

URTEIL DES GERICHTS (Zweite Kammer)

6. Oktober 2004^{*}

In der Rechtssache T-356/02

Vitakraft-Werke Wührmann & Sohn GmbH & Co. KG mit Sitz in Bremen
(Deutschland), Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt U. Sander,

Klägerin,

gegen

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

Beklagter,

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

^{*} Verfahrenssprache: Deutsch.

Krafft SA mit Sitz in Andoain (Spanien), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin
P. Koch Moreno,

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Vierten Beschwerdekammer des
HABM vom 4. September 2002 (verbundene Sachen R 506/2000-4 und R 581/2000-
4) über ein Widerspruchsverfahren zwischen der Krafft SA und der Vitakraft-Werke
Wührmann & Sohn GmbH & Co. KG

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten J. Pirrung sowie der Richter A. W. H. Meij und
N. J. Forwood,

Kanzler: B. Pastor, Hilfskanzlerin,

aufgrund der am 29. November 2002 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen
Klageschrift,

aufgrund der am 25. April 2003 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen
Klagebeantwortung des HABM,

aufgrund der am 10. April 2003 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen
Klagebeantwortung der Streithelferin,

auf die mündliche Verhandlung vom 5. Mai 2004

folgendes

Urteil

Sachverhalt

- 1 Die Klägerin meldete am 5. Juni 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 VITAKRAFT.
- 3 Es wurde u. a. für folgende Waren der Klassen 1, 3, 4, 12 und 19 des Abkommens von Nizza über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken vom 15. Juni 1957 in revidierter und geänderter Fassung angemeldet:
 - Klasse 1: „chemische Erzeugnisse für gewerbliche, wissenschaftliche, fotografische, land-, garten- und forstwirtschaftliche Zwecke, insbesondere chemische Erzeugnisse und Filtermaterial aus chemischen, mineralischen, pflanzlichen Stoffen, rohem Kunststoffmaterial oder Keramikpartikeln für die

Wasserpflge, insbesondere für Aquarien und Gartenteiche; Kunstharze im Rohzustand, Kunststoffe im Rohzustand; Düngemittel; Feuerlöschmittel; Mittel zum Härten und Lötten von Metallen; chemische Erzeugnisse zum Frischhalten und Haltbarmachen von Lebensmitteln; Gerbmittel; Klebstoffe für gewerbliche Zwecke“;

- Klasse 3: „Wasch- und Bleichmittel; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel, insbesondere Sandpapier für Tierkäfige; Seifen; Parfümerien, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer; Zahnputzmittel“;
- Klasse 4: „Technische Öle und Fette; Schmiermittel; Staubabsorbierungs-, Staubbenetzungs- und Staubbindemittel; Brennstoffe (einschließlich Motoren-treibstoffe) und Leuchtstoffe; Kerzen, Dochte“;
- Klasse 12: „Fahrzeuge; Apparate zur Beförderung auf dem Lande, in der Luft oder auf dem Wasser“;
- Klasse 19: „Baumaterialien (nicht aus Metall); Rohre (nicht aus Metall) für Bauzwecke; Asphalt, Pech und Bitumen; transportable Bauten (nicht aus Metall); Denkmäler (nicht aus Metall)“.

4 Die Anmeldung wurde im *Blatt für Gemeinschaftsmarken* Nr. 30/98 vom 27. April 1998 veröffentlicht.

5 Am 27. Juli 1998 erhob die Streithelferin nach Artikel 42 der Verordnung Nr. 40/94 Widerspruch.

6 Der Widerspruch ist auf die nachstehenden Bildmarken gestützt:

A



B



C



7 Diese Marken sind in Spanien wie folgt eingetragen worden:

- Eintragung Nr. 1924081 (des Zeichens A) vom 5. Mai 1995 für folgende Waren in Klasse 1: „chemische Erzeugnisse für gewerbliche, wissenschaftliche, fotografische, land-, garten- und forstwirtschaftliche Zwecke; Kunstharze im Rohzustand, Kunststoffe im Rohzustand; Düngemittel; Feuerlöschmittel; Mittel zum Härten und Löten von Metallen; chemische Erzeugnisse zum Frischhalten und Haltbarmachen von Lebensmitteln; Gerbmittel; Klebstoffe für gewerbliche Zwecke und insbesondere Frostschutzmittel, Kühlflüssigkeiten, Klebstoffe und Dichtungen für gewerbliche Zwecke, klebende chemische Produkte“ (im Folgenden: ältere Marke A1);

- Eintragung Nr. 1924082 (des Zeichens A) vom 5. Mai 1995 für folgende Waren in Klasse 3: „Wasch- und Bleichmittel; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; Seifen; Parfümerien, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer; Zahnputzmittel und insbesondere Produkte zur

