

URTEIL DES GERICHTS (Zweite Kammer)

29. April 2004 *

In der Rechtssache T-399/02

Eurocermex SA mit Sitz in Evere (Belgien), Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte A. Bertrand und T. Reisch,

Klägerin,

gegen

Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle)
(HABM), vertreten durch S. Laitinen und A. Rassat als Bevollmächtigte,

Beklagter,

wegen Aufhebung der Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des HABM vom 21. Oktober 2002 (Beschwerdesache R 188/2002-1) betreffend die Anmeldung einer dreidimensionalen Marke (Flasche mit langem Hals, in dem eine Zitronenscheibe steckt) als Gemeinschaftsmarke

* Verfahrenssprache: Französisch.

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: J. Palacio González, Verwaltungsrat,

aufgrund der am 31. Dezember 2002 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 24. April 2003 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung,

auf die mündliche Verhandlung vom 25. November 2003,

folgendes

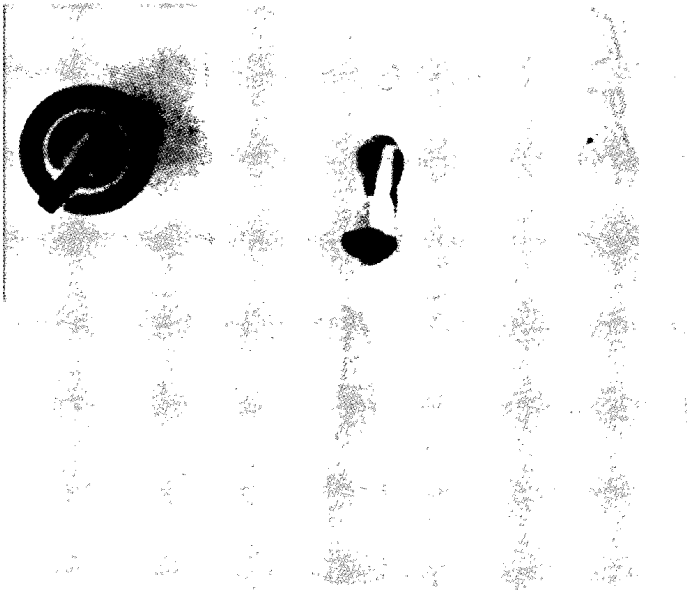
Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

- 1 Die Klägerin, die das mexikanische Bier CORONA in Europa vertreibt, reichte am 27. November 1998 gemäß der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom

20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) in ihrer geänderten Fassung beim HABM die Anmeldung einer Gemeinschaftsmarke ein.

- 2 Die zur Eintragung angemeldete Marke hat eine dreidimensionale Form, für die die Farben Gelb und Grün beansprucht werden. Nach der grafischen Darstellung im Anhang der Anmeldung (nachstehend schwarz/weiß wiedergegeben) handelt es sich um eine durchsichtige, mit einer gelben Flüssigkeit gefüllte Flasche mit langem Hals, in dem eine Zitronenscheibe mit grüner Schale steckt.



- 3 Die Anmeldung betrifft Waren und Dienstleistungen der Klassen 16, 25, 32 und 42 im Sinne des Abkommens von Nizza vom 15. Juni 1957 über die internationale

Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken in seiner revidierten und geänderten Fassung; sie entsprechen für die jeweilige Klasse folgender Beschreibung:

- Klasse 16: „Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien, Druckereierzeugnisse, Buchbinderartikel, fotografische Erzeugnisse; Schreibwaren; Klebstoffe für Papier- und Schreibwaren oder für Haushaltszwecke; Büroartikel (ausgenommen Möbel); Verpackungsmaterial aus Kunststoff, soweit es nicht in anderen Klassen enthalten ist, Drucklettern; Druckstöcke“;

- Klasse 25: „Bekleidung aller Art, T-Shirts, kurze Hosen; Schuhwaren aller Art; Kopfbedeckungen aller Art“;

- Klasse 32: „Biere, Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer, Fruchtsäfte“;

- Klasse 42: „Restaurants, Bars, Snackbars“.

- 4 Mit Schreiben vom 18. Oktober 1999 teilte die Prüferin der Klägerin mit, ihrer Ansicht nach habe die angemeldete Marke im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 keine Unterscheidungskraft.

