

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

FRANCIS G. JACOBS

vom 15. Dezember 2005 ¹

1. Bei der vorliegenden Rechtssache handelt es sich um ein Rechtsmittel gegen ein Urteil des Gerichts erster Instanz ², das eine Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (im Folgenden: HABM) aufrechterhält, mit dem eine Beschwerde gegen eine Entscheidung der Widerspruchsabteilung des HABM zurückgewiesen worden war.

Gemeinschaftsrecht

3. Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 sieht, soweit hier von Bedeutung, Folgendes vor:

„Auf Widerspruch des Inhabers einer älteren Marke ist die angemeldete [Gemeinschafts-] Marke von der Eintragung ausgeschlossen:

2. In dieser Entscheidung wurde festgestellt, dass eine Marke im Sinne von Artikel 43 der Verordnung Nr. 40/94 über die Gemeinschaftsmarke ³ ernsthaft benutzt worden sei und die von dieser Marke und einer angemeldeten Gemeinschaftsmarke erfassten Waren im Sinne von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b dieser Verordnung einander ähnlich seien.

...

b) 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 ...“

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2004 in der Rechtssache T-203/02 (The Sunrider Corp./HABM, Slg. 2004, II-0000).

3 — Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) in ihrer geänderten Fassung.

4. Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a bestimmt, dass unter den Begriff „ältere Marken“ auch Marken fallen, die in einem Mitgliedstaat eingetragen sind.

nicht erbringen, so wird der Widerspruch zurückgewiesen ...

5. Artikel 42 der Verordnung Nr. 40/94 sieht vor, dass gegen die Eintragung einer Gemeinschaftsmarke innerhalb von drei Monaten nach der Veröffentlichung der Markenmeldung ein auf Artikel 8 der Verordnung gestützter Widerspruch erhoben werden kann.

(3) Absatz 2 ist auf ältere nationale Marken im Sinne von Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a) mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden, dass an die Stelle der Benutzung in der Gemeinschaft die Benutzung in dem Mitgliedstaat tritt, in dem die ältere Marke geschützt ist.“

6. Artikel 43 der Verordnung Nr. 40/94 sieht, soweit hier von Bedeutung, Folgendes vor:

7. In der vorliegenden Rechtssache besteht Einigkeit darüber, dass die Benutzung einer älteren Marke mit Zustimmung des Inhabers als Benutzung durch den Inhaber gilt⁴.

8. Regel 22 der Verordnung zur Durchführung der Verordnung über die Gemeinschaftsmarke⁵ sieht, soweit hier von Bedeutung, vor:

„(2) Auf Verlangen des Anmelders hat der Inhaber einer älteren Gemeinschaftsmarke, der Widerspruch erhoben hat, den Nachweis zu erbringen, dass er innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veröffentlichung der Anmeldung der Gemeinschaftsmarke die ältere Gemeinschaftsmarke in der Gemeinschaft für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist und auf die er sich zur Begründung seines Widerspruchs beruft, ernsthaft benutzt hat oder dass berechnete Gründe für die Nichtbenutzung vorliegen, sofern zu diesem Zeitpunkt die ältere Gemeinschaftsmarke seit mindestens fünf Jahren eingetragen ist. Kann er diesen Nachweis

„(2) Die Angaben und Beweismittel, die zum Nachweis der Benutzung vorgelegt werden,

4 — In Analogie zu Artikel 15 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94, der im Zusammenhang mit dem Verfall einer Gemeinschaftsmarke wegen nicht ernsthafter Benutzung innerhalb von fünf Jahren seit der Eintragung vorsieht: „Die Benutzung der Gemeinschaftsmarke mit Zustimmung des Inhabers gilt als Benutzung durch den Inhaber.“

5 — Verordnung (EG) Nr. 2868/95 der Kommission vom 13. Dezember 1995 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1995, L 303, S. 1).

bestehen gemäß Absatz 3 aus Angaben über Ort, Zeit, Umfang und Art der Benutzung der Widerspruchsmarke für die Waren und Dienstleistungen, für die sie eingetragen wurde und auf denen der Widerspruch beruht, sowie aus Beweisen für diese Angaben.

(3) Die Beweismittel beschränken sich nach Möglichkeit auf die Vorlage von Urkunden und Beweisstücken, wie Verpackungen, Etiketten, Preislisten, Kataloge, Rechnungen, Photographien, Zeitungsanzeigen und auf die in Artikel 76 Absatz 1 Buchstabe f) der Verordnung genannten schriftlichen Erklärungen.“

Hintergrund des Urteils des Gerichts erster Instanz

9. Am 1. April 1996 meldete The Sunrider Corporation (im Folgenden: Rechtsmittelführerin) beim HABM eine Gemeinschaftsmarke an. Bei der angemeldeten Marke handelt es sich um das Wortzeichen VITAFRUIT. Zu den Waren, für die die Eintragung der Marke beantragt wurde, gehören „Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Frucht- und Gemüsegetränke, Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zube-

ereitung von Getränken; Kräuter- und Vitamingetränke“. Die Markenmeldung wurde am 5. Januar 1998 veröffentlicht.

10. Am 1. April 1998 erhob Juan Espadafor Caba (im Folgenden: Widersprechender) nach Artikel 42 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 Widerspruch gegen die Eintragung der angemeldeten Marke. Der Widerspruch wurde darauf gestützt, dass bereits eine ältere Marke, das Wortzeichen VITAFRUT, für „alkoholfreie und nichttherapeutische kohlenensäurehaltige Getränke, nichttherapeutische Kaltgetränke aller Art, mit Kohlensäure versetzt, körnig sprudelnd; Frucht- und Gemüsesäfte ohne Fermentation (ausgenommen Most), Limonaden, Orangaden, Kaltgetränke (ausgenommen Mandelmilchgetränke), Sodawasser, Seidlitzwasser und künstliches Eis“ in Spanien eingetragen sei.

