnrn. 26 und 27 der angefochtenen Entscheidung hat die Beschwerdekammer angenommen, dass das Wort „cachaça" ein unterscheidungskräftiger Bestandteil der älteren Marken aus Spanien, dem Vereinigten Königreich, Österreich und Dänemark sei, da die Verbraucher in Spanien, dem Vereinigten Königreich, Österreich und Dänemark dieses Wort als Phantasiebegriff ansähen. In all diesen Gebieten sei dieses Wort sogar der unterscheidungskräftigste Bestandteil der betreffenden Zeichen, da es zum einen als Wortbestandteil eine stärkere Wirkung auf den Verbraucher ausübe als das ihn begleitende figurative Element — die angesprochenen Verkehrskreise neigten nicht dazu, die Zeichen zu analysieren, und nähmen ein Zeichen leichter über seinen Wortbestandteil in Bezug — und zum anderen die eigentliche Unterscheidungskraft von Zahlen beschränkt sei, da sich Zahlen „gewöhnlich auf Mengen, Zeiträume, eine Bestellung usw. von Waren [bezögen] und Verbraucher demzufolge nicht gewohnt [seien], sie als Marken wahrzunehmen". Außerdem würden zweistellige Zahlen üblicherweise zur Angabe bestimmter Eigenschaften von „alkoholischen Getränken", wie des Alkoholgehalts oder der für den Reifungsprozess erforderlichen Zeit, verwendet.

54 Außerdem hat die Beschwerdekammer in den Randnrn. 26 bis 28 der angefochtenen Entscheidung angenommen, dass die Wörter „cachaça" und „pirassununga" in Portugal keine Unterscheidungskraft besäßen; dort würden sie vom Durchschnittsverbraucher als beschreibender Begriff für die Art der von den einander gegenüberstehenden Marken beanspruchten Waren bzw. für einen „Ort in Brasilien", wo diese Art von Waren hergestellt werde, aufgefasst.

55 In den Randnrn. 28 und 29 der angefochtenen Entscheidung ist die Beschwerdekammer zu dem Ergebnis gelangt, dass das dominierende und unterscheidungskräftigste Element der älteren Marken aus Spanien, dem Vereinigten Königreich, Österreich und Dänemark der Bestandteil „cachaça" sei, während in Anbetracht sowohl der beschreibenden Bedeutung der Wörter „cachaça" oder „pirassununga" für einen

portugiesischen Verbraucher als auch der begrenzten Unterscheidungskraft zweistelliger Zahlen für alkoholische Getränke die Unterscheidungskraft der älteren portugiesischen Wort- und Bildmarken in der Verbindung „ihrer Bestandteile" bzw. „ihrer dominierendsten Bestandteile", nämlich „cachaça 51" bzw. „Pirassununga 51", bestehe.

56 Mit ihrer zweiten Rüge macht die Klägerin im Wesentlichen geltend, dass die Beschwerdekammer fehlerhaft angenommen habe, dass der Bestandteil „cachaça" ein dominierendes und unterscheidungskräftiges Element der älteren Marken sei. Das Wort „cachaça" besitze wegen seines beschreibenden Charakters als solches keine Unterscheidungskraft, und zwar weder für die portugiesischen Verbraucher noch für die Verbraucher in Spanien, dem Vereinigten Königreich, Österreich und Dänemark. Die Verwechslungsgefahr müsse allein im Hinblick auf die Bestandteile „51" und „61", die mit Cachaça verknüpft seien oder verknüpft werden könnten, beurteilt werden.

57 Daher ist der Vergleich der einander gegenüberstehenden Marken so vorzunehmen, dass zunächst bei jeder der älteren Marken und anschließend bei der angemeldeten Marke ihre möglicherweise dominierenden oder zu vernachlässigenden Elemente festgestellt werden.

58 Die ältere portugiesische Wortmarke besteht aus der Verbindung zweier Elemente, erstens dem Wort „cachaça" und zweitens der Zahl „51".

59 Es wird nicht bestritten, dass das Wort „cachaça" vom portugiesischen Durchschnittsverbraucher als ein Wortbestandteil aufgefasst wird, der rein beschreibend ist für ein alkoholisches Getränk, nämlich einen Schnaps aus Zuckerrohr.

60 Die Zahl 51 erscheint innerhalb der älteren portugiesischen Marke als ein willkürlicher Zahlenbestandteil. Allerdings hat die Beschwerdekammer in Randnr. 27 der angefochtenen Entscheidung angenommen, dass die eigentliche Unterscheidungskraft von Zahlen, insbesondere zweistelligen Zahlen, beschränkt sei, da sie üblicherweise zur Angabe bestimmter Merkmale von Waren, insbesondere von „alkoholischen Getränken", verwendet würden und die Verbraucher nicht gewohnt seien, sie als Marken wahrzunehmen. Die Beschwerdekammer hat jedoch außer Acht gelassen, dass — wie die Klägerin zutreffend ausführt — die Zahl 51 nicht geeignet ist, um von den maßgeblichen Verkehrskreisen unmittelbar als beschreibend für ein bestimmtes Merkmal der betreffenden Ware aufgefasst zu werden, da sie bei der älteren portugiesischen Wortmarke mit keiner der Maßeinheiten assoziiert wird, mit denen üblicherweise eine spezielle Eigenschaft alkoholischer Getränke, wie der Alkoholgehalt, die Menge oder die für den Reifungsprozess erforderliche Zeit, gemessen wird. Das HABM trägt im Übrigen in seiner Klagebeantwortung vor, dass „der Wert, auf den sich die Zahlen [51 und 61] beziehen, nicht bekannt ist".

61 Die Beschwerdekammer hat zwar in Randnr. 24 der angefochtenen Entscheidung das Wort „cachaça" als das dominierende Element der älteren portugiesischen Marke eingestuft und zugleich in den Randnrn. 26 bis 28 dieser Entscheidung festgestellt, dass dieses Wort in Portugal keine eigentliche Unterscheidungskraft besitze, da es als beschreibend für die betreffende Art von Waren aufgefasst werde; dennoch hat sie in den Randnrn. 28 und 29 der angefochtenen Entscheidung angenommen, dass der Bestandteil „51" für den von dieser Marke hervorgerufenen Gesamteindruck nicht zu vernachlässigen sei, da die Unterscheidungskraft der Marke in der Verbindung ihrer Bestandteile „cachaça" und „51" bestehe.

62 Es kann daher nicht behauptet werden, die Beschwerdekammer habe den Bestandteil „51" der älteren portugiesischen Wortmarke bei der Prüfung, ob eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 besteht, unberücksichtigt gelassen. Der Beschwerdekammer kann zudem nicht vorgeworfen werden, im Rahmen dieser Prüfung auch den Bestandteil „cachaça" berücksichtigt zu haben. Auch wenn dieser Bestandteil vom portugiesischen Durchschnittsverbraucher als beschreibend für die betreffende Art von Waren wahrgenommen wird, hat er doch in der älteren portugiesischen Wortmarke eigenständigen Charakter gegenüber dem Bestandteil „51" sowie einen Rest an Unterscheidungskraft, die sich aus

seiner Verbindung mit dem Bestandteil „51“ und daraus ergibt, dass er als erster Teil der älteren portugiesischen Wortmarke in bildlicher und klanglicher Hinsicht üblicherweise eine stärkere Wirkung auf den Verbraucher ausübt als ihr letzter Teil (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 17. März 2004, El Corte Inglés/HABM — González Cabello und Iberia Líneas Aéreas de España [MUNDICOR], T-183/02 und T-184/02, Slg. 2004, II-965, Randnrn. 81 und 83).