- 5 Mit Schreiben vom 17. Februar 2000, übermittelt per Fax am 22. Februar 2000, nahm die Klägerin hierzu Stellung und machte geltend, die Wortmarke CORONA sei bekannt. In dem Schreiben heißt es, es seien ihm Anlagen beigelegt, unter denen sich ein in *Le Monde* vom 31. August 1997 veröffentlichter Artikel befinde. Diese Anlagen sind jedoch nicht in den dem Gericht übersandten Akten der Beschwerdekammer enthalten.
- 6 Mit Schreiben vom 25. September 2001 hielt die Prüferin an ihrem Standpunkt fest, dass die angemeldete Marke im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 keine Unterscheidungskraft habe, und forderte die Klägerin auf, innerhalb von zwei Monaten Nachweise für eine infolge Benutzung erlangte Unterscheidungskraft der Marke vorzulegen.
- 7 Mit Entscheidung vom 21. Dezember 2001 wies die Prüferin die Markenmeldung nach Artikel 38 der Verordnung Nr. 40/94 für die Waren und Dienstleistungen der Klassen 32 und 42 mit der Begründung zurück, dass die angemeldete Marke im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 keine Unterscheidungskraft habe. Sie stellte fest, die Klägerin habe es versäumt, innerhalb der dafür gesetzten Frist Nachweise für eine infolge Benutzung erlangte Unterscheidungskraft der Marke vorzulegen.
- 8 Am 20. Februar 2002 legte die Klägerin gemäß Artikel 59 der Verordnung Nr. 40/94 beim HABM Beschwerde gegen die Entscheidung der Prüferin ein. Mit Entscheidung vom 21. Oktober 2002, der Klägerin zugestellt am 24. Oktober 2002 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung), hob die Erste Beschwerdekammer die Entscheidung der Prüferin teilweise auf, nämlich soweit diese die Markenmeldung für die Waren der Klasse 32 mit der Bezeichnung „Mineralwässer“ zurückgewiesen hatte. Im Übrigen wies sie die Beschwerde zurück.

Anträge der Parteien

9 Die Klägerin beantragt,

- die angefochtene Entscheidung dahin gehend abzuändern, dass die Entscheidung der Prüferin aufgehoben wird, soweit es die Waren und Dienstleistungen unter der Bezeichnung „Biere, kohlenensäurehaltige Wässer, Fruchtsäfte; Restaurants, Bars, Snackbars“ betrifft, und die Sache zur weiteren Bearbeitung an die Prüferin zurückverwiesen wird;

- dem Amt die Kosten aufzuerlegen.

10 Das HABM beantragt,

- die Klage abzuweisen;

- der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

11 Zur Begründung ihrer Klage beruft sich die Klägerin auf zwei Klagegründe, mit denen Verstöße gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b und Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 gerügt werden.

Zum ersten Klagegrund: Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94

Vorbringen der Parteien

- 12 Die Klägerin kritisiert die Auffassung der Beschwerdekammer, wonach der Verbraucher sowohl bei Bieren als auch bei kohlenensäurehaltigen Getränken und Fruchtsäften an die Form der Flasche, die der angemeldeten Marke entspreche, gewöhnt sei. Es würden ausschließlich mexikanische Biere in Flaschen mit dieser Form verkauft, während die in Europa vertriebenen Biere mit einigen Ausnahmen, gegen die erfolgreich gerichtliche Verletzungsverfahren durchgeführt worden seien, in Flaschen verkauft würden, deren Form sich deutlich von der Form der angemeldeten Marke unterscheide.

- 13 Was Fruchtsäfte betreffe, so unterscheide sich die klassische Flasche für solche Getränke von der in Rede stehenden Flasche u. a. in der Größe und durch einen weniger langen Hals. Was kohlenensäurehaltige Wässer angehe, so sei der Verbraucher nicht an Flaschen von 33 cl wie die streitige gewöhnt, da solches Wasser normalerweise in Flaschen von 75 cl oder einem Liter vertrieben werde.

- 14 Schließlich trägt die Klägerin unter Berufung auf einen Zeitungsartikel vor, die Tatsache, dass im Hals der Flasche eine Zitronenspalte stecke, stelle eine Besonderheit der angemeldeten Marke dar, die es den maßgeblichen Verkehrskreisen ermögliche, die betriebliche Herkunft der so gekennzeichneten Waren zu erkennen. Außerdem habe die Beschwerdekammer ihre Auffassung in Bezug auf Fruchtsäfte und kohlenensäurehaltige Wässer nicht begründet, zumal es nicht üblich sei, solchen Getränken eine Zitronenspalte beizugeben.