11. Der Widersprechende berief sich zur Begründung seines Widerspruchs auf Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94.

12. Im Oktober 1998 verlangte die Rechtsmittelführerin, dass der Widersprechende gemäß Artikel 43 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 den Nachweis erbringt, dass er die ältere Marke in Spanien ernsthaft benutzt hat. Die Widerspruchsabteilung des HABM (im Folgenden: Widerspruchsabteilung) forderte den Widersprechenden auf, diesen Nachweis zu erbringen. Der Widersprechende übermittelte dem HABM erstens sechs Flaschenetiketten, auf denen die ältere Marke abgebildet war, und

zweitens vierzehn Rechnungen und Bestellungen, von denen zehn aus der Zeit vor dem 5. Januar 1998 stammten. Aus den Rechnungen ging hervor, dass der Verkauf von Waren unter der älteren Marke durch die Gesellschaft Industrias Espadafor, SA, und nicht durch den Inhaber der Marke (den Widersprechenden: Juan Espadafor Caba) erfolgte.

13. Mit Entscheidung vom 23. August 2000 wies die Widerspruchsabteilung die Marken Anmeldung für folgende Waren zurück: „Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Frucht- und Gemüsegetränke, Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; Kräuter- und Vitamingetränke“. Sie ging erstens davon aus, dass die Beweismittel, die der Widersprechende vorgelegt hatte, zeigten, dass er die ältere Marke für die Waren „Frucht- und Gemüsesäfte ohne Fermentation, Limonaden, Orangeaden“ im Sinne von Artikel 43 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 ernsthaft benutzt habe. Zweitens seien diese Waren den in der Markenmeldung genannten Waren mit der Bezeichnung „Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Frucht- und Gemüsegetränke, Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; Kräuter- und Vitamingetränke“ teilweise ähnlich und teilweise mit ihnen identisch, und es bestehe zwischen den fraglichen Zeichen eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94.

14. Am 23. Oktober 2000 legte die Rechtsmittelführerin beim HABM Beschwerde gegen die Entscheidung der Widerspruchsabteilung ein. Mit Entscheidung vom 8. April 2002 wies die Erste Beschwerdekammer des HABM (im Folgenden: Beschwerdekammer) die Beschwerde zurück. Sie bestätigte im Wesentlichen die in der Entscheidung der Widerspruchsabteilung enthaltene Beurteilung, wobei sie allerdings feststellte, dass die Benutzung der älteren Marke nur für Waren mit der Bezeichnung „Saftkonzentrat“ („juice concentrate“) nachgewiesen worden sei.

15. Die Rechtsmittelführerin erhob dagegen Klage beim Gericht erster Instanz.

Das Urteil des Gerichts erster Instanz

16. Vor dem Gericht erster Instanz machte die Rechtsmittelführerin zwei Klagegründe geltend. Mit dem ersten Klagegrund wurde ein Verstoß gegen Artikel 43 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 gerügt. Dieser Klagegrund ist in zwei Teile unterteilt, wobei mit dem ersten Teil geltend gemacht wurde, dass das HABM die Benutzung durch einen Dritten ohne den Nachweis der Zustimmung des Inhabers der Marke als ernsthafte Benutzung berücksichtigt habe, und mit dem zweiten Teil, dass das HABM den Begriff der ernsthaften Benutzung verkannt habe. Mit dem zweiten Klagegrund wurde ein Verstoß gegen Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 gerügt.

17. Was den ersten Teil des ersten Klagegrundes angeht, so entschied das Gericht erster Instanz wie folgt:

„19 Nach Artikel 43 Absätze 2 und 3 und Artikel 15 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 wird ein Widerspruch gegen die Eintragung einer Gemeinschaftsmarke zurückgewiesen, wenn der widersprechende Inhaber der betreffenden älteren Marke nicht den Nachweis erbringt, dass er sie innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veröffentlichung der Anmeldung der Gemeinschaftsmarke ernsthaft benutzt hat. Gelingt ihm dagegen dieser Nachweis, prüft das HABM die vom Widersprechenden geltend gemachten Eintragungshindernisse.

20 Nach Artikel 15 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 43 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 gilt die Benutzung einer älteren nationalen Marke durch einen Dritten mit Zustimmung des Inhabers als Benutzung durch den Inhaber.

21 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht bereits entschieden hat, dass der Umfang, in dem die Beschwerdekammer des HABM die mit der Beschwerde angefochtene Entscheidung — im vorliegenden Fall die Entschei-

dung der Widerspruchsabteilung — zu prüfen hat, nicht davon abhängt, ob der Beschwerdeführer einen bestimmten Beschwerdegrund gegenüber dieser Entscheidung geltend gemacht hat, mit dem er die Auslegung oder Anwendung einer Rechtsnorm durch die Stelle des HABM, die in erster Instanz entschieden hat, oder die von ihr vorgenommene Würdigung eines Beweismittels gerügt hat (in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 23. September 2003 in der Rechtssache T-308/01, Henkel/HABM — LHS [UK] [KLEENCARE], Slg. 2003, II-3253, Randnr. 32). Daher hat die Beschwerdekammer des HABM, auch wenn der Beschwerdeführer einen bestimmten Beschwerdegrund nicht vorgebracht hat, gleichwohl im Licht aller verfügbaren relevanten rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte zu prüfen, ob in dem Zeitpunkt, in dem über die Beschwerde entschieden wird, eine neue Entscheidung mit dem gleichen Tenor wie die mit der Beschwerde angefochtene Entscheidung rechtmäßig erlassen werden kann oder nicht (Urteil KLEENCARE, Randnr. 29). Zu dieser Prüfung gehört auch die Frage, ob der andere am Verfahren vor der Beschwerdekammer Beteiligte in Anbetracht der von ihm vorgebrachten Tatsachen und Beweise eine ernsthafte Benutzung durch den Inhaber der älteren Marke oder einen ermächtigten Dritten im Sinne von Artikel 43 Absätze 2 und 3 und Artikel 15 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 nachgewiesen hat. Daraus folgt, dass der erste Teil dieses Klagegrundes zulässig ist.