63 Folglich hat die Beschwerdekammer im Fall der älteren portugiesischen Wortmarke keinen Fehler begangen, als sie die Bestandteile „cachaça“ und „51“ berücksichtigt hat, um zu prüfen, ob eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 besteht.

64 Es ist festzustellen, dass die älteren Bildmarken aus der Verbindung zahlreicher Wort- und Bildelemente bestehen.

65 Es ist unstreitig, dass die Bestandteile, aus denen sich diese Marken zusammensetzen, abgesehen von dem Bestandteil „cachaça“ bzw. „pirassununga“ und dem Bestandteil „51“, der mit weißen Schriftzeichen in einen Kreis geschrieben ist, der sich zur Hälfte in einem breiten, das Zeichen von einem Ende zum anderen durchziehenden Band befindet, in dem durch diese Marken hervorgerufenen Gesamteindruck zu vernachlässigen sind und daher bei der Prüfung der Frage, ob eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 besteht, außer Acht gelassen werden können.

66 Hinsichtlich der älteren portugiesischen Wortmarken ist unstreitig, dass die darin enthaltenen Wörter „cachaça“ und „pirassununga“ vom portugiesischen Durchschnittsverbraucher als Bestandteile aufgefasst werden, die rein beschreibend sind für die Art von Waren, die mit den betreffenden Waren bezeichnet werden, nämlich einen Schnaps aus Zuckerrohr, und dessen Herstellungsort, eine Ortschaft in Brasilien.

67 Aus den gleichen Gründen wie den in Randnr. 60 des vorliegenden Urteils genannten muss die Zahl 51 als ein willkürlicher Bestandteil der älteren portugiesischen Bildmarken angesehen werden.

68 Die Beschwerdekammer hat in den Randnrn. 25 und 29 der angefochtenen Entscheidung festgestellt, dass der von diesen Marken hervorgerufene Gesamteindruck von den Bestandteilen „cachaça" bzw. „pirassununga" und „51" dominiert werde und die Unterscheidungskraft der Marken in der Verbindung dieser Elemente bestehe.

69 Es kann somit nicht mit Erfolg behauptet werden, die Beschwerdekammer habe den in den älteren portugiesischen Bildmarken vorkommenden Bestandteil „51", der mit weißen Schriftzeichen in einen Kreis geschrieben ist, der sich zur Hälfte in einem breiten, das Zeichen von einem Ende zum anderen durchziehenden Band befindet, bei der Prüfung der Frage, ob eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 bestehe, unberücksichtigt gelassen. Der Beschwerdekammer kann ferner nicht vorgeworfen werden, dass sie im Rahmen dieser Prüfung den Bestandteil „cachaça" bzw. „pirassununga" berücksichtigt hat. Auch wenn dieser Bestandteil vom portugiesischen Durchschnittsverbraucher als beschreibend für die betreffende Art von Waren bzw. ihren Herstellungsort wahrgenommen wird, hat er dennoch in den älteren portugiesischen Bildmarken eigenständigen Charakter gegenüber dem Bestandteil „51" sowie einen Rest an Unterscheidungskraft, die sich aus seiner Verbindung mit dem Bestandteil „51" und daraus ergibt, dass das Wort „cachaça" bzw. „pirassununga" in den Zeichen eine Stellung einnimmt, die der des Bestandteils „51" mindestens gleichwertig ist. Er kann daher — zumindest in bildlicher Hinsicht — im Verhältnis zu dem letztgenannten Bestandteil nicht als zu vernachlässigend angesehen werden.

70 Folglich hat die Beschwerdekammer im Fall der älteren portugiesischen Bildmarken keinen Fehler begangen, als sie sowohl den Bestandteil „cachaça" bzw. „pirassununga" als auch den Bestandteil „51", der mit weißen Schriftzeichen in einen Kreis geschrieben ist, der sich zur Hälfte in einem breiten, das Zeichen von einem Ende zum anderen durchziehenden Band befindet, sowie den sich aus der Verbindung dieser Bestandteile ergebenden Gesamteindruck berücksichtigt hat, um zu prüfen, ob eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 besteht.

71 Hinsichtlich der älteren Marken aus Spanien, dem Vereinigten Königreich, Österreich und Dänemark hat die Beschwerdekammer in den Randnrn. 27 und 29 der angefochtenen Entscheidung festgestellt, dass der Bestandteil „cachaça" in Anbetracht seiner für die Verbraucher in Spanien, dem Vereinigten Königreich, Österreich und Dänemark bestehenden Natur als Wort und Phantasiebegriff sowie der begrenzten Unterscheidungskraft zweistelliger Zahlen für alkoholische Getränke das dominierende und unterscheidungskräftigste Element dieser Marken sei. Trotzdem hat sie im Weiteren in der angefochtenen Entscheidung nicht angenommen, dass der Bestandteil „51" für den von diesen Marken hervorgerufenen Gesamteindruck zu vernachlässigen sei, sondern ihn bei der Prüfung der Frage, ob eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 besteht, gebührend berücksichtigt. In Randnr. 31 der angefochtenen Entscheidung hat sie insbesondere darauf hingewiesen, dass, „in klanglicher Hinsicht, die älteren Marken in Spanien, Dänemark, dem Vereinigten Königreich und Österreich in der Weise in Bezug genommen werden, dass sie ‚cachaça' oder ‚cachaça 51' genannt werden, da es sich hierbei um ihre dominierenden und unterscheidungskräftigen Bestandteile handelt".

72 Es kann folglich nicht behauptet werden, die Beschwerdekammer habe den in den älteren Marken aus Spanien, dem Vereinigten Königreich, Österreich und Dänemark vorkommenden Bestandteil „51", der mit weißen Schriftzeichen in einen Kreis geschrieben ist, der sich zur Hälfte in einem breiten, das Zeichen von einem Ende zum anderen durchziehenden Band befindet, bei der Prüfung der Frage, ob eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 bestehe, unberücksichtigt gelassen. Der Beschwerdekammer kann ferner nicht vorgeworfen werden, dass sie im Rahmen dieser Prüfung auch den Bestandteil „cachaça" berücksichtigt hat. Selbst wenn man, wie von der Klägerin vorgetragen, unterstellte, dass dieser Bestandteil von den gesamten maßgeblichen Verkehrskreisen in Spanien, Dänemark, dem Vereinigten Königreich und Österreich oder von einem erheblichen Teil von diesen als Gattungsname oder als für die Bezeichnung der Art der von den betreffenden Marken beanspruchten Waren erforderlich angesehen werden könnte, hätte er immer noch in jeder dieser Bildmarken eigenständigen Charakter gegenüber dem Bestandteil „51" sowie einen Rest an Unterscheidungskraft, die sich aus seiner Verbindung mit dem Element „51" und daraus ergibt, dass das Wort „cachaça", da es in den Zeichen eine Stellung einnimmt, die der des Bestandteils „51" mindestens gleichwertig ist, zumindest in optischer Hinsicht im Verhältnis zu Letzterem nicht zu vernachlässigen ist.