Reinigung von Motoren und Fahrzeugvergasern, Wachs und Produkte für das Polieren von Fahrzeugen, Shampoo für Fahrzeugwäsche, Shampoo für die Reinigung von Fahrzeugpolstern, Reinigungs- und Poliermittel für chrombeschichtete Waren, Politur und Auffrischung für Glanzprodukte, Lufterfrischer für Fahrzeuge“ (im Folgenden: ältere Marke A2);

- Eintragung Nr. 1160484 (des Zeichens B) vom 5. September 1987 für folgende Waren in Klasse 4: „Technische Öle und Fette; Schmiermittel; Staubabsorbierungs-, Staubbennetzungs- und Staubbindemittel; Brennstoffe (einschließlich Motorentreibstoffe) und Leuchtstoffe; Kerzen, Dochte“ (im Folgenden: ältere Marke B);

- Eintragung Nr. 1042443 (des Zeichens C) vom 20. Februar 1984 für folgende Waren in Klasse 12: „Fahrzeuge; Apparate zur Beförderung auf dem Lande, in der Luft oder auf dem Wasser und Motoren für Landfahrzeuge“ (im Folgenden: ältere Marke C1);

- Eintragung Nr. 1052802 (des Zeichens C) vom 20. Juli 1984 für folgende Waren in Klasse 19: „Baumaterialien (nicht aus Metall); Rohre (nicht aus Metall) für Bauzwecke; Asphalt, Pech und Bitumen; transportable Bauten (nicht aus Metall); Denkmäler (nicht aus Metall)“ (im Folgenden: ältere Marke C2).

- 8 Die Klägerin verlangte, dass die Streithelferin gemäß Artikel 43 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 die ernsthafte Benutzung der älteren Marken B, C1 und C2 nachweise. Daraufhin legte die Streithelferin 18 Kataloge über verschiedene Waren ihrer Produktpalette vor.

- 9 Mit der Entscheidung Nr. 317/2000 vom 24. Februar 2000 gab die Widerspruchsabteilung dem Widerspruch mit der Begründung teilweise statt, dass angesichts der Identität der Waren in den Klassen 1 und 3 und der Zeichenähnlichkeit insoweit Verwechslungsgefahr bestehe. Für die Waren der Klassen 4, 12 und 19 wies sie den Widerspruch mit der Begründung zurück, dass die Streithelferin die Benutzung der älteren Marken B, C1 und C2, insbesondere den Umfang und die Zeit der Benutzung, nicht hinreichend nachgewiesen habe.
- 10 Am 26. April 2000 legte die Streithelferin gegen diese Entscheidung der Widerspruchsabteilung Beschwerde ein, mit der sie hauptsächlich geltend machte, dass die Widerspruchsabteilung den Benutzungsnachweis der älteren Marken für die Waren der Klassen 4, 12 und 19 zu Unrecht als unzureichend betrachtet habe. Es bestehe außerdem Ähnlichkeit zwischen den Waren der älteren Marken in den Klassen 1 und 3 und den angegriffenen Waren der Anmeldung in den Klassen 4, 12 und 19. Die Streithelferin beantragte, die Anmeldung auch hinsichtlich der Waren der Klassen 4, 12 und 19 zurückzuweisen.
- 11 Mit Schreiben vom 5. Mai 2000 legte auch die Klägerin gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung Beschwerde ein, die sie hauptsächlich damit begründete, dass die Widerspruchsabteilung zu Unrecht von einer Ähnlichkeit der Zeichen ausgegangen sei.
- 12 Mit der Entscheidung vom 4. September 2002 in den verbundenen Sachen R 506/2000-4 und R 581/2000-4 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) hob die Beschwerdekammer die Entscheidung der Widerspruchsabteilung teilweise auf, da sie die ernsthafte Benutzung der Widerspruchsmarken B und C2 für einen Teil der Waren als nachgewiesen betrachtete, nämlich für „Fette und Motoröle; Schmiermittel“ in Klasse 4 und für „Mörtel und Nivellierungspaste für Bauzwecke“ in Klasse 19. Sie erachtete die Waren „technische Öle und Fette; Schmiermittel; Brennstoffe (einschließlich Motorentreibstoffe) und Leuchtstoffe“ in Klasse 4 der Anmeldung für den Waren ähnlich, für die die Benutzung der älteren Marke B nachgewiesen worden sei. Weiterhin nahm sie Ähnlichkeit an zwischen „Putzmitteln“ in Klasse 3 der älteren Marke A2 und „Staubabsorbierungs-, Staubbenetzungs- und Staubbindemitteln“ in Klasse 4 der Anmeldung. Ebenso stellte sie Ähnlichkeit