22 Inwieweit das Vorbringen, die Klägerin habe weder vor der Widerspruchsabteilung noch vor der Beschwerdekammer das Vorliegen einer Zustimmung des

- Inhabers der älteren Marke bestritten, relevant ist, ist dagegen eine Frage der Begründetheit.
- 23 Wie aus den Rechnungen hervorgeht, die der andere am Verfahren vor der Beschwerdekammer Beteiligte vorgelegt hat, erfolgte der Verkauf von Waren unter der älteren Marke durch die Gesellschaft Industrias Espadafor, SA und nicht durch den Inhaber der Marke, auch wenn dessen Name im Namen dieser Gesellschaft enthalten ist.
- 24 Macht ein Widersprechender Benutzungshandlungen, die ein Dritter in Bezug auf die ältere Marke vorgenommen hat, als ernsthafte Benutzung im Sinne von Artikel 43 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 geltend, behauptet er damit implizit, dass diese Benutzung mit seiner Zustimmung erfolgt ist.
- 25 Was die Richtigkeit dieser impliziten Behauptung angeht, so ist anzunehmen, dass die Gesellschaft Industrias Espadafor, SA, wenn die Benutzung der älteren Marke, wie sie sich aus den beim HABM vorgelegten Rechnungen ergibt, ohne Zustimmung des Inhabers und damit unter Verletzung von dessen Markenrecht erfolgt wäre, normalerweise ein Interesse daran gehabt hätte, die Beweise für eine solche Benutzung gegenüber dem Markeninhaber nicht aufzudecken. Es erscheint daher wenig wahrscheinlich, dass der Inhaber einer Marke den Beweis für eine gegen seinen Willen erfolgte Benutzung der Marke vorlegen kann.
- 26 Das HABM konnte sich umso mehr auf diese Annahme stützen, als die Klägerin nicht bestritten hat, dass die Benutzung der älteren Marke durch die Gesellschaft Industrias Espadafor, SA mit Zustimmung des Widersprechenden erfolgt war. Es reicht nicht aus, dass die Klägerin im Verfahren vor dem HABM allgemein geltend gemacht hat, dass die vom Widersprechenden vorgelegten Beweise nicht ausreichen, um eine ernsthafte Benutzung durch ihn darzutun.
- 27 Aus den Akten ergibt sich, dass die Klägerin sehr detailliert das angeblich zu geringe Handelsvolumen der nachgewiesenen Benutzung und die Qualität der vorgelegten Beweismittel gerügt hat. Dagegen bietet der Wortlaut der von ihr im Verfahren vor dem HABM eingereichten Schriftsätze keinen Anhaltspunkt dafür, dass sie die Aufmerksamkeit des HABM auf die Tatsache gelenkt hätte, dass es sich um die Benutzung durch einen Dritten handelte, oder dass sie Zweifel an der Zustimmung des Markeninhabers zu dieser Benutzung geäußert hätte.
- 28 All dies stellte für die Beschwerdekammer eine hinreichend tragfähige Grundlage für die Schlussfolgerung dar, dass die Benutzung der älteren Marke mit Zustimmung ihres Inhabers erfolgt war.

29 Daraus folgt, dass der erste Teil des Klagegrundes, mit dem ein Verstoß gegen Artikel 43 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 geltend gemacht wird, als unbegründet zurückzuweisen ist.“

18. Zum zweiten Teil des ersten Klagegrundes, die Rüge, dass das HABM den Begriff der ernsthaften Benutzung verkannt habe, entschied das Gericht erster Instanz wie folgt:

„36 Wie sich aus der neunten Begründungserwägung der Verordnung Nr. 40/94 ergibt, ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass der Schutz einer älteren Marke nur insoweit berechtigt ist, als sie tatsächlich benutzt worden ist. Im Einklang mit dieser Begründungserwägung sieht Artikel 43 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 vor, dass der Anmelder einer Gemeinschaftsmarke den Nachweis verlangen kann, dass die ältere Marke innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veröffentlichung der Anmeldung der Marke, gegen die Widerspruch erhoben wird, 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).

37 Nach 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) hat sich der Nachweis der Benutzung auf Ort, Zeit, Umfang und Art der Benutzung der Widerspruchsmarke zu beziehen. Nicht verlangt wird dagegen, dass der Widersprechende eine schriftliche Erklärung zu dem Umsatz vorlegt, den er durch die Verwertung der älteren Marke erzielt hat. Nach den Artikeln 43 Absatz 2 und 76 der Verordnung Nr. 40/94 sowie der Regel 22 Absatz 3 der Verordnung Nr. 2868/95 kann der Widersprechende die Beweismittel wählen, die er für angemessen hält, um darzutun, dass er die ältere Marke im maßgebenden Zeitraum ernsthaft benutzt hat. Die Rüge der Klägerin, dass keine eidesstattliche Versicherung über den mit dem Verkauf von Waren unter der älteren Marke erzielten Gesamtumsatz vorgelegt worden sei, ist daher zurückzuweisen.