73 Die Klägerin kann daher nicht geltend machen, die Beschwerdekammer habe im Fall der älteren Marken aus Spanien, dem Vereinigten Königreich, Österreich und

Dänemark einen Fehler begangen, als sie sowohl den Bestandteil „cachaça“ als auch den Bestandteil „51“, der mit weißen Schriftzeichen in einen Kreis geschrieben ist, der sich zur Hälfte in einem breiten, das Zeichen von einem Ende zum anderen durchziehenden Band befindet, sowie den sich aus der Verbindung dieser Bestandteile ergebenden Gesamteindruck berücksichtigt hat, um zu prüfen, ob eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 besteht.

74 Nach alledem kann die Klägerin nicht geltend machen, dass die Beschwerdekammer einen — wie auch immer gearteten — Fehler begangen habe, als sie bei allen älteren Marken sowohl den Bestandteil „cachaça“ bzw. „pirassununga“ als auch den Bestandteil „51“ berücksichtigt hat, um zu prüfen, ob eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 besteht; die zweite Rüge ist infolgedessen insgesamt zurückzuweisen.

75 In Bezug auf die angemeldete Marke hat die Beschwerdekammer in Randnr. 30 der angefochtenen Entscheidung festgestellt, dass deren unterscheidungskräftiger und dominierender Bestandteil das zentrale Bildelement in Gestalt der Zahl „61“ sei, zum einen wegen seiner zentralen Position, die durch zwei Zuckerrohrpflanzen, die die Zahl einrahmten, betont werde, und zum anderen, weil die weiteren Bestandteile — wegen ihres beschreibenden Charakters (das Fass oder die beiden Zuckerrohrpflanzen) oder wegen ihrer geringen Größe (der Ausdruck „a nossa alegria“ auf dem Band, der als ein „verzierender Schriftzug“ wahrgenommen werde) — als verzierende oder nebensächliche Elemente wahrgenommen würden. Aus der angefochtenen Entscheidung geht jedoch hervor, dass die Beschwerdekammer nicht angenommen hat, dass die Bildbestandteile in Form des Fasses und der beiden Zuckerrohrpflanzen sowie der Wortbestandteil in Gestalt des Ausdrucks „a nossa alegria“ in dem durch diese Marke hervorgerufenen Gesamteindruck zu vernachlässigende Bestandteile seien. Denn bei der Prüfung der Frage, ob zwischen den einander gegenüberstehenden Marken eine phonetische Ähnlichkeit besteht, hat die Beschwerdekammer in Randnr. 31 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass „[nicht] ausgeschlossen werden kann, dass [die angemeldete Marke] ‚a nossa alegria‘ genannt wird, da es sich hierbei um den einzigen Wortbestandteil des Zeichens handelt“. Ebenso hat sie in Randnr. 34 der angefochtenen Entscheidung bei der Prüfung der Frage, ob zwischen den einander gegenüberstehenden Marken eine begriffliche Ähnlichkeit besteht, berücksichtigt,

dass „die Zahl 61 der angemeldeten Marke … ein Fass [zeigt], das ein Element ist, das in keiner der älteren Marken vorkommt".

76 Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens vertritt die Klägerin die Ansicht, dass die Prüfung der Frage, ob eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 bestehe, allein im Hinblick auf den Bestandteil „61" durchgeführt werden müsse, der den von der angemeldeten Marke hervorgerufenen Gesamteindruck dominiere. Das HABM, das Klageabweisung beantragt, vertritt die Auffassung, dass bei dieser Prüfung sowohl der Bestandteil „61" als auch die Bildbestandteile in Form des Fasses und der beiden Zuckerrohrpflanzen sowie der Wortbestandteil in Gestalt des Ausdrucks „a nossa alegria" zu berücksichtigen seien, die in dem durch die angemeldete Marke hervorgerufenen Gesamteindruck nicht zu vernachlässigen seien.

77 Der Beschwerdekammer kann nicht vorgeworfen werden, dass sie den in der angemeldeten Marke vorkommenden Ausdruck „a nossa alegria" bei der Prüfung der Frage, ob eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 besteht, berücksichtigt hat. Dieser Ausdruck, der der einzige ist, der in der angemeldeten Marke vorkommt, ist für die Aussprache dieser Marke wichtig und kann daher nicht als im von dieser Marke hervorgerufenen Gesamteindruck zu vernachlässigend angesehen werden. Die Beschwerdekammer hat ebenso zu Recht bestimmte Bildbestandteile wie die Zeichnung eines Fasses berücksichtigt. Obwohl das Fass und die beiden Zuckerrohrpflanzen deutlich auf ein alkoholisches Getränk aus Zuckerrohr, das in Eichenfässern reifen kann, anspielen und damit eine sehr geringe Unterscheidungskraft für derartige Waren besitzen, bewahren sie in der angemeldeten Marke eine Eigenständigkeit sowie einen Rest an Unterscheidungskraft, die sich aus ihrer Verbindung mit dem Bestandteil „61" und daraus ergibt, dass sie in dieser Marke einen Platz einnehmen, der dem des Bestandteils „61" zumindest gleichwertig ist. Das HABM macht daher im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits zu Recht geltend, dass diese Bestandteile zumindest in optischer Hinsicht im Verhältnis zum Bestandteil „61" nicht als zu vernachlässigend angesehen werden können.

78 In Anbetracht dessen und unter Berücksichtigung der in Randnr. 46 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung hat die Prüfung der Ähnlichkeit, was die

Beziehungen zwischen der älteren portugiesischen Wortmarke und der angemeldeten Marke betrifft, daher anhand des Gesamteindrucks zu erfolgen, der durch die Verbindung des Bestandteils „cachaça“ mit dem Bestandteil „51“ auf der einen Seite, und des Gesamteindrucks, der durch die Verbindung des mit weißen Schriftzeichen an zentraler Stelle geschriebenen Bestandteils „61“ mit den Bestandteilen in Gestalt der Zeichnung eines Fasses, das auf jeder Seite von zwei Zuckerrohrpflanzen eingerahmt wird, und dem Bestandteil in Form des Bandes mit der Aufschrift „a nossa alegria“ auf der anderen Seite hervorgerufen wird. Was die Beziehungen zwischen den älteren Bildmarken und der angemeldeten Marke betrifft, hat diese Prüfung anhand des Gesamteindrucks zu erfolgen, der durch die Verbindung des Bestandteils „cachaça“ bzw. „pirassununga“ mit dem Bestandteil „51“, der mit weißen Schriftzeichen in einen Kreis geschrieben ist, der sich zur Hälfte in einem breiten, das Zeichen von einem Ende zum anderen durchziehenden Band befindet, auf der einen Seite, und des Gesamteindrucks, der durch die Verbindung des mit weißen Ziffern an zentraler Stelle geschriebenen Bestandteils „61“ mit den Bestandteilen in Gestalt der Zeichnung eines Fasses, das auf jeder Seite von zwei Zuckerrohrpflanzen eingerahmt wird, und dem Bestandteil in Form des Bandes mit der Aufschrift „a nossa alegria“ auf der anderen Seite hervorgerufen wird.