- 15 Das HABM macht geltend, die Form der Flasche, die der angemeldeten Marke entspreche, komme einem ganz natürlich in den Sinn. Was die längliche Form des Halses der Flasche angeht, so trägt das HABM unter Anführung von Beispielen vor, dass zahlreiche Biere in Flaschen vertrieben würden, die dasselbe Gesamtbild aufwiesen. Der Umstand, dass im Hals der Flasche eine Zitronenscheibe stecke, stelle bloß die Hinzufügung eines alltäglichen Bestandteils dar, der im Übrigen gewöhnlich für bestimmte Biersorten verwendet werde. Jeweils für sich betrachtet, würden die verschiedenen Bestandteile der angemeldeten Marke gewöhnlich für den Vertrieb der in Rede stehenden Waren verwendet, und konkrete Anhaltspunkte ließen darauf schließen, dass diese Bestandteile in ihrem Gesamtbild ebenfalls gewöhnlich in diesem Bereich verwendet würden oder verwendet werden könnten.

Würdigung durch das Gericht

- 16 Gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 sind „Marken, die keine Unterscheidungskraft haben“, von der Eintragung ausgeschlossen.
- 17 Unterscheidungskraft im Sinne dieser Bestimmung bedeutet, dass die Marke geeignet ist, die Ware, für die die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und sie somit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Urteile des Gerichtshofes vom 18. Juni 2002 in der Rechtssache C-299/99, Philips, Slg. 2002, I-5475, Randnr. 35, und vom 8. April 2003 in den Rechtssachen C-53/01 bis C-55/01, Slg. 2003, I-3161, Randnr. 40).
- 18 Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 erfasst insbesondere Marken, die aus der Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise im geschäftlichen Verkehr gewöhnlich für die Präsentation der betreffenden Waren oder Dienst-

leistungen verwendet werden oder von denen zumindest aufgrund konkreter Hinweise anzunehmen ist, dass sie in dieser Weise verwendet werden können (Urteile des Gerichts vom 2. Juli 2002 in der Rechtssache T-323/00, SAT.1/HABM [SAT.2], Slg. 2002, II-2839, Randnr. 37, und vom 5. März 2003 in der Rechtssache T-194/01, Unilever/HABM [Ovoide Tablette], Slg. 2003, II-383, Randnr. 39).

- 19 Die Unterscheidungskraft einer Marke ist zum einen im Hinblick auf die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet worden ist, und zum anderen im Hinblick auf die Wahrnehmung der beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen, die sich in der Regel aus den Verbrauchern dieser Waren oder den Empfängern dieser Dienstleistungen zusammensetzen (Urteil Linde u. a., zitiert oben in Randnr. 17, Randnr. 41). Maßgebend ist, wie ein normal informierter und angemessen aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher die in Rede stehende Kategorie von Waren oder Dienstleistungen vermutlich wahrnimmt (vgl. entsprechend Urteile des Gerichtshofes vom 16. Juli 1998 in der Rechtssache C-210/96, Gut Springenheide und Tusky, Slg. 1998, I-4657, Randnr. 31, und Philips, zitiert oben in Randnr. 17, Randnr. 63).

- 20 Die maßgeblichen Verkehrskreise für die angemeldete Marke sind alle Endverbraucher. Biere, kohlenensäurehaltige Wässer und Fruchtsäfte sind nämlich für den alltäglichen Verbrauch bestimmt. Das Gleiche gilt für die in der Markenmeldung genannten Dienstleistungen.

- 21 Was die Waren angeht, für die im vorliegenden Fall die Eintragung der Marke verweigert wurde, also Biere, kohlenensäurehaltige Wässer und Fruchtsäfte, so besteht die angemeldete Marke aus deren Verpackung, nämlich der Flasche, sowie aus einem Zubehör zu dieser Verpackung, nämlich der Zitronenscheibe. Da Getränke, wie andere Flüssigkeiten, keine eigene Form haben und für ihren Vertrieb eine Verpackung erforderlich ist, die der Ware ihre Form verleiht, ist diese Verpackung für die Zwecke der Prüfung einer Anmeldung als Marke mit der Form der Ware gleichzusetzen.