38 Bei der Auslegung des Begriffes der ernsthaften Benutzung ist zu berücksichtigen, dass der Normzweck des Erfordernisses, dass die ältere Marke ernsthaft benutzt worden sein muss, um einer Gemeinschaftsmarkenanmeldung entgegengehalten werden zu können, darin besteht, Markenkonflikte zu begrenzen, soweit kein berechtigter wirtschaftlicher Grund vorliegt, der einer tatsächlichen Funktion der Marke auf dem Markt entspringt (Urteil des Gerichts vom 12. März 2003 in der Rechtssache T-174/01, *Goulbourn/HABM — Redcats* [Silk Cocoon], Slg. 2003, II-789, Randnr. 38). Dagegen zielt diese Bestimmung weder auf eine Bewertung des kommerziellen Erfolges noch auf eine Überprüfung der Ge-

schäftsstrategie eines Unternehmens oder darauf ab, den Markenschutz nur umfangreichen Verwertungen von Marken vorzubehalten.

sächliche geschäftliche Verwertung der Marke belegen können; dazu gehören insbesondere Verwendungen, die im betreffenden Wirtschaftszweig als gerechtfertigt angesehen werden, um Marktanteile für die durch die Marke geschützten Waren oder Dienstleistungen zu halten oder hinzuzugewinnen, die Art dieser Waren oder Dienstleistungen, die Merkmale des Marktes sowie der Umfang und die Häufigkeit der Benutzung der Marke (Urteil Ansul, Randnr. 43).

- 39 Wie sich aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 11. März 2003 in der Rechtsache C-40/01 (Ansul, Slg. 2003, I-2439) zur Auslegung von Artikel 12 Absatz 1 der 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) — dessen normativer Inhalt im Wesentlichen dem des Artikels 43 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 entspricht — ergibt, 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 (Urteil Ansul, Randnr. 43). Mit der Bedingung einer ernsthaften Benutzung der Marke wird deswegen verlangt, dass die Marke so, wie sie in dem fraglichen Gebiet geschützt ist, öffentlich und nach außen benutzt wird (Urteile Ansul, Randnr. 37, und Silk Cocoon, Randnr. 39).

- 41 Bezüglich des Umfangs der Benutzung der älteren Marke sind insbesondere das Handelsvolumen aller Benutzungshandlungen sowie die Länge des Zeitraums, in dem Benutzungshandlungen erfolgt sind, und die Häufigkeit dieser Handlungen zu berücksichtigen.
- 42 Bei der Prüfung der Ernsthaftigkeit der Benutzung einer älteren Marke im konkreten Fall ist eine umfassende Beurteilung unter Berücksichtigung aller relevanten Faktoren vorzunehmen. Diese Beurteilung impliziert eine gewisse Wechselbeziehung zwischen den zu berücksichtigenden Faktoren. So kann ein geringes Volumen von unter der Marke vertriebenen Waren durch eine große Häufigkeit oder zeitliche Konstanz der Benutzungshandlungen dieser Marke ausgeglichen werden und umgekehrt. Außerdem können der erzielte Umsatz und die Zahl der unter der älteren Marke verkauften Waren nicht absolut beurteilt werden, sondern

- 40 Die Ernsthaftigkeit der Benutzung der Marke ist anhand sämtlicher Tatsachen und Umstände zu prüfen, die die tat-

müssen im Zusammenhang mit anderen relevanten Faktoren wie dem Umfang der Geschäftstätigkeit, den Produktions- oder Vertriebskapazitäten oder dem Grad der Diversifizierung des Unternehmens, das die Marke verwendet, sowie den charakteristischen Merkmalen der Waren oder Dienstleistungen auf dem betreffenden Markt gesehen werden. Der Gerichtshof hat daher entschieden, dass die Benutzung der älteren Marke nicht immer umfangreich zu sein braucht, um als ernsthaft eingestuft zu werden (Urteil Ansul, Randnr. 39).

43 Im Licht dessen ist zu prüfen, ob das HABM zutreffend der Auffassung war, dass mit den Beweismitteln, die der andere am Verfahren vor dem HABM Beteiligte vorgelegt hatte, der Nachweis einer ernsthaften Benutzung der älteren Marke erbracht sei.

44 Da die Gemeinschaftsmarkenanmeldung der Klägerin am 5. Januar 1998 veröffentlicht wurde, erstreckt sich der in Artikel 43 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 genannte Zeitraum von fünf Jahren vom 5. Januar 1993 bis 4. Januar 1998 (im Folgenden: maßgebender Zeitraum).

45 Wie sich aus Artikel 15 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 ergibt, werden von den in dieser Verordnung vorgege-

henen Sanktionen nur Marken erfasst, deren ernsthafte Benutzung während eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren ausgesetzt wurde. Einer Marke drohen diese Sanktionen daher schon dann nicht mehr, wenn sie während eines Teils des maßgebenden Zeitraums ernsthaft benutzt wurde.

46 Die Rechnungen, die der andere am Verfahren vor dem HABM Beteiligte vorgelegt hat, zeigen, dass die Marke von Ende Mai 1996 bis Mitte Mai 1997, also während elfeinhalb Monaten, Gegenstand von Benutzungshandlungen war.

47 Außerdem ergibt sich aus diesen Rechnungen, dass die durchgeführten Lieferungen für einen Kunden in Spanien bestimmt waren und in spanischen Peseten in Rechnung gestellt wurden. Daraus folgt, dass die Waren für den spanischen Markt bestimmt waren, der der relevante Markt war.