— Zur optischen Ähnlichkeit

79 In Bezug auf die optische Ähnlichkeit zwischen den einander gegenüberstehenden Marken ist die Beschwerdekammer in den Randnrn. 32 und 33 der angefochtenen Entscheidung zu dem Ergebnis gelangt, dass diese Marken nur hinsichtlich der Darstellung der Ziffer 1 übereinstimmten. Die „relativen optischen Ähnlichkeiten“ zwischen den Ziffern 5 und 6, die in einer recht gewöhnlichen Schrift geschrieben seien, könnten nicht berücksichtigt werden, da die maßgeblichen Verkehrskreise den Anblick dieser Ziffern gewohnt seien und üblicherweise die Details, die sie unterschieden, deutlich wahrnähmen. Die Übereinstimmung, die zwischen den einander gegenüberstehenden Marken hinsichtlich der Darstellung der Ziffer 1 bestehe, reiche in Anbetracht der Unterschiede in Bezug auf ihre Art, ihre Struktur und ihre Gestaltung nicht aus, damit die Marken einen ähnlichen optischen Gesamteindruck hervorriefen.

80 Mit der dritten Rüge macht die Klägerin geltend, dass die Beschwerdekammer fehlerhaft angenommen habe, dass die einander gegenüberstehenden Marken einen ähnlichen optischen Eindruck hervorriefen. Die Bestandteile „51“ und „61“ ähnelten sich

optisch, da sie zwei Ziffern enthielten, von denen eine identisch sei, eine vergleichbare Länge besäßen und beide in weiß auf einen kreisförmigen schwarzen Hintergrund geschrieben seien und die Ziffern 5 und 6 ebenfalls große grafische Ähnlichkeiten aufwiesen. Zudem vermittelten die Wortbestandteile der angemeldeten Marke, die auf Portugiesisch abgefasst seien, den Eindruck, dass die mit dieser Marke bezeichneten Waren aus einem portugiesischsprachigen Land kämen, was die Verwechslungsgefahr erhöhe.

81 Das HABM vertritt im Wesentlichen die Ansicht, dass die dritte Rüge zurückzuweisen sei. Die einander gegenüberstehenden Marken seien in optischer Hinsicht im Ganzen verschieden. Auch die Zahlen 51 und 61 unterschieden sich in optischer Hinsicht wegen der unterschiedlichen Gestalt der Ziffern 5 und 6.

82 Bei dem von der angemeldeten Marke hervorgerufenen optischen Gesamteindruck sind die unterscheidungskräftigsten Elemente der Bestandteil „61“ und die verzierenden Bildbestandteile in Gestalt des Fasses und der beiden Zuckerrohrpflanzen. Der Bestandteil „a nossa alegria“, auf den die Klägerin verweist, hat wegen seiner geringen Größe, seiner untergeordneten Position innerhalb des Zeichens und seiner gewöhnlichen grafischen Darstellung nur eine sehr geringe optische Wirkung. Der optische Gesamteindruck wird bei den älteren Marken dominiert bzw. kann bei der älteren portugiesischen Wortmarke, je nachdem, wie diese grafisch dargestellt wird, dominiert werden von den Bestandteilen „cachaça“ bzw. „pirassununga“ und „51“ sowie bei den älteren Bildmarken von dem verzierenden Bildbestandteil in Gestalt eines breiten, das Zeichen von einem Ende zum anderen durchziehenden Bandes.

83 Die einander gegenüberstehenden Marken unterscheiden sich optisch durch ihre Wortbestandteile „a nossa alegria“, „cachaça“ und „pirassununga“ sowie gegebenenfalls durch ihre verzierenden Bildbestandteile, die auf eine einfache und relativ gewöhnliche Art dargestellt werden. Die betreffenden Marken stimmen hingegen optisch insoweit überein, als sie die Darstellung einer Zahl mit zwei Ziffern enthalten, von denen die zweite, nämlich die Ziffer 1, identisch ist. Darüber hinaus unterscheidet sich die grafische Darstellung der Ziffer 5 zwar in bestimmten Details von der

der Ziffer 6; die zwischen diesen beiden Ziffern bestehenden grafischen Unterschiede sind jedoch weniger ausgeprägt als die, durch die sich jede dieser Ziffern von den anderen Ziffern abhebt. Zudem wird bei den einander gegenüberstehenden Bildmarken die zweistellige Zahl, also die 51 bei den älteren Bildmarken und die 61 bei der angemeldeten Marke, in ähnlicher Weise mit großformatigen Schriftzeichen dargestellt, die zentral platziert sind und deren weiße Farbe in Kontrast zu einem dunkelfarbigen Hintergrund steht. Außerdem ist die Form dieses Hintergrunds relativ ähnlich — nämlich eine runde Form bei den älteren Bildmarken und eine ovale Form, die dem Umriss des Fasses entspricht, bei der angemeldeten Marke.

84 Die optische Ähnlichkeit zwischen den einander gegenüberstehenden Marken ist, auch wenn sie hinsichtlich des von ihnen hervorgerufenen umfassenden optischen Eindrucks gering erscheint, bemerkenswert genug, um von der Gesamtheit der maßgeblichen Verkehrskreise wahrgenommen zu werden. Es ist daher festzustellen, dass der Beschwerdekammer ein Fehler unterlaufen ist, als sie im Wesentlichen zu dem Ergebnis gelangt ist, dass zwischen den einander gegenüberstehenden Marken keine optische Ähnlichkeit bestehe; der dritten Rüge der Klägerin ist insoweit stattzugeben.

— Zur phonetischen Ähnlichkeit

85 In Bezug auf die phonetische Ähnlichkeit zwischen den einander gegenüberstehenden Marken hat die Beschwerdekammer in Randnr. 31 der angefochtenen Entscheidung angenommen, dass die älteren Marken je nach Fall „cachaça“, „cachaça 51“ oder „pirassununga 51“ genannt würden, während die angemeldete Marke „61“ genannt werde, wobei nicht ausgeschlossen werden könne, dass sie „a nossa alegria“ genannt werde. Die identische Aussprache allein der Ziffer „1“ genüge nicht, um die einander gegenüberstehenden Marken als klanglich ähnlich anzusehen.

86 Mit ihrer vierten Rüge macht die Klägerin geltend, die Beschwerdekammer habe fehlerhaft angenommen, dass die einander gegenüberstehenden Marken keinen sehr ähnlichen phonetischen Eindruck hervorriefen. Da die maßgeblichen Verkehrskreise das mit den älteren Marken gekennzeichnete Erzeugnis in Bars und Restaurants gewöhnlich mündlich bestellten und das Anfangswort „cachaça" von Missiato Industria e Comercio zur Kennzeichnung ihrer Erzeugnisse verwendet werde und auch zukünftig weiter verwendet werden könne, würden die einander gegenüberstehenden Marken unter dem Namen „cachaça 51" oder „cachaça 61" bestellt. Die phonetische Ähnlichkeit sei am größten in Sprachen wie dem Portugiesischen oder dem Spanischen, wo die Ziffern 5 und 6 mit denselben Anfangs- und Endbuchstaben ausgesprochen würden („s" und „enta"). Die portugiesischen und spanischen Verbraucher sprächen die Zahlen 51 und 61 fast gleich aus: „sin-cu-enta y um" und „se-senta y um" im Fall der portugiesischen Verbraucher und praktisch ebenso „sin-cuenta e uno" und „se-senta e uno" im Fall der spanischen Verbraucher. Der Unterschied zwischen den Zeichen bestehe, was die spanischen und portugiesischen Verbraucher angehe, lediglich darin, dass in der Mitte der Zahlen, wie sie von diesen Verkehrskreisen ausgesprochen würden, die Buchstaben „incu" und „ess" ständen. Der klangliche Unterschied, der zwischen bestimmten Bestandteilen der einander gegenüberstehenden Marken bestehe, sei wegen der verzierenden oder beschreibenden Funktion dieser Bestandteile innerhalb der betreffenden Zeichen weniger wichtig.