fest zwischen den Waren „Baumaterialien (nicht aus Metall); Rohre (nicht aus Metall) für Bauzwecke; Asphalt, Pech und Bitumen“ der angemeldeten Marke und den Waren „Mörtel und Nivellierungspaste“, für die die Streithelferin die Benutzung der älteren Marke C2 nachgewiesen habe. Dagegen wies die Beschwerdekammer die Beschwerde der Klägerin in vollem Umfang zurück, da sie die Entscheidung der Widerspruchsabteilung hinsichtlich des Bestehens einer Verwechslungsgefahr angesichts der Ähnlichkeit der betreffenden Zeichen und Waren für zutreffend hielt. Sie wies außerdem die Beschwerde der Streithelferin teilweise zurück, da diese erstens nicht die ernsthafte Benutzung der älteren Marke C1 und der älteren Marken B und C2 für alle Waren außer „Fette und Motoröle; Schmiermittel“ (Klasse 4) und „Mörtel und Nivellierungspaste für Bauzwecke“ (Klasse 19) nachgewiesen habe und da zweitens bestimmte angegriffene Waren der Klassen 4, 12 und 19 den Waren der älteren Marken A1, A2 und C2 in den Klassen 1, 3 und 19 nicht ähnlich seien. Im Ergebnis wurde die Gemeinschaftsmarkenanmeldung somit für folgende in ihr aufgeführte Waren zurückgewiesen: alle Waren der Klassen 1 und 3 des Nizzaer Abkommens, „technische Öle und Fette; Schmiermittel; Staubabsorbierungs-, Staubbenetzungs- und Staubbindemittel; Brennstoffe (einschließlich Motorentreibstoffe) und Leuchtstoffe“ (Klasse 4) und „Baumaterialien (nicht aus Metall); Rohre (nicht aus Metall) für Bauzwecke; Asphalt, Pech und Bitumen“ (Klasse 19).

Verfahren und Anträge der Verfahrensbeteiligten

- 13 Am 8. Januar 2003 hat die Streithelferin beantragt, Englisch als Verfahrenssprache zu bestimmen. Da die Klageschrift und die in Frage stehende Anmeldung in Deutsch abgefasst waren, ist dieser Antrag zurückgewiesen worden und nach Artikel 131 § 1 und § 2 Absatz 3 der Verfahrensordnung des Gerichts Deutsch Verfahrenssprache geworden.

14 Die Klägerin beantragt,

- die angefochtene Entscheidung teilweise aufzuheben, nämlich soweit der Beschwerde der Krafft SA stattgegeben und ihrer eigenen Beschwerde nicht stattgegeben wurde;

- dem Amt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

15 Das Amt und die Streithelferin beantragen,

- die Klage abzuweisen;

- der Klägerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Entscheidungsgründe

16 Die Klägerin macht zur Begründung ihrer Klage zwei Klagegründe geltend. Der erste Klagegrund betrifft einen Verstoß gegen Artikel 43 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 und Regel 22 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 2868/95 der Kommission vom 13. Dezember 1995 zur Durchführung der Verordnung Nr. 40/94 (ABl. L 303, S. 1) und der zweite Klagegrund einen Verstoß gegen Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94.

Zum ersten Klagegrund: Verstoß gegen Artikel 43 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 und Regel 22 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2868/95

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 17 Die Klägerin macht geltend, dass die Streithelferin die ernsthafte Benutzung der älteren Marken für die Waren „Fette und Motoröle; Schmiermittel“ und „Mörtel und Nivellierungspaste für Bauzwecke“ nicht nachgewiesen habe.

- 18 Der angeblich 1992 gedruckte Katalog über Motoröle falle nicht in den relevanten Zeitraum vom 28. April 1993 bis 28. April 1998.

- 19 Die angeblich 1993, 1994 und 1996 gedruckten Kataloge enthielten dagegen keinerlei Angaben über die Benutzung der älteren Marken in Bezug auf „Fette und Motoröle“ in Klasse 4 oder „Mörtel und Nivellierungspaste für Bauzwecke“ in Klasse 19.

- 20 In Bezug auf „Schmiermittel“ enthielten die Kataloge zwar Angaben. Diese genügten jedoch nicht den Erfordernissen der Regel 22 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2868/95. Die Nachweise betrafen nur die Jahre 1993 bis 1996 und nicht die Jahre 1997 und 1998. Bezögen sich aber die Benutzungsnachweise für die Marke nur auf einen Teil des relevanten Zeitraums, so habe der Inhaber der älteren Marken zumindest für diese Zeit zwingend eine signifikante Markenbenutzung nachzuweisen. Die Streithelferin habe jedoch hinsichtlich des Umfangs der Benutzung der älteren Marken keine verwertbaren Angaben eingereicht.