48 Was das Volumen der vermarkteten Waren angeht, so beläuft sich deren Wert auf maximal 4 800 Euro, was bei einem Stückpreis ohne Mehrwertsteuer von 227 spanischen Peseten (1,36 Euro) einem Absatz von 293 in den Rechnungen als ‚cajas‘ (Kisten) bezeichneten Einheiten mit je zwölf Stück, also insgesamt 3 516 Stück entspricht. Auch wenn dieses Volumen relativ gering ist, erlauben die vorgelegten Rechnungen die Schlussfolgerung, dass die Waren,

- für die sie ausgestellt wurden, über mehr als elf Monate hinweg relativ konstant vermarktet wurden; dieser Zeitraum ist weder besonders kurz, noch liegt er besonders nahe an der Veröffentlichung der Gemeinschaftsmarkenanmeldung der Klägerin.
- 49 Die getätigten Verkäufe stellen Benutzungshandlungen dar, die objektiv geeignet sind, für die fraglichen Waren einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern; das Handelsvolumen dieser Waren ist gemessen an der Dauer und der Häufigkeit der Benutzung nicht so gering, dass daraus zu folgern wäre, dass es sich um eine rein symbolische, geringfügige oder fiktive Benutzung handelte, die allein der Erhaltung des Rechts an der Marke diene.
- 50 Nichts anderes gilt hinsichtlich der Tatsache, dass die Rechnungen an einen einzigen Kunden adressiert waren. Es genügt, dass die Marke öffentlich und nach außen — nicht nur innerhalb des Unternehmens, das Inhaber der älteren Marke ist, oder innerhalb seines eigenen oder eines von ihm kontrollierten Vertriebsnetzes — benutzt wird. Die Klägerin hat nicht geltend gemacht, dass der Adressat der Rechnungen zu dem anderen am Verfahren vor dem HABM Beteiligten gehört, und kein Umstand des vorliegenden Falles weist in diese Richtung. Daher ist es nicht erforderlich, das in der mündlichen Verhandlung vorgetragene Argument des HABM heranzuziehen, dass der Kunde ein Großlieferant spanischer Supermärkte sei.
- 51 Was die Art der Benutzung der älteren Marke anbelangt, so werden die in den Rechnungen genannten Waren als ‚concentrado‘ (konzentriert) bezeichnet, worauf erstens eine Angabe des Aromas (‚kiwi‘, ‚menta‘ [Minze], ‚granadina‘ [Grenadine], ‚maracuya‘, ‚lima‘ [Limette] oder ‚azul trop.‘) und zweitens das in Klammern gesetzte Wort ‚vitafrut‘ folgen. Aus dieser Bezeichnung kann darauf geschlossen werden, dass es sich bei den fraglichen Waren um konzentrierte Fruchtsäfte oder um Konzentrate verschiedener Fruchtsäfte handelt.
- 52 Außerdem ergibt sich aus den Etiketten, die der andere am Verfahren Beteiligte vorgelegt hat, dass es sich um für den Endverbraucher bestimmte konzentrierte Säfte verschiedener Früchte handelt, und nicht um Saftkonzentrate für die Fruchtsaftindustrie. So enthalten die Etiketten die Angabe ‚bebida concentrada para diluir 1 + 3‘ (konzentriertes Getränk zur Verdünnung im Verhältnis 1: 3), die offensichtlich für den Endverbraucher bestimmt ist.
- 53 Wie die Klägerin vorgetragen hat, enthalten die Etiketten kein Datum. Damit ist die Frage, ob sie normalerweise — wie von der Klägerin behauptet und vom HABM bestritten — Datumsangaben enthalten, irrelevant. Die Etiketten können aber, auch wenn sie allein nicht beweiskräftig sind, die anderen im Verfahren vor dem HABM vorgelegten Beweismittel untermauern.

54. Daraus folgt, dass der andere am Verfahren vor der Beschwerdekammer Beteiligte den Nachweis erbracht hat, dass in der Zeit von Mai 1996 bis Mai 1997 mit seiner Zustimmung an einen spanischen Kunden ungefähr 300 Einheiten mit je zwölf Stück konzentrierte Säfte verschiedener Früchte verkauft wurden, was einem Umsatz von annähernd 4 800 Euro entspricht. Auch wenn der Umfang der Benutzung der älteren Marke begrenzt ist und es vorzuziehen wäre, wenn mehr Beweismittel zur Art der Benutzung im maßgebenden Zeitraum zur Verfügung stünden, reichen die Tatsachen und Beweise, die der andere am Verfahren Beteiligte beigebracht hat, aus, um eine ernsthafte Benutzung festzustellen. Daher war das HABM in der angefochtenen Entscheidung zutreffend der Auffassung, dass die ältere Marke für einen Teil der Waren, für die sie eingetragen war, nämlich für Fruchtsäfte, ernsthaft benutzt worden sei.
55. Zum angeblichen Widerspruch zwischen der angefochtenen Entscheidung und der Entscheidung der Vierten Beschwerdekammer des HABM in der Sache R 578/2000-4 (HIPOVITON/HIPPOVIT) ist darauf hinzuweisen, dass die letztgenannte Entscheidung durch das Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2004 in der Rechtssache T-334/01 (MFE Marienfelde/HABM — Vetoquinol [HIPOVITON], Slg. 2004, II-2787) aufgehoben wurde.
56. Nach alledem ist der zweite Teil dieses Klagegrundes nicht begründet. ...“
19. Was den zweiten Klagegrund betrifft, mit dem ein Verstoß gegen Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 gerügt wurde, so entschied das Gericht erster Instanz wie folgt:
- „63 Nach Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 ist eine Marke auf Widerspruch des Inhabers der älteren Marke von der Eintragung ausgeschlossen, wenn zwischen den Waren oder Dienstleistungen, für die ihre Eintragung beantragt worden ist, und den Waren oder Dienstleistungen, für die eine ältere Marke eingetragen ist, Identität oder Ähnlichkeit besteht und der Grad der Ähnlichkeit zwischen den betreffenden Marken so groß ist, dass davon ausgegangen werden kann, dass für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen in dem Gebiet besteht, in dem die ältere Marke Schutz genießt. Außerdem sind unter dem Begriff der älteren Marken nach Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a Ziffer ii der Verordnung Nr. 40/94 in einem Mitgliedstaat eingetragene Marken mit einem früheren Anmeldetag als dem Tag der Anmeldung der Gemeinschaftsmarke zu verstehen.
- 64 Die Klägerin beanstandet die Feststellungen der Beschwerdekammer nur