87 Das HABM vertritt im Wesentlichen die Ansicht, dass die vierte Rüge zurückzuweisen sei. Selbst wenn man nur die in den einander gegenüberstehenden Marken vorkommenden Zahlen 51 und 61 berücksichtige, blieben die phonetischen Unterschiede zwischen den Marken hörbar. In Spanien würden die phonetischen Unterschiede zwischen „cincuenta y uno" und „sesenta y uno" durchaus wahrgenommen. Noch offensichtlicher seien die Unterschiede im Englischen (zwischen „fifty one" und „sixty one"), im Deutschen (zwischen „einundfünfzig" und „einundsechzig") und im Dänischen (zwischen „enoghalvtreds" und „enogtres"), wo der Anfang der Wörter „50" und „60" vollkommen anderes ausgesprochen werde. Die phonetischen Unterschiede zwischen den einander gegenüberstehenden Marken träten noch deutlicher zutage, wenn — was das HABM für erforderlich hält — in Spanien, im Vereinigten Königreich, in Österreich und in Dänemark das Wort „cachaça", dessen Bedeutung von den maßgeblichen Verkehrskreisen nicht erkannt werde, und in Spanien der Ausdruck „a nossa alegria", dessen Sinn von den maßgeblichen Verkehrskreisen verstanden werden

könne, berücksichtigt würden. Die phonetische Ähnlichkeit zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen sei bestenfalls schwach oder nur minimal in Spanien und noch schwächer im Vereinigten Königreich, in Österreich und in Dänemark. In Portugal sei die phonetische Ähnlichkeit zwischen den einander gegenüberstehenden Marken schwach oder nur minimal, da die phonetischen Unterschiede zwischen „sincuenta y um" und „sesenta y um" durchaus wahrgenommen würden und der Ausdruck „a nossa alegria" möglicherweise ebenfalls ausgesprochen werde.

88 Die maßgeblichen Verkehrskreise werden die einander gegenüberstehenden Marken mündlich benennen, indem sie von ihren Wortbestandteilen höchstwahrscheinlich diejenigen aussprechen werden, die in dem von ihnen hervorgerufenen Gesamteindruck nicht zu vernachlässigen sind. So werden die älteren Marken „cachaça 51" oder „pirassununga 51" genannt werden, während die angemeldete Marke „61" oder vielleicht „61 a nossa alegria" genannt werden wird.

89 Die einander gegenüberstehenden Marken unterscheiden sich phonetisch durch ihre Wortbestandteile „a nossa alegria", „cachaça" und „pirassununga". Sie stimmen hingegen teilweise hinsichtlich der Aussprache ihres Zahlenbestandteils überein. Es ist zunächst festzustellen, dass in allen betroffenen Sprachen in den Wörtern für die Zahlen 51 und 61 zum Ausdruck kommt, dass den Zahlen 50 und 60 eine Einheit hinzugefügt wird. Die Phoneme, die die Hinzufügung dieser Einheit zu den Zehnerzahlen zum Ausdruck bringen, werden in allen betroffenen Sprachen getrennt und auf die gleiche Art und Weise bei 51 und 61 ausgesprochen. Die Phoneme „einund" bzw. „enog" werden im Deutschen und im Dänischen in den Wörtern „einundfünfzig" und „einundsechzig" bzw. „enoghalvtreds" und „enogtres" sogar an erster Stelle ausgesprochen. Jedoch unterscheiden sich — entgegen dem Vorbringen der Klägerin — die einander gegenüberstehenden Marken phonetisch durch die Aussprache der Phoneme, die für die Zehnerzahlen 50 bzw. 60 stehen. Im Portugiesischen und im Spanischen sind die jeweiligen Unterschiede bei der Aussprache der Phoneme „cinquenta" und „sessenta" bzw. „cincuenta" und „sesenta" erheblich und werden von den maßgeblichen Verkehrskreisen durchaus wahrgenommen. Entgegen dem Vorbringen der Klägerin stimmen auch die Phoneme für die Buchstaben „c" und „s" in Portugal und im größten Teil Spaniens in den betreffenden Wörtern nicht überein. Wie das

HABM zutreffend bemerkt, sind die Unterschiede im Englischen („fifty“ und „sixty“), im Deutschen („fünfzig“ und „sechzig“) und im Dänischen („halvtreds“ und „tres“), wo der Anfang der Zahlen 50 und 60 vollkommen anders ausgesprochen wird, noch deutlicher zu hören.

90 Daraus folgt, dass die phonetische Ähnlichkeit zwischen den einander gegenüberstehenden Marken, auch wenn sie hinsichtlich des von ihnen hervorgerufenen umfassenden phonetischen Eindrucks gering ist, dennoch bemerkenswert genug ist, um von der Gesamtheit der maßgeblichen Verkehrskreise wahrgenommen zu werden. Es ist daher festzustellen, dass die Beschwerdekammer einen Fehler begangen hat, als sie im Wesentlichen zu dem Ergebnis gelangt ist, dass zwischen den einander gegenüberstehenden Marken keine phonetische Ähnlichkeit bestehe; der vierten Rüge der Klägerin ist insoweit stattzugeben.

— Zur begrifflichen Ähnlichkeit

91 Die Beschwerdekammer hat in Randnr. 34 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass sich begriffliche Ähnlichkeit zwischen den einander gegenüberstehenden Marken jedenfalls nur daraus ergeben könne, dass in jeder dieser Marken eine zweistellige Zahl dargestellt werde. Da jedoch diese Zahlen — wegen ihres unterschiedlichen absoluten Werts und weil die Zahl 61 bei der angemeldeten Marke ein Fass kennzeichne — vollkommen verschieden seien, seien die einander gegenüberstehenden Marken in begrifflicher Hinsicht verschieden.

92 Mit ihrer fünften Rüge macht die Klägerin geltend, dass die Beschwerdekammer fehlerhaft festgestellt habe, dass zwischen den einander gegenüberstehenden Marken keine begriffliche Ähnlichkeit bestehe. Der unterscheidungskräftige Bestandteil dieser Marken bestehe aus einer Zahl mit zwei Ziffern, von denen die zweite identisch sei, die mit derselben Art von Waren, nämlich mit in Brasilien hergestelltem Schnaps aus Zuckerrohr, in Verbindung gebracht werde und mit Wortbestandteilen, die in derselben Sprache, nämlich auf Portugiesisch, abgefasst seien. Außerdem werde den

betreffenden Zahlen der Begriff „cachaça“ vorangestellt oder könne ihnen vorangestellt werden. Begrifflich unterschieden sich die einander gegenüberstehenden Marken somit nicht grundlegend voneinander.