21 Das Amt meint, dass vier der von der Streithelferin im Widerspruchsverfahren vorgelegten Kataloge Aufschluss über Zeit, Ort und Art der Benutzung böten, nämlich

— der 1992 gedruckte Katalog 1 mit dem Titel „Emergiendo con fuerza“ über Motoröle, in dem sich der Hinweis finde, dass die angegebenen Preise ab Januar 1993 gälten,

— der 1993 aufgelegte Katalog 2 mit dem Titel „Lubricantes para automoción“ über Schmiermittel,

— der Katalog 3 von 1994 mit dem Titel „Lubricantes automoción“ über Fette und Schmiermittel und

— der Katalog 4 von 1997 mit dem Titel „Suelos industriales“ über Mörtel und Nivellierungspaste für Bauzwecke.

22 Dagegen äußert das Amt Zweifel, ob die fraglichen Kataloge zweckdienliche Hinweise auf den Umfang der Benutzung der älteren Marken enthielten, die nach Regel 22 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2868/95 erforderlich seien, um die ernsthafte Benutzung der Marken von einer reinen Scheinbenutzung abzugrenzen. Die Vorlage von Werbematerial könne zwar grundsätzlich einen hinreichenden Nachweis darstellen. Es sei jedoch erforderlich, dass Angaben zum Umfang der Verbreitung der Werbemittel gemacht würden. Im vorliegenden Fall fehlten solche Angaben.

- 23 Die Streithelferin schließt sich der Argumentation der Beschwerdekammer an. Insbesondere sei den Erfordernissen der Regel 22 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2868/95 Genüge getan. Der Ort der Benutzung ergebe sich aus der Auflistung der Verkaufsstellen der Streithelferin in den verschiedenen Städten Spaniens und sei hierdurch nachgewiesen. Die Benutzungszeit werde durch die Druckdaten der Kataloge belegt. Was die Art der Benutzung anbelange, so zeigten die Kataloge die Waren unter den älteren Marken B und C2.
- 24 Die Streithelferin hat in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, dass die Kataloge keine Hinweise zum Benutzungsumfang enthalten. Sie hat auch ihr Vorbringen nicht aufrechterhalten, wonach sich der Benutzungsnachweis daraus ergebe, dass ihre Marken auf dem spanischen Markt bekannt seien. Sie hebt jedoch hervor, dass es allein auf den Nachweis ankomme, dass die vorgenommene Benutzung der älteren Marken B und C2 keine bloße Scheinbenutzung zur Erhaltung ihrer Eintragung gewesen sei. Die Streithelferin hat in der mündlichen Verhandlung ferner darauf verwiesen, dass nach der Praxis des Amtes objektive Beweismittel wie etwa Kataloge oder Rechnungen vorzulegen seien. Ihre Rechnungen enthielten aber nur die Produktbezeichnungen ohne Markenangabe, da sie ausschließlich Produkte der Marke Krafft vertreibe, so dass sich die verschiedenen Produkte ihres Sortiments nicht nach der Marke unterscheiden ließen. Aus diesem Grund habe sie sich dafür entschieden, die Benutzung der älteren Marken durch das im Verfahren beim Amt eingereichte Werbematerial nachzuweisen.

Würdigung durch das Gericht

- 25 Wie der neunten Begründungserwägung der Verordnung Nr. 40/94 zu entnehmen ist, hält der Gemeinschaftsgesetzgeber den Schutz der älteren Marke nur für berechtigt, soweit sie tatsächlich benutzt wird. Im Einklang mit dieser Begründungserwägung kann nach Artikel 43 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 der Anmelder einer Gemeinschaftsmarke den Nachweis verlangen, dass die ältere Marke innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veröffentlichung der Anmeldung, gegen die Widerspruch erhoben wurde, in ihrem Schutzgebiet ernsthaft benutzt

wurde (Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache T-39/01, Kabushiki Kaisha Fernandes/HABM — Harrison [HIWATT], Slg. 2002, II-5233, Randnr. 34).