hinsichtlich der Frage, ob zwischen den von der Markenmeldung erfassten Waren mit der Bezeichnung ‚Kräuter- und Vitamingetränke‘ und den Waren, für die die ältere Marke ernsthaft benutzt worden ist, also den ‚Fruchtsäften‘, Identität oder Ähnlichkeit besteht (Randnrn. 19 und 20 der angefochtenen Entscheidung).

65 Wie sich aus der Rechtsprechung ergibt, sind bei der Beurteilung der Ähnlichkeit der betroffenen Waren oder Dienstleistungen alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen, die das Verhältnis zwischen den Waren oder Dienstleistungen kennzeichnen, insbesondere deren Art, Verwendungszweck und Nutzung sowie ihre Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Waren oder Dienstleistungen (Urteil des Gerichtshofes vom 29. September 1998 in der Rechtssache C-39/97, Canon, Slg. 1998, I-5507, Randnr. 23).

66 Wie oben in Randnummer 52 festgestellt wurde, ist die ältere Marke für konzentrierte Fruchtsäfte, die für den Endverbraucher bestimmt waren, und nicht für Fruchtsaftkonzentrate, die für die Fruchtsaftindustrie bestimmt sind, benutzt worden. Daher ist das Vorbringen der Klägerin zurückzuweisen, wonach die in Rede stehenden Waren für unterschiedliche Käufer — im Fall der Saftkonzentrate für die Industrie und im Fall der Kräuter- und Vitamingetränke für den Endverbraucher — bestimmt seien.

67 Die Beschwerdekammer hat auch zutreffend ausgeführt, dass die in Rede stehenden Waren denselben Verwendungszweck haben, nämlich den Durst zu stillen, und in hohem Maße miteinander konkurrieren. Was Art und Nutzung dieser Waren anbelangt, so handelt es sich in beiden Fällen um normalerweise kalt konsumierte, alkoholfreie Getränke, deren Zusammensetzung allerdings zumeist unterschiedlich ist. Die unterschiedliche Zusammensetzung dieser Waren ändert jedoch nichts an der Feststellung, dass sie austauschbar sind, weil sie dazu bestimmt sind, dasselbe Bedürfnis zu befriedigen.

68 Daraus folgt, dass die Beschwerdekammer frei von Beurteilungsfehlern angenommen hat, dass die in Rede stehenden Waren einander ähnlich sind. Der Klagegrund ist daher nicht begründet; ...“

20. Das Gericht erster Instanz wies dementsprechend die Klage der Rechtsmittelführerin ab.

Das Rechtsmittel

21. Die Rechtsmittelführerin hat beim Gerichtshof Rechtsmittel eingelegt. Sie macht

drei Rechtsmittelgründe geltend, die genau den drei Streitfragen entsprechen, die sie vor dem Gericht erster Instanz aufgeworfen hatte.

die sich auf eine ältere Marke stützen. Diese Vorschrift bestimmt, dass die Benutzung der Marke „mit Zustimmung des Inhabers ... als Benutzung durch den Inhaber [gilt]“.

Der erste Rechtsmittelgrund

22. Die Rechtsmittelführerin trägt vor, dass das Gericht erster Instanz Artikel 43 Absätze 2 und 3 in Verbindung mit Artikel 15 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 verkannt habe, als es die Benutzung der Marke VITAFRUT durch einen Dritten berücksichtigt habe. Sie ist insbesondere der Auffassung, dass das Gericht erster Instanz die in Artikel 15 Absätze 1 und 3 geregelte Beweislastverteilung verkannt, unschlüssige (implizite) Behauptungen und Beweisangebote des Widersprechenden berücksichtigt und sich auf Vermutungen statt auf gesicherte Beweise gestützt habe.

23. Artikel 15 Absatz 1 ist in der vorliegenden Rechtssache nicht einschlägig, da er nur für Sanktionen wegen Nichtbenutzung einer Gemeinschaftsmarke gilt. Ich gehe davon aus, dass die Rechtsmittelführerin sich auf Artikel 43 Absatz 2 beziehen wollte, der aufgrund von Artikel 43 Absatz 3 anwendbar ist. Es ist allerdings richtig, dass Artikel 15 Absatz 3 im Wege der Analogie auf Widerspruchsverfahren anwendbar ist,

24. Die Rechtsmittelführerin rügt im Wesentlichen, dass das Gericht erster Instanz nicht ordnungsgemäß geprüft habe, ob die Benutzung der Marke durch einen Dritten eine Benutzung durch den Widersprechenden im Sinne von Artikel 15 Absatz 3 darstelle.