93 Das HABM vertritt im Wesentlichen die Ansicht, dass die fünfte Rüge zurückzuweisen sei. Die einander gegenüberstehenden Marken unterschieden sich in begrifflicher Hinsicht umfassend. Da nicht bekannt sei, auf welchen Wert sich die Zahlen 51 und 61 bezögen, könnten diesen Zahlen kaum zu einer begrifflichen Ähnlichkeit oder zu einem begrifflichen Unterschied zwischen den einander gegenüberstehenden Marken beitragen. Das figurative Element der angemeldeten Marke hingegen, d. h. das von zwei Zuckerrohrpflanzen eingerahmte Fass, sei begrifflich ergiebig, zumal aus den Akten nicht hervorgehe, dass viele Marktteilnehmer diese Art von grafischen Elementen in irgendeiner stilisierten Form für die Vermarktung alkoholischer Getränke benutzten. Der Bildbestandteil der angemeldeten Marke trage somit zur begrifflichen Unterscheidung der einander gegenüberstehenden Marken bei. Mit dem Ausdruck „a nossa alegria“ trete — vor allem in Spanien — ein Element zur begrifflichen Unterscheidung der einander gegenüberstehenden Marken hinzu. Der Sinngehalt dieses Ausdrucks sei geeignet, im Gedächtnis zu bleiben, zumal dies der einzige Bestandteil der angemeldeten Marke sei, der einen eindeutigen inhaltlichen Sinngehalt besitze. In Portugal würden mit dem Ausdruck „a nossa alegria“ und den Wörtern „cachaça“ und „pirassununga“ zusätzliche Bestandteile einer begrifflichen Unterscheidung eingeführt.

94 Im begrifflichen Gesamteindruck, den die angemeldete Marke hervorruft, ist das unterscheidungskräftigste Element der Bestandteil „61“, weil er in Bezug auf die in Rede stehenden Waren willkürlichen Charakter besitzt. Den verzierenden Bildbestandteilen in Gestalt des Fasses und der zwei Zuckerrohrpflanzen sowie dem Ausdruck „a nossa alegria“ wird in begrifflicher Hinsicht nur geringe Unterscheidungskraft zukommen, da sie deutlich auf die betreffende Art von Waren, ihren Herkunftsort (nämlich ein portugiesischsprachiges Land) oder bestimmte ihrer Merkmale oder Eigenschaften anspielen und daher nur dazu dienen, in der Vorstellung der maßgeblichen Verkehrskreise Verbindungen zwischen einer Warenart, ihrem Herkunftsort (nämlich

einem portugiesischsprachigen Land), ihrer Merkmale oder ihrer Eigenschaften und den unterscheidungskräftigsten Bestandteilen der angemeldeten Marke herzustellen. Bei den älteren Marken ist der Bestandteil „51“ am unterscheidungskräftigsten, wegen seines willkürlichen Charakters in Bezug auf die in Rede stehenden Waren (vgl. Randnrn. 60 und 67 des vorliegenden Urteils). Der verzierende Bildbestandteil in Gestalt eines breiten Bandes, das das Zeichen bei den älteren Bildmarken von einem Ende zum anderen durchzieht, unterstreicht in begrifflicher Hinsicht die Verbindung der Zahl 51 mit der Art der von diesen Marken beanspruchten Waren. Er ist daher für den begrifflichen Gesamteindruck, den diese Marken hervorrufen, zweitrangig. Den Bestandteilen „cachaça“ und „pirassununga“ der älteren portugiesischen Marken kommt in begrifflicher Hinsicht nur geringe Unterscheidungskraft zu, da sie deutlich auf die betreffende Art von Waren oder ihren Herkunftsort anspielen und daher nur dazu dienen, in der Vorstellung der maßgeblichen Verkehrskreise Verbindungen zwischen einer Warenart oder ihrem Herkunftsort und den unterscheidungskräftigsten Bestandteilen der betreffenden Marke herzustellen. Wenn man hingegen annimmt, wie es die Beschwerdekammer in Randnr. 26 der angefochtenen Entscheidung getan hat, dass der Begriff „cachaça“ vom größten Teil der maßgeblichen Verkehrskreise in Spanien, Dänemark, dem Vereinigten Königreich und Österreich tatsächlich als Phantasiebegriff aufgefasst wird, was die Klägerin bestreitet (vgl. Randnr. 72 des vorliegenden Urteils), kann der Bestandteil „cachaça“ zusammen mit dem Bestandteil „51“ als einer der unterscheidungskräftigsten Bestandteile der älteren Bildmarken aus Spanien, dem Vereinigten Königreich, Österreich und Dänemark angesehen werden.

95 Die einander gegenüberstehenden Marken unterscheiden sich begrifflich durch ihre Wortbestandteile „a nossa alegria“, „cachaça“ und „pirassununga“ sowie, gegebenenfalls, durch ihre verzierenden Bildbestandteile. Hingegen stimmen sie teilweise überein, was ihre Zahlenbestandteile „51“ und „61“ betrifft. Es bestehen kaum Zweifel, dass diese Elemente in der Vorstellung der maßgeblichen Verkehrskreise als Zahlen aufgefasst werden, die es ermöglichen, Mengen oder Größenverhältnisse zu bestimmen und zu vergleichen oder Elemente durch eine Nummerierung zu ordnen. Aus den in Randnr. 60 des vorliegenden Urteils bereits genannten Gründen kann unter den Umständen des vorliegenden Falles jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass die betreffenden Zahlen von den maßgeblichen Verkehrskreisen als Bezugnahme auf bestimmte eindeutig festgelegte Merkmale der von den einander gegenüberstehenden Marken bezeichneten Waren, wie Alkoholgehalt, Menge oder für den Reifungsprozess erforderliche Zeit, aufgefasst werden. Demzufolge fassen die maßgeblichen Verkehrskreise diese Zahlen als eigenständige Begriffe auf, ohne dass sie ihnen eine konkrete, eindeutige und festgelegte Bedeutung in Beziehung auf die in

Rede stehenden Waren zuordnen können, wie das HABM dies selbst eingeräumt hat (vgl. Randnrn. 60 und 93 des vorliegenden Urteils).

96 Als Zahlen weisen die Bestandteile „51“ und „61“ einige begriffliche Ähnlichkeiten auf. Beide sind nämlich aus zwei Ziffern bestehende ungerade natürliche Zahlen, deren zweite Ziffer, die Ziffer 1 der Einerstellen, identisch ist. Die betreffenden Zahlen unterscheiden sich hingegen durch ihre Zehnerziffer voneinander, nämlich 5 bei den älteren Marken und 6 bei der angemeldeten Marke. Der begriffliche Unterschied zwischen den einander gegenüberstehenden Marken, der sich aus ihren Zehnerziffern ergibt, wird jedoch dadurch abgeschwächt, dass in der aufsteigenden Zehnerreihenfolge die Zahl 50, die „5“ Zehnern entspricht, der Zahl 60, die „6“ Zehnern entspricht, unmittelbar vorausgeht und der Wert von „50“ als relativ nahe beim Wert von „60“ liegend empfunden wird.