- 26 Wie dem Urteil des Gerichtshofes vom 11. März 2003 in der Rechtssache C-40/01 (Ansul, Slg. 2003, I-2439, Randnr. 43) zu entnehmen ist, wird eine Marke ernsthaft benutzt, wenn sie entsprechend ihrer Hauptfunktion — die Ursprungsidentität der Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen wurde, zu garantieren — benutzt wird, um für diese Waren und Dienstleistungen einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern, unter Ausschluss symbolischer Verwendungen, die allein der Wahrung der durch die Marke verliehenen Rechte dienen. Ferner wird mit der Bedingung einer ernsthaften Benutzung der Marke verlangt, dass die Marke, so wie sie in dem fraglichen Gebiet geschützt ist, öffentlich und nach außen benutzt wird (Urteil Ansul, Randnr. 37, und Urteil des Gerichts vom 12. März 2003 in der Rechtssache T-174/01, Goulbourn/HABM — Redcats [Silk Cocoon], Slg. 2003, II-789, Randnr. 39).
- 27 Nach Regel 22 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2868/95 muss sich der Benutzungsnachweis auf Ort, Zeit, Umfang und Art der Benutzung der älteren Marke beziehen.
- 28 Nach der Rechtsprechung des Gerichts lässt sich die ernsthafte Benutzung einer Marke ferner nicht auf der Grundlage von Wahrscheinlichkeitsannahmen oder Vermutungen nachweisen, sondern muss auf konkreten und objektiven Umständen beruhen, die eine tatsächliche und ausreichende Benutzung der Marke auf dem betreffenden Markt belegen (Urteil HIWATT, Randnr. 47).
- 29 Im Licht dieser Erwägungen ist im vorliegenden Fall zu beurteilen, ob die Beschwerdekammer rechtsfehlerfrei festgestellt hat, dass die Streithelferin eine ernsthafte Benutzung der älteren Marken B und C2 für die Waren „Fette und Motoröle; Schmiermittel“ (Klasse 4) sowie für die Waren „Mörtel und Nivellierungspaste für Bauzwecke“ (Klasse 19) nachgewiesen hat. Wie insoweit anzumerken ist, wird von der Streithelferin nicht gerügt, dass die Beschwerdekammer diese älteren

Marken nur für die Waren, für die nach Auffassung der Beschwerdekammer der Benutzungsnachweis konkret erbracht wurde, als eingetragen betrachtete und nicht für die gesamte Warenkategorie, zu der diese Waren gehören und für die die älteren Marken tatsächlich eingetragen sind. Da die Streithelferin den von der Beschwerdekammer getroffenen Feststellungen, wonach der Benutzungsnachweis für die ältere Marke C1 und für die übrigen Waren der älteren Marken B und C2 nicht erbracht wurde, nicht widersprochen hat, sind diese Feststellungen nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits.

30 Die Gemeinschaftsmarkenanmeldung wurde am 27. April 1998 veröffentlicht. Der Fünfjahreszeitraum reicht damit vom 27. April 1993 bis 26. April 1998. Da die älteren Marken B und C2 durch spanische Eintragungen geschützt sind, ist das in Frage stehende Schutzgebiet Spanien. Die Streithelferin hat damit nachzuweisen, dass ihre älteren Marken zwischen dem 27. April 1993 und dem 26. April 1998 auf dem spanischen Markt benutzt wurden.

31 Die Beschwerdekammer hat in Randnummer 14 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, es habe für sie keinen Grund gegeben, zu bezweifeln, dass die von der Streithelferin eingereichten Kataloge die tatsächliche Vermarktung der darin gezeigten Produkte unter der darin wiedergegebenen Marke im fraglichen Zeitraum widerspiegeln. Die Beschwerdekammer hat in Randnummer 16 der angefochtenen Entscheidung weiter festgestellt, dass Kataloge, die Datumsangaben aus dem relevanten Zeitraum enthielten, die Waren der Widersprechenden, die Marke in der eingetragenen Form und die Art der Anbringung der Marke auf den Produkten zeigten, die Verkaufsstellen der Widersprechenden auflisteten und die Widersprechende mit ihrer Marke in Zusammenhang brächten, die ernsthafte Benutzung der älteren Marke im Sinne von Artikel 43 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 rechtlich hinreichend nachwies.

32 Diese Erwägungen sind fehlerhaft, da sie auf Vermutungen beruhen.

- 33 Nach der oben in Randnummer 26 wiedergegebenen Rechtsprechung ist zu prüfen, ob die Streithelferin im Verfahren vor dem Amt nachgewiesen hat, dass ihre älteren Marken B und C2 in der geschützten Form innerhalb des Schutzgebiets öffentlich und nach außen benutzt wurden, um für die damit gekennzeichneten Waren einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern. Nach Regel 22 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2868/95 muss sich dieser Nachweis insbesondere auf den Benutzungsumfang beziehen. Schließlich genügt es nicht, dass die ernsthafte Benutzung der Marke wahrscheinlich oder glaubhaft erscheint, sondern für diese Benutzung ist ein Beweis zu erbringen.
- 34 Im vorliegenden Fall belegen die der Beschwerdekammer vorgelegten Kataloge weder, dass diese an eine potenzielle spanische Kundschaft ausgegeben wurden, noch den Umfang ihrer etwaigen Verbreitung, noch die tatsächliche Verkaufsmenge der mit der Marke geschützten Produkte. Die Streithelferin hat keine durch Beweise gestützten Angaben beigebracht, die hierzu Schlüsse zuließen. Die bloße Existenz der Kataloge könnte es allenfalls wahrscheinlich oder glaubhaft erscheinen lassen, dass die durch die älteren Marken geschützten Waren im Schutzgebiet vertrieben oder zumindest angeboten wurden, aber vermag dies nicht zu beweisen.
- 35 Es ist demnach festzustellen, dass die Beschwerdekammer die von der Streithelferin vorgelegten Kataloge rechtsfehlerhaft als ausreichenden Benutzungsnachweis gewertet hat, ohne dass die Frage geprüft zu werden braucht, ob diese Kataloge genügende Angaben zu den Waren „Fette und Motoröle“ und „Mörtel und Nivellierungspaste für Bauzwecke“ sowie zur Benutzungszeit enthalten.
- 36 Der erste Klagegrund der Klägerin greift daher durch. Die Beschwerdekammer hat somit der von der Streithelferin gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung erhobenen Beschwerde zu Unrecht teilweise stattgegeben. Demgemäß ist die angefochtene Entscheidung aufzuheben, soweit darin der bei der Beschwerdekammer erhobenen Beschwerde der Streithelferin hinsichtlich der in der Gemeinschaftsmarkenmeldung aufgeführten Waren „technische Öle und Fette;