25. Ich bin der Auffassung, dass das Gericht diese Frage korrekt geprüft hat.

26. Das Gericht erster Instanz hat festgestellt, dass ein Widersprechender, wenn er Benutzungshandlungen durch einen Dritten als ernsthafte Benutzung geltend mache, „... damit implizit [behauptet], dass diese Benutzung mit seiner Zustimmung erfolgt ist“⁶.

27. Anschließend hat es zwei spezielle Argumente dargelegt. Wenn erstens die Benutzung durch den Dritten ohne Zustimmung des Inhabers erfolgt wäre, so hätte sie dessen Markenrecht verletzt, und der Dritte hätte offensichtlich ein Interesse daran gehabt, die Beweise hierfür gegenüber dem Inhaber nicht aufzudecken. Es erscheine daher wenig

6 — Randnr. 24.

wahrscheinlich, dass der Inhaber den Beweis für eine solche Benutzung vorlegen könne⁷.

28. Diese Herangehensweise erscheint besonders vernünftig. Es wäre sinnlos und widerspräche den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Verwaltung und der Prozessökonomie, wenn das HABM unter solchen Umständen vom Markeninhaber von Amts wegen verlangen würde, den Beweis der Zustimmung beizubringen.

29. Die Angelegenheit wäre natürlich anders zu beurteilen, wenn die Rechtsmittelführerin vor dem HABM das Fehlen der Zustimmung geltend gemacht hätte. Dies ist allerdings das zweite Argument des Gerichts erster Instanz: Die ihm vorliegenden Akten enthielten keinen Hinweis darauf, dass die Rechtsmittelführerin dies in der vorliegenden Rechtssache getan hätte⁸.

30. Das Gericht erster Instanz gelangte dementsprechend zu dem Schluss, dass die vorstehenden Umstände „für die Beschwerdekammer eine hinreichend tragfähige Grundlage für die Schlussfolgerung dar [stellten], dass die Benutzung der älteren Marke mit Zustimmung ihres Inhabers erfolgt war“⁹. Ich stimme mit dieser Schlussfolgerung überein und bin der Auffassung, dass sich das Gericht erster Instanz nicht hinsichtlich der Beweislast geirrt hat.

31. Die Rechtsmittelführerin führt im Rahmen ihres ersten Rechtsmittelgrundes ein weiteres Argument an, von dem ich einstehe, dass ich es schwer nachvollziehbar finde.

32. Die Rechtsmittelführerin trägt vor, dass das Gericht erster Instanz nach dem Urteil KLEENCARE¹⁰ selbst hätte entscheiden müssen, ob im Zeitpunkt seiner Beschlussfassung eine neue Entscheidung mit demselben Tenor wie die Entscheidung der Beschwerdekammer des HABM hätte rechtmäßig erlassen werden können. Das Gericht habe daher einen Rechtsfehler begangen, als es festgestellt habe, dass sich das HABM zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung der Beschwerdekammer auf die Vermutung habe stützen dürfen, der Inhaber der Marke VITAFRUT habe der Benutzung dieser Marke durch einen Dritten zugestimmt.

33. Die Randnummern 25, 26 und 29 des Urteils KLEENCARE lauten wie folgt:

„Insoweit ist der Rechtsprechung zu entnehmen, dass zwischen dem Prüfer und der Beschwerdekammer eine funktionale Kontinuität besteht (Urteile des Gerichts vom

7 — Randnr. 25.

8 — Randnrn. 26 und 27.

9 — Randnr. 28.

10 — Angeführt in der oben in Nr. 17 wiedergegebenen Randnummer 21 des Urteils des Gerichts erster Instanz. Die Rechtsmittelführerin verweist auf Randnr. 29 des Urteils KLEENCARE.

8. Juli 1999 in der Rechtssache T-163/98, Procter & Gamble/HABM [BABY-DRY], Slg. 1999, II-2383, Randnrn. 38 bis 44, und vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache T-63/01, Procter & Gamble/HABM [Form einer Seife], Slg. 2002, II-5255, Randnr. 21). Diese Rechtsprechung lässt sich auch auf das Verhältnis zwischen den anderen als erste Instanz entscheidenden Stellen des Amtes, wie den Widerspruchs- oder Nichtigkeitsabteilungen, und den Beschwerdekammern übertragen.

Zur Zuständigkeit der Beschwerdekammer des Amtes gehört demgemäß eine Überprüfung der Entscheidungen, die die als erste Instanz entscheidenden Stellen des Amtes erlassen. Im Rahmen dieser Überprüfung hängt der Erfolg der Beschwerde davon ab, ob in dem Zeitpunkt, in dem über die Beschwerde entschieden wird, eine neue Entscheidung mit dem gleichen Tenor wie die mit der Beschwerde angefochtene Entscheidung rechtmäßig erlassen werden kann oder nicht. So können die Beschwerdekammern der Beschwerde auf der Grundlage neuer Tatsachen oder Beweismittel stattgeben, die der Beschwerdeführer vorbringt; eine Einschränkung ergibt sich insoweit nur aus Artikel 74 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94.

...