97 Bei den älteren Bildmarken aus Spanien, dem Vereinigten Königreich, Österreich und Dänemark einerseits und der angemeldeten Marke andererseits könnte der Grad der zwischen ihnen bestehenden begrifflichen Ähnlichkeit, die sich aus den Bestandteilen „51“ und „61“ ergibt, allerdings ein wenig abgeschwächt sein, wenn der Bestandteil „cachaça“, wie das HABM vorträgt, vom größten Teil der maßgeblichen Verkehrskreise in Spanien, Dänemark, dem Vereinigten Königreich und Österreich tatsächlich als Phantasiebegriff aufgefasst wird und demzufolge zusammen mit der Zahl 51 einen der unterscheidungskräftigsten Bestandteile der älteren Bildmarken aus Spanien, dem Vereinigten Königreich, Österreich und Dänemark darstellt.

98 In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen besteht ein Grad an begrifflicher Ähnlichkeit, der, was die Beziehungen zwischen den älteren portugiesischen Marken und der angemeldeten Marke betrifft, insgesamt als durchschnittlich und, was die Beziehungen zwischen den älteren Bildmarken aus Spanien, dem Vereinigten Königreich, Österreich und Dänemark einerseits und der angemeldeten Marke andererseits betrifft, je nachdem, welche Hypothesen zugrunde gelegt werden, insgesamt als durchschnittlich bis gering einzustufen ist. Es ist daher festzustellen, dass die Beschwerdekammer einen Fehler begangen hat, als sie im Wesentlichen zu dem Ergebnis gelangt

ist, dass zwischen den einander gegenüberstehenden Marken keine begriffliche Ähnlichkeit bestehe; der fünften Rüge der Klägerin ist insoweit stattzugeben.

Zur Verwechslungsgefahr

99 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. Randnr. 29 des vorliegenden Urteils). 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 des Gerichtshofs vom 29. September 1998, Canon, C-39/97, Slg. 1998, I-5507, Randnr. 17, und vom 22. Juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, Slg. 1999, I-3819, Randnr. 19; Urteil des Gerichts VENADO mit Rahmen u. a., oben in Randnr. 40 angeführt, Randnr. 74).

100 Für die umfassende Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist daran zu erinnern, dass nach der Rechtsprechung sich dem Durchschnittsverbraucher der betreffenden Kategorie von Waren nur selten die Möglichkeit bietet, verschiedene Marken unmittelbar miteinander zu vergleichen, sondern dass er sich auf das unvollkommene Bild verlassen muss, das er von ihnen im Gedächtnis behalten hat (Urteil Lloyd Schuhfabrik Meyer, oben in Randnr. 99 angeführt, Randnr. 26).

101 Im Rahmen dieser umfassenden Beurteilung kommt den bildlichen, klanglichen oder begrifflichen Aspekten der einander gegenüberstehenden Zeichen nicht immer gleiches Gewicht zu; es müssen die objektiven Umstände untersucht werden, unter denen sich die Marken auf dem Markt gegenüberstehen können (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichts vom 3. Juli 2003, Alejandro/HABM — Anheuser-Busch [BUDMEN], T-129/01, Slg. 2003, II-2251, Randnr. 57, und vom 6. Oktober 2004, New Look/HABM — Naulover [NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE und NLCollection], T-117/03 bis T-119/03 und T-171/03, Slg. 2004, II-3471, Randnr. 49).

102 So ist der Grad der klanglichen Ähnlichkeit zweier Marken von geringerer Bedeutung, wenn es sich um Waren handelt, die auf eine Weise vermarktet werden, dass die maßgeblichen Verkehrskreise beim Erwerb die sie kennzeichnende Marke gewöhnlich optisch wahrnehmen (Urteile des Gerichts vom 14. Oktober 2003, Phillips-Van Heusen/HABM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel [BASS], T-292/01, Slg. 2003, II-4335, Randnr. 55, und vom 28. Juni 2005, Canali Ireland/HABM — Canal Jean [CANAL JEAN CO. NEW YORK], T-301/03, Slg. 2005, II-2479, Randnr. 55).

103 Die Schlussfolgerung, zu der die Beschwerdekammer in der angefochtenen Entscheidung gelangt ist, dass keine Verwechslungsgefahr zwischen den einander gegenüberstehenden Marken bestehe, gründete sich darauf, dass diese Marken in optischer, phonetischer und begrifflicher Hinsicht insgesamt verschieden seien.

104 Wie jedoch in den Randnrn. 84, 90 und 98 des vorliegenden Urteils bereits festgestellt, ist die angefochtene Entscheidung insoweit fehlerhaft, als sie zu dem Ergebnis gelangt, dass zwischen den einander gegenüberstehenden Marken keine phonetische, optische oder begriffliche Ähnlichkeit bestehe. Die einander gegenüberstehenden Marken vermitteln nämlich den angesprochenen Verbrauchern optisch und phonetisch den Eindruck einer geringen Ähnlichkeit und begrifflich den Eindruck einer durchschnittlichen oder geringen Ähnlichkeit.

105 Mit ihrer sechsten Rüge trägt die Klägerin im Wesentlichen vor, dass sich diese Fehler insoweit auf die angefochtene Entscheidung ausgewirkt hätten, als sie die Beschwerdekammer zu der falschen Schlussfolgerung veranlasst hätten, dass für die maßgeblichen Verkehrskreise keine Verwechslungsgefahr bestehe. Junge Erwachsene und Erwachsene mittleren Alters, die gewöhnlich Cocktails in Bars, in Restaurants oder im privaten Umfeld konsumierten, merkten sich die phonetische Ähnlichkeit der Bestandteile „61“ und „51“, denen der Begriff „cachaça“ vorangehe; das figurative Element der angemeldeten Marke sei in dem unvollkommenen Bild, das sie von den Marken im Gedächtnis behielten, nicht enthalten. Selbst wenn die angesprochenen Verkehrskreise in der Lage wären, die einander gegenüberstehenden Marken auseinanderzuhalten, wäre die phonetische, optische und begriffliche Ähnlichkeit zwischen

ihnen geeignet, sie glauben zu machen, dass die mit diesen Marken gekennzeichneten Waren vom selben Unternehmen stammten.

106 Auch wenn, wie das HABM erwähnt, bei Getränken die phonetische Wahrnehmung der Marken zuweilen als ausschlaggebend angesehen worden ist (Urteil des Gerichts vom 15. Januar 2003, Mystery Drinks/HABM — Karlsberg Brauerei [MYSTERY], T-99/01, Slg. 2003, II-43, Randnr. 48), kann dies vorliegend nicht der Fall sein. Wie nämlich in Randnr. 40 des vorliegenden Urteils festgestellt, sind die betreffenden Waren Gegenstand des allgemeinen Vertriebs und werden nicht nur in Fachgeschäften, sondern auch in großen Einkaufszentren verkauft. Außerdem macht die Klägerin vom HABM unbestritten geltend, dass die mit den einander gegenüberstehenden Marken gekennzeichneten alkoholischen Getränke oder Liköre aus Zuckerrohr, sofern sie in Bars oder Restaurants getrunken würden, im Allgemeinen als Bestandteil bestimmter Cocktails, wie Caipirinha, konsumiert würden. Daraus folgt, dass diese Getränke üblicherweise mündlich mit dem Namen der Cocktails und nicht unter ihrer eigenen Bezeichnung bestellt werden.