Schmiermittel; Brennstoffe (einschließlich Motorentreibstoffe) und Leuchtstoffe“ (Klasse 4) sowie „Baumaterialien (nicht aus Metall); Rohre (nicht aus Metall) für Bauzwecke; Asphalt, Pech und Bitumen“ (Klasse 19) stattgegeben wurde.

Zum zweiten Klagegrund: Verstoß gegen Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 37 Die Klägerin meint, dass die Beschwerdekammer die beiden Zeichen in fehlerhafter Weise vergleichend gewürdigt habe.
- 38 Dazu führt sie erstens aus, dass es sich bei den älteren Marken um Wortbildmarken handele, die aus einem in den Farben Rot, Blau und Weiß gehaltenen Rechteck bestünden, das seinerseits in zwei gleich große Rechtecke unterteilt sei, wobei der Schriftzug „krafft“ aus weißen Buchstaben auf rotem Grund den oberen Teil und eine blaue Farbfläche den unteren Teil des Rechtecks bilde. Auch wenn das prägende und dominierende Element der älteren Marken die Bezeichnung „Krafft“ sei, führe dies entgegen der Auffassung der Beschwerdekammer nicht dazu, dass die grafischen Elemente vom Durchschnittsverbraucher gänzlich übersehen und ihm nicht in Erinnerung bleiben würden.
- 39 Zweitens werde, wie in der Rechtsprechung anerkannt sei, eine Marke als Ganzes wahrgenommen. Der Durchschnittsverbraucher achte nicht auf die verschiedenen Einzelheiten einer Marke. Die Beschwerdekammer habe daher zu Unrecht angenommen, dass der spanische Verbraucher die Anmeldemarke in „vita“ und „krafft“ aufteilen werde. Selbst wenn er eine solche Aufteilung vornehme, vergesse er nicht anschließend den Ausdruck „vita“ und denke nur noch an „krafft“. Das Wort „vita“ sei für die hier relevanten Waren der Anmeldemarke auch nicht beschreibend.

Daher greife der Grundsatz, wonach ein für die gekennzeichneten Waren beschreibender Bestandteil einer komplexen Marke nicht als deren dominierendes Element angesehen werden könne, im vorliegenden Fall nicht ein. Das Wort „vita“ sei somit nicht nachrangig. Folglich hielten die sich gegenüberstehenden Zeichen aufgrund der grafischen und Wortelemente einen ausreichenden Abstand ein, um sie unterscheiden zu können.

- 40 Drittens hielten die Zeichen auch klanglich einen ausreichenden Abstand ein, da die angemeldete Marke als „Vitakraft“ vokalisiert werde, während das Wortelement der älteren Marken als „krafft“ ausgesprochen werde.
- 41 Schließlich sei die begriffliche Verschiedenheit der Zeichen ebenfalls auffallend. Der spanische Verbraucher werde in den älteren Zeichen lediglich eine Fantasiebezeichnung sehen. Dagegen erwecke das angemeldete Zeichen den Gedanken an Vitalität (im Spanischen „vitalidad“) oder an das Adjektiv „vital“ (im Spanischen: „vital“).
- 42 Das Amt und die Streithelferin schließen sich den Erwägungen der Beschwerdekammer in vollem Umfang an.
- 43 Die Streithelferin verweist u. a. darauf, dass das Präfix „vita“ ein gängiger Begriff mit geringer Unterscheidungskraft sei und dass in der Aussprache von „Vitakraft“ im Spanischen die Betonung auf die Silbe „kraft“ falle.