- 22 Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass sich die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die aus der Form der Waren bestehen, nicht von denjenigen unterscheiden, die auf andere Kategorien von Marken Anwendung finden. Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 unterscheidet nämlich bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft nicht zwischen verschiedenen Kategorien von Marken (vgl. in Bezug auf die Form der Waren Urteil Ovoide Tablette, zitiert oben in Randnr. 18, Randnr. 44, sowie in Bezug auf Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken [ABl. 1989, L 40, S. 1] Urteil Linde u. a., zitiert oben in Randnr. 17, Randnrn. 42 bis 49).
- 23 Jedoch wird eine dreidimensionale Marke, die aus der Verpackung einer Ware besteht, vom maßgeblichen Publikum nicht notwendig in der gleichen Weise wahrgenommen wie eine Wort-, Bild- oder dreidimensionale Marke, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der Ware, die sie kennzeichnet, unabhängig ist. Der durchschnittliche Verbraucher ist es nicht gewöhnt, aus der Form der Verpackung ohne grafische oder Wortelemente auf die Herkunft der Waren zu schließen, so dass es Schwierigkeiten bereiten könnte, die Unterscheidungskraft einer solchen dreidimensionalen Marke festzustellen (vgl. entsprechend Urteil Linde u. a., zitiert oben in Randnr. 17, Randnr. 48, Urteil des Gerichtshofes vom 6. Mai 2003 in der Rechtssache C-104/01, Libertel, Slg. 2003, I-3793, Randnr. 65, und Urteil Ovoide Tablette, zitiert oben in Randnr. 18, Randnr. 45).
- 24 Die Verpackung eines flüssigen Produkts ist ein zwingendes Vertriebsfordernis, dem der Verbraucher in erster Linie eine bloße Portionierungsfunktion beimisst. Eine dreidimensionale Marke, die aus einer solchen Verpackung besteht, hat nur dann im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 Unterscheidungskraft, wenn sie es dem normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher einer solchen Ware ermöglicht, diese von der Ware anderer Unternehmen zu unterscheiden, ohne eine Untersuchung oder einen Vergleich vorzunehmen und ohne eine besondere Aufmerksamkeit an den Tag zu legen.

- 25 Da die Klägerin eine aus mehreren Bestandteilen zusammengesetzte Marke (zusammengesetzte Marke) angemeldet hat, ist diese zum Zweck der Würdigung ihrer Unterscheidungskraft als Ganzes zu betrachten. Dies schließt jedoch nicht aus, dass die einzelnen verwendeten Gestaltungselemente, aus denen sich die Marke zusammensetzt, nacheinander geprüft werden (Urteil Ovoide Tablette, zitiert oben in Randnr. 18, Randnr. 54).
- 26 Was zunächst die dreidimensionale Form der angemeldeten Marke angeht, so stellt sich diese als eine Glasflasche dar, deren oberer Teil die Form eines schwach ausgeprägten Kegelstumpfs aufweist und die mit einem länglichen Hals versehen ist.
- 27 In dieser Hinsicht führte die Beschwerdekammer in Nummer 13 der angefochtenen Entscheidung zutreffend aus, dass viele Biere, aber auch kohlenensäurehaltige Getränke und Fruchtsäfte, in Flaschen vertrieben werden, deren Form der in Rede stehenden sehr ähnlich sei. In der Anlage zu ihrer Klagebeantwortung hat das HABM mehrere Bilder von Bierflaschen vorgelegt, die diese Feststellung bestätigen. Dagegen hat die Klägerin keinen Beweis für ihre Behauptung erbracht, dass erfolgreich gerichtliche Verfahren gegen die Verwendung derartiger Flaschen für europäische Biere angestrengt worden seien. In Bezug auf kohlenensäurehaltige Wässer und Fruchtsäfte ist bekannt, dass diese Getränke in Flaschen verschiedener Größe und nicht nur in Flaschen von 75 cl oder einem Liter, wie die Klägerin behauptet, vertrieben werden. Außerdem ist die Form dieser Flaschen sehr unterschiedlich. Somit wird die dreidimensionale Form der in Rede stehenden Flasche gewöhnlich für die Aufmachung aller betreffenden Waren verwendet oder kann zumindest gewöhnlich dafür verwendet werden.
- 28 Was außerdem die Limettenscheibe betrifft, so belegen die in der Fußnote zu Nummer 15 der angefochtenen Entscheidung angeführten Verweise auf Websites und die zusätzlichen Angaben, die das HABM in der Anlage zur Klagebeantwortung vorgelegt hat, rechtlich hinreichend, dass dieser Bestandteil im geschäftlichen Verkehr gewöhnlich zur Aufmachung von Bieren verwendet wird. Was die anderen Waren angeht, so ist bekannt, dass die Zitrone im geschäftlichen Verkehr gewöhnlich zur Aufmachung verschiedener Lebensmittel verwendet wird. Ebenso ist bekannt, dass Zitronenscheiben oder -spalten kohlenensäurehaltigen