107 Unter den Umständen des vorliegenden Falls ist daher der phonetischen Wahrnehmung der einander gegenüberstehenden Marken nur eine untergeordnete Bedeutung für den von diesen Marken hervorgerufenen Gesamteindruck beizumessen. Hingegen sind die optische und die begriffliche Wahrnehmung für diesen Gesamteindruck ausschlaggebend.

108 Zu berücksichtigen ist, dass die einander gegenüberstehenden Marken optisch und begrifflich auf der Verknüpfung von alkoholischen Getränken oder Likören aus Zuckerrohr, im Fall der älteren portugiesischen Marken speziell von Cachaça, mit einer bestimmten Zahl — 51 bei den älteren Marken und 61 bei der angemeldeten Marke — beruhen, bei der die angesprochenen Verkehrskreise nicht unmittelbar an ein bestimmtes Merkmal der betreffenden Art von Waren denken oder denken werden. Diese Zahl ist bei den einander gegenüberstehenden Marken gleichermaßen eine aus zwei Ziffern bestehende ungerade natürliche Zahl, deren zweite Ziffer, also die Einerstelle, eine 1 ist. Außerdem werden der optische und der begriffliche Unterschied zwischen diesen Marken, die sich aus den Unterschieden in der grafischen Darstellung und dem unterschiedlichen Wert der Zahlen 50 und 60 ergeben, dadurch abgeschwächt, dass zum einen die Art und Weise, in der die Ziffer 5 geschrieben wird, der

Schreibweise der Ziffer 6 näherkommt als der Schreibweise der anderen Ziffern und umgekehrt und zum anderen in der aufsteigenden Zehnerreihenfolge die Zahl 50 der Zahl 60 unmittelbar vorausgeht, so dass der Wert dieser Zahlen von den maßgeblichen, normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Verkehrskreisen als relativ nahe beieinanderliegend empfunden wird.

109 Zudem haben die älteren Marken und die angemeldete Marke in optischer Hinsicht gemein oder, was speziell die ältere portugiesische Wortmarke betrifft, können in optischer Hinsicht gemein haben, dass ihre Zahlen großformatig an zentraler Stelle im Zeichen dargestellt werden, mit schlichten Schriftzeichen in weißer Farbe, die sich von einem dunkelfarbigen Hintergrund abheben.

110 Die figurativen Elemente der einander gegenüberstehenden Bildmarken haben keinen bestimmten begrifflichen Inhalt und stellen sich optisch — ebenso wie die Wortbestandteile „cachaça", „pirassununga" oder „a nossa alegria" für die portugiesischen Verbraucher — als Bestandteile dar, die die Wirkung des Zahlenbestandteils, d. h. der Zahl 51 oder 61, im Verband mit der betreffenden Warenart, nämlich alkoholische Getränke oder Liköre aus Zuckerrohr, das in einem portugiesischsprachigen Land, vorliegend in Brasilien, erzeugt wird, verstärken sollen. Zudem stimmen die einander gegenüberstehenden Bildmarken hinsichtlich einiger ihrer figurativen Elemente überein, insbesondere hinsichtlich der runden bzw. dem Umriss eines Fasses entsprechenden ovalen Form, auf der bei den älteren Bildmarken und bei der angemeldeten Marke die Zahl 51 bzw. 61 angebracht ist. Daher sind diese Bildbestandteile — ebenso wie die Wortbestandteile für die portugiesischen Verkehrskreise — für sich nicht geeignet, die älteren Bildmarken und die angemeldete Marke hinreichend voneinander zu unterscheiden und jede Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 auszuschließen.

111 Die phonetischen Unterschiede schließlich, die zwischen den einander gegenüberstehenden Marken bestehen, stellen sich, so bemerkenswert sie auch sein mögen, im vorliegenden Fall aus den in den Randnrn. 106 und 107 des vorliegenden Urteils bereits dargelegten Gründen als vergleichsweise zweitrangig dar.

112 Selbst wenn die maßgeblichen Verkehrskreise in der Lage wären, bestimmte Unterschiede zwischen den einander gegenüberstehenden Marken wahrzunehmen, bestünde doch in Anbetracht aller vorstehenden Erwägungen und unter Berücksichtigung der Identität der mit diesen Marken gekennzeichneten Waren tatsächlich die Gefahr, dass diese Verkehrskreise eine Verbindung zwischen den Marken herstellen. Letztlich erscheinen diese Unterschiede im vorliegenden Fall als nicht ausreichend, um jede Gefahr auszuschließen, dass die maßgeblichen Verkehrskreise oder zumindest die portugiesischen Durchschnittsverbraucher alkoholischer Getränke, die ein normales Maß an Aufmerksamkeit an den Tag legen, im Vertrauen auf das unvollkommene Gesamtbild, das sie von diesen Marken im Gedächtnis behalten haben, glauben könnten, dass die mit diesen gekennzeichneten Waren vom selben Unternehmen oder von wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen.

113 Es ist daher festzustellen, dass die Beschwerdekammer fehlerhaft zu dem Ergebnis gelangt ist, dass zwischen den einander gegenüberstehenden Marken keine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 bestehe, und der sechsten Rüge der Klägerin ist insoweit stattzugeben.

114 Demnach kann dahingestellt bleiben, ob die siebte Rüge, mit der eine fehlerhafte Würdigung der Beweise für die Bekanntheit der älteren Wortmarke CACHAÇA 51 und der älteren Bildmarke Cachaça 51 in Portugal oder zumindest für deren erhöhte globale Unterscheidungskraft in diesem Land geltend gemacht wird, begründet ist; dem einzigen Klagegrund, mit dem eine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 geltend gemacht wird, ist stattzugeben, und infolgedessen ist die angefochtene Entscheidung aufzuheben.

Kosten

115 Nach Art. 87 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da das HABM unterlegen ist, sind ihm, wie von der Klägerin beantragt, die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) vom 4. Juli 2008 (Sache R 1687/2007-1) wird aufgehoben.**

2. **Das HABM trägt die Kosten.**

Pelikánová Jürimäe Soldevila Fragoso

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 3. September 2010.

Unterschriften

Inhaltsverzeichnis

Vorgeschichte des Rechtsstreits ..... II - 3914

Anträge der Parteien ..... II - 3920

Zur Berücksichtigungsfähigkeit der erstmalig beim Gericht vorgelegten Unterlagen ..... II - 3921

Zur Begründetheit ..... II - 3922

1. Zum zweiten Teil des einzigen Klagegrundes für den Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Entscheidung: Verstoß gegen Art. 52 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 ..... II - 3922

2. Zum ersten Teil des einzigen Klagegrundes für den Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Entscheidung: Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 ..... II - 3923

Vorbringen der Parteien ..... II - 3923

Würdigung durch das Gericht ..... II - 3925

Zu den maßgeblichen Verkehrskreisen ..... II - 3926

Zur Ähnlichkeit der Waren ..... II - 3930

Zur Ähnlichkeit der Zeichen ..... II - 3931

— Zu den unterscheidungskräftigen und dominierenden Elementen ..... II - 3931

— Zur optischen Ähnlichkeit ..... II - 3942

— Zur phonetischen Ähnlichkeit ..... II - 3944

— Zur begrifflichen Ähnlichkeit ..... II - 3947

Zur Verwechslungsgefahr ..... II - 3951

Kosten ..... II - 3956