Würdigung durch das Gericht

- 44 Da der erste Klagegrund der Klägerin durchgreift, ist nur die Gefahr von Verwechslungen zwischen dem angemeldeten Zeichen und den älteren Marken A1 und A2 (im Folgenden: ältere Marken) zu prüfen, deren ernsthafte Benutzung deshalb nicht nachgewiesen zu werden braucht, weil sie im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Gemeinschaftsmarkenanmeldung noch nicht fünf Jahre lang eingetragen waren (Artikel 43 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94).
- 45 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.
- 46 Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine Verwechslungsgefahr vor, wenn das Publikum glauben könnte, dass die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aus demselben Unternehmen oder gegebenenfalls aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen.
- 47 Nach dieser 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. 31 bis 33, und die dort zitierte Rechtsprechung).

- 48 Im vorliegenden Fall sind die Feststellungen der Beschwerdekammer zur Ähnlichkeit der Waren weder von der Klägerin noch von der Streithelferin bestritten worden. Die Entscheidung über die Klage hängt somit davon ab, ob eine Verwechslungsgefahr wegen Ähnlichkeit der Zeichen besteht. Dabei ist die Prüfung der Zeichenähnlichkeit auf alle in der Gemeinschaftsmarkenanmeldung aufgeführten Waren der Klassen 1 und 3 des Nizzaer Abkommens und auf die Waren „Staubabsorbierungs-, Staubbenetzungs- und Staubbindemittel“ (Klasse 4), die nach Auffassung der Beschwerdekammer den von der älteren Marke A2 erfassten Waren „Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel“ in Klasse 3 ähnlich sind, zu beziehen.
- 49 Nach ständiger Rechtsprechung ist bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr hinsichtlich der Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Marken in Bild, Klang oder Bedeutung auf den Gesamteindruck abzustellen, den die Zeichen hervorrufen, wobei insbesondere die unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (vgl. Urteil des Gerichts vom 14. Oktober 2003 in der Rechtssache T-292/01, Phillips-Van Heusen/HABM — Pash Textilvertrieb und Einzelhandel [BASS], noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 47, und die dort zitierte Rechtsprechung).
- 50 Was erstens den bildlichen Aspekt der älteren Marken angeht, so hat die Beschwerdekammer zu Recht festgestellt, dass ihr dominierender Bestandteil, obgleich sie Bildmarken sind, das Wort „Krafft“ ist. Denn die Bildelemente der älteren Zeichen, nämlich die grafische Gestaltung des Wortes „Krafft“ sowie das blaue und das rote Rechteck, haben nicht genügend Gewicht, um sich dem Verbraucher stärker einzuprägen als ihr Worтеlement.
- 51 Das angemeldete Zeichen besteht hingegen für einen spanischsprachigen Verbraucher aus einem Wort mit zwei Bestandteilen, nämlich dem Ausdruck „vita“ und dem Ausdruck „kraft“. Die Beschwerdekammer ist zutreffend davon ausgegangen, dass ein Verbraucher ein von ihm wahrgenommenes Wortzeichen in die Wortbestandteile aufteilen wird, die ihm eine konkrete Bedeutung vermitteln oder

die ihm bekannten Wörtern ähnlich sind. So wird ein spanischsprachiger Verbraucher den Ausdruck „vita“ als Anspielung auf Wörter wie „Vitalität“ oder „vital“ (im Spanischen: „vitalidad“ oder „vital“) verstehen. Dagegen hat der Ausdruck „kraft“, der in bestimmten Sprachen — darunter im Deutschen — „Kraft“ bedeutet, im Spanischen keine konkrete Bedeutung.

- 52 Es ist daran zu erinnern, dass eine Fantasiebezeichnung im Allgemeinen die Aufmerksamkeit des Verbrauchers stärker auf sich ziehen wird (in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 23. Oktober 2002 in der Rechtssache T-6/01, Matratzen Concord/HABM — Hukla Germany [MATRATZEN], Slg. 2002, II-4335, Randnr. 43, bestätigt durch Beschluss des Gerichtshofes vom 28. April 2004 in der Rechtssache C-3/03 P, Matratzen Concord/HABM, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht). Ferner wird nach der Rechtsprechung des Gerichts das Publikum einen beschreibenden Anteil einer komplexen Marke im Allgemeinen nicht als unterscheidungskräftiges und dominantes Merkmal des Gesamteindrucks dieser Marke ansehen (Urteil des Gerichts vom 3. Juli 2003 in der Rechtssache T-129/01, Alejandro/HABM — Anheuser-Busch [BUDMEN], Slg. 2003, II-2251, Randnr. 53). Entsprechende Wertungen gelten für Bestandteile mit einer sehr allgemeinen Bedeutung, durch die eine positive Eigenschaft suggeriert wird, die einer großen Bandbreite von verschiedenen Waren oder Dienstleistungen zukommen kann. Das Wort „vita“ ist nach Auffassung des Gerichts für das spanische Publikum ein derartiger Bestandteil.
- 53 Demnach ist im Spanischen der zweite Teil des angemeldeten Zeichens, „kraft“, infolge seines Charakters als Fantasiebegriff das dominierende Zeichenelement und hat der erste Teil des Zeichens, „vita“, für die angesprochenen Verkehrskreise eine nur geringere Kennzeichnungskraft.
- 54 Was den klanglichen Aspekt anbelangt, so werden die älteren Marken als „Krafft“ ausgesprochen. Dagegen besteht das angemeldete Zeichen aus drei Silben („vi“, „ta“ und „kraft“). Aus den vorstehend in den Randnummern 52 und 53 dargelegten Gründen werden die angesprochenen Verkehrskreise die letzte Silbe des angemeldeten Zeichens, das Wort „kraft“, als das beherrschende Element des Wortzeichens VITAKRAFT ansehen.