Wässern und anderen nichtalkoholischen Getränken oft im Zeitpunkt des Genusses zugegeben werden und dass auch die Limette in dieser Weise verwendet wird. Diese Umstände stellen konkrete Anhaltspunkte dar, die darauf schließen lassen, dass Zitrone und Limette im geschäftlichen Verkehr gewöhnlich zur Aufmachung der betreffenden Waren verwendet werden können.

- 29 Was die beanspruchten Farben angeht, so ergibt sich aus der grafischen Wiedergabe der angemeldeten Marke, dass es sich zum einen um die Farbe des gelben Inhalts der an sich farblosen Flasche und zum anderen um die Farben der grünen Schale und des sehr hellen, gelblichgrünen Fruchtfleischs der Limettenscheibe handelt. Das Gelb entspricht jedoch auch der Farbe von Bier und bestimmter kohlenstoffhaltiger Wässer wie Limonaden, während die beiden in der Wiedergabe der Marke vorhandenen Grüntöne der natürlichen Farbe der Schale und des Fruchtfleischs der Limette entsprechen. Außerdem sind Gelb und Grün Grundfarben, die im geschäftlichen Verkehr gewöhnlich zur Aufmachung aller Arten von Lebensmitteln und insbesondere von Getränken verwendet werden.
- 30 Folglich besteht die angemeldete Marke aus einer Kombination von Bestandteilen, die allesamt im geschäftlichen Verkehr gewöhnlich zur Aufmachung der Waren verwendet werden können, auf die sich die Anmeldung bezieht, und die daher in Bezug auf diese Waren keine Unterscheidungskraft haben.
- 31 Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass die Tatsache, dass eine zusammengesetzte Marke nur aus Bestandteilen besteht, die in Bezug auf die betroffenen Waren oder Dienstleistungen keine Unterscheidungskraft haben, darauf schließen lässt, dass auch die Marke als Ganze im geschäftlichen Verkehr gewöhnlich zur Aufmachung der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen verwendet werden kann (Urteil SAT.2, zitiert oben in Randnr. 18, Randnr. 49). Ein solcher Schluss kann nur dann widerlegt werden, wenn konkrete Anhaltspunkte, wie etwa die Art, in der die verschiedenen Bestandteile zusammengesetzt sind, darauf hindeuten, dass die zusammengesetzte Marke, insgesamt betrachtet, mehr ist als die Summe der Bestandteile, aus denen sie zusammengesetzt ist (vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer in der Rechtssache C-363/99, Koninklijke KPN Nederland — Urteil des Gerichtshofes vom 12. Februar 2004, Slg. 2004, I-1619, — Nr. 65).

- 32 Im vorliegenden Fall liegen solche Anhaltspunkte nicht vor. Die angemeldete Marke, die im Wesentlichen aus der Kombination der dreidimensionalen Form einer Flasche mit den Farben Gelb und Grün sowie einer Limettenscheibe gebildet wird, kann nämlich im geschäftlichen Verkehr gewöhnlich zur Aufmachung der Waren verwendet werden, auf die sich die Anmeldung bezieht. Was insbesondere die Struktur der angemeldeten Marke angeht, die dadurch gekennzeichnet ist, dass die Limettenscheibe im Hals der Flasche steckt, so sind andere Möglichkeiten, diese Bestandteile in einer einzigen dreidimensionalen Einheit zu kombinieren, schwer vorstellbar. Außerdem handelt es sich um die einzige Art und Weise, in der einem Getränk eine Limettenscheibe oder eine Limettenspalte beigegeben werden kann, wenn es direkt aus der Flasche getrunken wird. Folglich ist die Art und Weise, in der die Bestandteile der vorliegenden zusammengesetzten Marke kombiniert sind, nicht geeignet, der Marke Unterscheidungskraft zu verleihen.
- 33 Mögliche Form- und Farbunterschiede zwischen der angemeldeten Marke und anderen Flaschen, die zur Verpackung der betreffenden Waren verwendet werden, können dieses Ergebnis nicht berühren. Nach ihrem Gesamtbild unterscheidet sich die angemeldete Marke nämlich nicht wesentlich von den Grundformen der Portionierung der betreffenden Waren, die im geschäftlichen Verkehr gewöhnlich verwendet werden, sondern erscheint vielmehr als eine Variante dieser Formen.
- 34 Der durchschnittliche Verbraucher nimmt aber keine genaue Prüfung von Form und Farbe der Verpackung der betreffenden Getränke vor und widmet ihnen keine besondere Aufmerksamkeit.
- 35 Daher ist die angemeldete Marke in ihrer Wahrnehmung durch einen normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher nicht geeignet, die Waren, auf die sich die Anmeldung bezieht, zu individualisieren und sie von Waren anderer betrieblicher Herkunft zu unterscheiden. Damit hat die Marke in Bezug auf diese Waren keine Unterscheidungskraft.

- 36 Was die in der Markenmeldung genannten Dienstleistungen angeht, d. h. Restaurants, Bars oder Snackbars, so haben diese u. a. den Vertrieb der betreffenden Waren zum Gegenstand. Wie ausgeführt, kann die angemeldete Marke im geschäftlichen Verkehr gewöhnlich zur Aufmachung dieser Waren verwendet werden. Dieser Umstand ist aber ein konkreter Anhaltspunkt dafür, dass die Marke im geschäftlichen Verkehr gewöhnlich auch zur Aufmachung dieser Dienstleistungen verwendet werden kann. Damit hat sie auch für diese keine Unterscheidungskraft.
- 37 Folglich ist der auf einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 gestützte Klagegrund zurückzuweisen.

Zum zweiten Klagegrund: Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94

Vorbringen der Parteien

- 38 Die Klägerin macht geltend, sie habe die angemeldete Marke im Rahmen des Vertriebs des Bieres CORONA gemeinschaftsweit intensiv genutzt; die Marke sei stark, ernsthaft, gleichmäßig und dauerhaft beworben worden. Daher sei sie geeignet, die betreffenden Waren als aus ihrem Unternehmen stammend zu kennzeichnen.
- 39 Zur Untermauerung ihres Vorbringens fügt die Klägerin der Klageschrift folgende Nachweise bei: erstens die Unterlagen, die sie bereits als Anlage zur schriftlichen Begründung ihrer Beschwerde vor dem HABM vom 19. April 2002 vorgelegt

hatte, zweitens den Artikel aus *Le Monde*, „La bière mexicaine“, auf den sie sich im Verfahren vor der Prüferin berufen hatte, drittens fünf Fotografien von Flaschen und viertens einen Artikel mit der Überschrift „Dossier-bières“.

- 40 Das HABM ist der Ansicht, dass die von der Klägerin im Laufe des Verfahrens vor der Beschwerdekammer vorgelegten Nachweise nicht hinreichend belegten, dass die angemeldete Marke infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe, und dass die erstmals in der Klageschrift vor dem Gericht vorgelegten Nachweise zurückzuweisen seien.

Würdigung durch das Gericht

- 41 Gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 stehen die absoluten Eintragungshindernisse des Artikels 7 Absatz 1 Buchstaben b bis d der Verordnung der Eintragung einer Marke nicht entgegen, wenn diese für die Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird, infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat. Die Tatsache, dass das Zeichen, das die betreffende Marke bildet, von den maßgeblichen Verkehrskreisen tatsächlich als Angabe der betrieblichen Herkunft einer Ware oder einer Dienstleistung wahrgenommen wird, ist nämlich im Fall des Artikels 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 das Ergebnis einer wirtschaftlichen Anstrengung des Anmelders der Marke. Dieser Umstand erlaubt es, die Erwägungen des Allgemeininteresses hintanzustellen, die Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b bis d zugrunde liegen und die verlangen, dass die von diesen Bestimmungen erfassten Zeichen von allen frei verwendet werden können, um einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil für einen einzelnen Wirtschaftsteilnehmer zu vermeiden (Urteil SAT.2, zitiert oben in Randnr. 18, Randnr. 36).
- 42 Erstens ergibt sich aus der Rechtsprechung zu Artikel 3 Absatz 3 der Richtlinie 89/104, dessen Regelungsgehalt im Wesentlichen mit dem von Artikel 7 Absatz 3

der Verordnung Nr. 40/94 übereinstimmt, dass der Erwerb von Unterscheidungskraft durch Benutzung der Marke es erfordert, dass zumindest ein erheblicher Teil der maßgeblichen Verkehrskreise die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt. Jedoch können die Umstände, unter denen die Voraussetzung des Erwerbs von Unterscheidungskraft durch Benutzung als erfüllt anzusehen ist, nicht nur aufgrund von generellen und abstrakten Angaben, wie z. B. bestimmten Prozentsätzen, festgestellt werden (in diesem Sinne Urteile des Gerichtshofes vom 4. Mai 1999 in den Rechtssachen C-108/97 und C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Slg. 1999, I-2779, Randnr. 52, und Philips, zitiert oben in Randnr. 17, Randnr. 61).