- 55 Somit sind sowohl in bildlicher als auch klanglicher Hinsicht das beherrschende Element des angemeldeten Zeichens „kraft“ einerseits und der Wortbestandteil der älteren Marke „Krafft“ andererseits einander sehr ähnlich und sogar identisch, da die beiden „f“ des Wortes „Krafft“ weder einen wahrnehmbaren klanglichen Unterschied noch einen genügenden bildlichen Unterschied bewirken, um die vorgeannten Merkmale der bildlichen Ähnlichkeit auszuräumen.
- 56 Auch wenn in begrifflicher Hinsicht das Wort „vita“ den Gedanken an „Vitalität“ oder an das Adjektiv „vital“ erweckt, ist doch das Zeichen VITAKRAFT im Spanischen ohne bestimmte Bedeutung. Da im Spanischen weder die Anmelde-
marke noch die älteren Marken eine konkrete Bedeutung haben, ist zwischen den beiden Zeichen keine hinreichende begriffliche Differenz feststellbar.
- 57 Somit sind die in Frage stehenden Zeichen für die angesprochenen Verkehrskreise, die aus spanischsprachigen Verbrauchern bestehen, in bildlicher und in klanglicher Hinsicht ähnlich. Da die von den Marken erfassten Waren identisch oder sehr ähnlich sind, ist die Beschwerdekammer ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, dass zwischen den älteren Marken mit dem Element „Krafft“ und der Anmelde-
marke VITAKRAFT Verwechslungsgefahr hinsichtlich aller in der Anmeldung aufgeführten Waren der Klassen 1 und 3 sowie hinsichtlich „Staubabsorbierungs-,
Staubbenetzungs- und Staubbindemitteln“ in Klasse 4 besteht.
- 58 Der zweite Klagegrund der Klägerin ist daher zurückzuweisen.
- 59 Nach alledem ist die Klage nur begründet, soweit die Beschwerdekammer zu Unrecht festgestellt hat, dass die Streithelferin eine ernsthafte Benutzung der älteren Marken B für „Fette und Motoröle; Schmiermittel“ (Klasse 4) und C2 für „Mörtel und Nivellierungspaste für Bauzwecke“ (Klasse 19) nachgewiesen hat. Daher ist die angefochtene Entscheidung aufzuheben, soweit darin der Beschwerde der Streithelferin hinsichtlich der in der Gemeinschaftsmarkenmeldung aufgeführten

Waren „technische Öle und Fette; Schmiermittel; Brennstoffe (einschließlich Motorentreibstoffe) und Leuchtstoffe“ (Klasse 4) und „Baumaterialien (nicht aus Metall); Rohre (nicht aus Metall) für Bauzwecke; Asphalt, Pech und Bitumen“ (Klasse 19) stattgegeben wurde. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

Kosten

- 60 Nach Artikel 87 § 3 der Verfahrensordnung kann das Gericht die Kosten teilen oder beschließen, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt.
- 61 Im vorliegenden Fall haben sowohl die Klägerin als auch das Amt und die Streithelferin teils obsiegt und sind teils unterlegen. Folglich sind jedem Verfahrensbeteiligten seine eigenen Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Die Entscheidung der Vierten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) vom 4. Septem-**

ber 2002 (verbundene Sachen R 506/2000-4 und R 581/2000-4) wird aufgehoben, soweit darin der von der Streithelferin bei der Beschwerdekammer erhobenen Beschwerde für die in der Gemeinschaftsmarkenanmeldung aufgeführten Waren „technische Öle und Fette; Schmiermittel; Brennstoffe (einschließlich Motorentreibstoffe) und Leuchtstoffe“ (Klasse 4) und „Baumaterialien (nicht aus Metall); Rohre (nicht aus Metall) für Bauzwecke; Asphalt, Pech und Bitumen“ (Klasse 19) stattgegeben wurde.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Jeder Verfahrensbeteiligte trägt seine eigenen Kosten.

Pirrung

Meij

Forwood

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 6. Oktober 2004.

Der Kanzler

Der Präsident

H. Jung

J. Pirrung