- 43 Zweitens muss im Hinblick auf die Eintragungsfähigkeit einer Marke nach Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 die durch Benutzung der Marke erlangte Unterscheidungskraft in dem wesentlichen Teil der Gemeinschaft nachgewiesen werden, in dem die Marke gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b, c und d der Verordnung nicht unterscheidungskräftig wäre (Urteil des Gerichts vom 30. März 2000 in der Rechtssache T-01/99, Ford Motor/HABM [OPTIONS], Slg. 2000, II-1925, Randnr. 27).
- 44 Drittens sind für die Würdigung des Erwerbs von Unterscheidungskraft infolge Benutzung in einem bestimmten Fall Faktoren wie der von der Marke gehaltene Marktanteil, die Intensität, die geografische Verbreitung und die Dauer der Benutzung dieser Marke und der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke zu berücksichtigen. Geeignete Beweismittel sind insoweit u. a. Erklärungen von Industrie- und Handelskammern oder von anderen Berufsverbänden sowie Verbraucherbefragungen (in diesem Sinne Urteile Windsurfing Chiemsee, zitiert oben in Randnr. 42, Randnrn. 51 und 53, sowie Philips, zitiert oben in Randnr. 17, Randnr. 60).
- 45 Viertens muss der Erwerb der Unterscheidungskraft einer Marke durch Benutzung vor ihrem Anmeldetag stattgefunden haben (Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache T-247/01, eCopy/HABM [ECOPY], Slg. 2002, II-5301, Randnr. 36).

- 46 Im Licht dieser Erwägungen ist zu prüfen, ob die Beschwerdekammer im vorliegenden Fall gegen Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen hat mit ihrer Annahme, dass die angemeldete Marke nicht nach dieser Bestimmung eingetragen werden könne.
- 47 Die angefochtene Entscheidung enthält keine Feststellungen zu dem Teil der Gemeinschaft, in dem die angemeldete Marke keine Unterscheidungskraft haben soll. Bei Marken, die keine Wortmarken sind, wie es hier der Fall ist, ist jedoch zu vermuten, dass die Beurteilung ihrer Unterscheidungskraft in der gesamten Gemeinschaft gleich ausfällt, es sei denn, es lägen konkrete gegenteilige Anhaltspunkte vor. Da Derartiges im vorliegenden Fall nicht aus den Akten hervorgeht, ist davon auszugehen, dass das absolute Eintragungshindernis des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 im Hinblick auf die angemeldete Marke in der gesamten Gemeinschaft besteht. Daher muss diese Marke in der gesamten Gemeinschaft infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt haben, um nach Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung eingetragen werden zu können.
- 48 Während des Verwaltungsverfahrens vor dem HABM hat die Klägerin in ihrem Schriftsatz zur Begründung der Beschwerde vom 19. April 2002 tatsächlich vorgetragen, die angemeldete Marke habe in der gesamten Gemeinschaft infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt, und den Jahresbericht über die Verkäufe und Ausfuhren der mexikanischen Gesellschaft Grupo Modelo SA de CV für 1999, Werbematerial und Photographien von Flaschen vorgelegt.
- 49 Es ist daher zu prüfen, ob die Beschwerdekammer zu Recht festgestellt hat, dass die ihr vorgelegten Nachweise nicht ausreichen, um zu belegen, dass die angemeldete Marke zum Zeitpunkt der Anmeldung infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe.

- 50 Was zunächst den Bericht über die Verkäufe und Ausfuhren der mexikanischen Gesellschaft Grupo Modelo SA de CV für 1999 angeht, so hat das HABM zutreffend darauf hingewiesen, dass die darin abgebildeten Flaschen nicht alle mit der Flasche aus der angemeldeten Marke übereinstimmen und dass sie alle mit einem Etikett versehen seien, auf dem Wortbestandteile wie „corona“, „corona extra“, „coronita“ oder auch „estrella“ stünden. Die finanziellen Ergebnisse der Jahre 1990 bis 1999, wiedergegeben auf den Seiten 4 und 5 dieses Dokuments, unterscheiden weder nach den verschiedenen von dieser Gesellschaft vertriebenen Marken noch nach den verschiedenen geografischen Märkten. Die Abschnitte über den europäischen Markt beschränken sich auf die allgemeinen und nicht näher ausgeführten Angaben, dass die Stellung der von der Gesellschaft Grupo Modelo SA de CV vertriebenen Marken 1999 in Frankreich, Italien, Belgien, Deutschland und Griechenland sowie in weiteren Ländern gestärkt worden sei, dass der Marktanteil in Österreich stark gestiegen sei und dass sich die Marktdurchdringung im Vereinigten Königreich verbessert habe. Was insbesondere den spanischen Markt angeht, so führt der Bericht im Wesentlichen aus, es seien umfangreiche Werbekampagnen durchgeführt worden und das Verkaufsvolumen sei im Vergleich zu 1998 um 12 % gestiegen, so dass die Stellung der Marke Coronita als Importbier mit dem größten Marktanteil gestärkt worden sei. Dagegen enthält der Bericht keine genauen Angaben über den Marktanteil der angemeldeten Marke und über die Höhe der Ausgaben, die das Unternehmen zur deren Förderung getätigt hat. Der Bericht lässt somit nicht den Schluss zu, dass zumindest ein wesentlicher Teil der maßgeblichen Verkehrskreise in der Gemeinschaft die angemeldete Marke als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der betreffenden Waren und Dienstleistungen wahrnimmt.
- 51 Das gilt auch für das von der Klägerin vorgelegte Werbematerial, da es keine konkrete Feststellung zu den oben in Randnummer 44 genannten Faktoren ermöglicht. Außerdem enthält dieses Material keinen Beweis für eine Verwendung der Marke in der angemeldeten Form. Auf allen vorgelegten Bildern wird die Wiedergabe der Form und der beanspruchten Farben von den Wortmarken der Klägerin begleitet. Daher kann dieses Material keinen Beweis dafür darstellen, dass die maßgeblichen Verkehrskreise die angemeldete Marke als solche und unabhängig von den Wort- und Bildmarken, von denen sie in der Werbung und beim Verkauf der Waren begleitet wird, als Angabe der betrieblichen Herkunft der betreffenden Waren und Dienstleistungen ansehen.

- 52 Im Übrigen kann sich die Klägerin zum Beleg des Erwerbs von Unterscheidungskraft durch die angemeldete Marke nicht auf die Nachweise stützen, die sie erstmals in der Anlage zur Klageschrift vorgelegt hat. Die Beschwerdekammer muss nämlich einen Nachweis, der für die Beurteilung des Erwerbs von Unterscheidungskraft durch Benutzung erheblich sein kann, nur dann berücksichtigen, wenn der Markenanmelder ihn im Laufe des Verwaltungsverfahrens vor dem HABM vorgelegt hat (Urteil ECOPY, zitiert oben in Randnr. 45, Randnr. 47). Daher können Nachweise, die im Laufe des Verwaltungsverfahrens vor dem HABM nicht vorgelegt wurden, die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung nicht in Frage stellen.
- 53 Was schließlich den in *Le Monde* veröffentlichten Artikel „La bière mexicaine“ betrifft, auf den die Klägerin im Verfahren vor der Prüferin verwiesen hat und von dem nach Aktenlage nicht klar ist, ob er dem HABM tatsächlich vorlag, genügt die Feststellung, dass sich dieser Artikel nur auf den französischen Markt bezieht und damit nicht belegt, dass die angemeldete Marke in der gesamten Gemeinschaft Unterscheidungskraft erlangt hat.
- 54 Somit hat die Klägerin nicht nachgewiesen, dass die angemeldete Marke in der gesamten Gemeinschaft im Sinne von Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat. Der zweite, auf einen Verstoß gegen diese Bestimmung gestützte Klagegrund ist daher zurückzuweisen.
- 55 Nach alledem ist die Klage abzuweisen.

Kosten

- ⁵⁶ Nach Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin unterlegen ist, sind ihr gemäß dem Antrag des Beklagten die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Pirrung

Meij

Forwood

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 29. April 2004.

Der Kanzler

Der Präsident

H. Jung

J. Pirrung