Denn nach den obigen Ausführungen in den Randnummern 25 und 26 ist entgegen der Auffassung des Amtes anzunehmen, dass der Umfang der Prüfung, der die Beschwerdekammer die mit der Beschwerde angefochtene Entscheidung zu unterziehen hat, grundsätzlich nicht durch die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Beschwerdegründe bestimmt wird. Daher hat die Beschwerdekammer, auch wenn der Beschwerdeführer einen bestimmten Beschwerdegrund nicht vorgetragen hat, gleichwohl im Licht aller relevanten rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte zu prüfen, ob in dem Zeitpunkt, in dem über die Beschwerde entschieden wird, eine neue Entscheidung mit dem gleichen Tenor wie die mit der Beschwerde angefochtene Entscheidung rechtmäßig erlassen werden kann oder nicht.“

34. In diesen Randnummern geht es im Wesentlichen um die Befugnis („Zuständigkeit“) der Beschwerdekammern, auf der Grundlage neuer Tatsachen oder Beweismittel zu entscheiden, die dem Prüfer oder als erste Instanz entscheidenden Stellen des HABM nicht vorlagen. In diesem Zusammenhang wurden sie vom Gericht erster Instanz bei der Feststellung, dass der erste Teil des Klagegrundes der Rechtsmittelführerin zulässig sei, ausdrücklich berücksichtigt und angewendet. Ich kann jedoch nicht erkennen, inwiefern diese Befugnis der Beschwerdekammern für die Befugnis des Gerichts erster Instanz im Rahmen einer Klage gegen eine Entscheidung einer Beschwerdekammer von Bedeutung sein soll,

da hier eindeutig keine funktionale Kontinuität besteht.

Beweismittel, vorbehaltlich ihrer Verfälschung, keine Rechtsfrage, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofes im Rahmen eines Rechtsmittels unterläge¹¹.

35. Ich würde dementsprechend den ersten Rechtsmittelgrund als nicht stichhaltig zurückweisen.

38. Meines Erachtens muss auch berücksichtigt werden, dass im Fall eines beim Gerichtshof eingelegten Rechtsmittels in Markensachen die Sach- und Rechtsfragen im Allgemeinen bereits in drei vorhergehenden Instanzen geprüft worden sind: erstens von der zuständigen Abteilung des HABM, zweitens von der Beschwerdekammer und drittens vom Gericht erster Instanz.

Der zweite Rechtsmittelgrund

36. Die Rechtsmittelführerin trägt vor, dass das Gericht erster Instanz den Begriff der ernsthaften Benutzung im Sinne von Artikel 43 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 verkannt habe. Sie bezieht sich insbesondere auf die „Feststellungen“ des Gerichts in den Randnummern 48 und 49 des Urteils.

39. Jedenfalls sind alle Beweismittel, auf die die Rechtsmittelführerin in der vorliegenden Rechtsmittelschrift¹² hinweist, vom Gericht erster Instanz in den Randnummern 46 bis 50 seines Urteils ausdrücklich erwähnt und gewürdigt worden.

37. Auf den ersten Blick und nach dem Vorbringen des HABM enthalten diese Randnummern Tatsachenfeststellungen, die auf der durch das Gericht erster Instanz vorgenommenen Würdigung der ihm vorliegenden Beweise beruhen. Es ist gefestigte Rechtsprechung, dass allein das Gericht erster Instanz für die Feststellung und Beurteilung der relevanten Tatsachen sowie für die Beweiswürdigung zuständig ist. Somit ist die Würdigung der Tatsachen und

40. Lediglich eines der Argumente der Rechtsmittelführerin scheint mir möglicherweise eine echte Rechtsfrage zu enthalten, nämlich ihre Rüge¹³, dass die undatierten Etiketten nicht — wie in Randnummer 53

¹¹ — Vgl. zuletzt Urteil des Gerichtshofes vom 15. September 2005 in der Rechtssache C-37/03 P (BioID AG, Slg. 2005, I-7975, Randnr. 43).

¹² — Abschnitte B(V)(2)(b)(kk) bis (qq) auf den S. 15 und 16.

¹³ — In Abschnitt B(V)(2)(b)(ss) auf S. 17 der Rechtsmittelschrift.

des Urteils ausgeführt — die anderen Beweismittel untermauern könnten. Aus Randnummer 52 ergibt sich jedoch, dass das Gericht erster Instanz lediglich meinte, dass die Etiketten den mit den Rechnungen geführten Beweis erhärteten, dass es sich bei den streitigen Waren um für den Endverbraucher bestimmte Saftkonzentrate verschiedener Früchte und nicht um Saftkonzentrate für die Fruchtsaftindustrie handele. Da die Rechtsmittelführerin dieser Tatsachenfeststellung nicht widerspricht — die sie im Rahmen eines Rechtsmittels grundsätzlich wohl auch nicht anfechten könnte — und in ihrer Rechtsmittelschrift zudem vorträgt, dass „die fraglichen Waren ... zur täglichen Verwendung durch Endverbraucher bestimmt [sind]“¹⁴, halte ich das Vorbringen der Rechtsmittelführerin zu den undatierten Etiketten für unzulässig oder, hilfsweise, für unbegründet.

wissenschaft angewendet hat¹⁷, als es zu dem Ergebnis gelangte, dass die Beschwerdekammer den Begriff der ernsthaften Benutzung zutreffend ausgelegt habe. Diese Grundsätze wurden vom Gerichtshof in seinem Beschluss in der Rechtssache La Mer Technology¹⁸, auf den beide Parteien in der mündlichen Verhandlung hingewiesen haben, näher erläutert, aber nicht verändert; denn der Beschluss in der Rechtssache La Mer Technology wurde gerade deshalb nach Artikel 104 § 3 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes erlassen, weil der Gerichtshof der Ansicht war, dass sich die Antworten auf die Vorlagefragen klar aus dem Urteil in der Rechtssache Ansul herleiten ließen¹⁹.

42. Ich bin dementsprechend der Auffassung, dass der zweite Rechtsmittelgrund unzulässig oder, hilfsweise, unbegründet ist.

Der dritte Rechtsmittelgrund

41. Schließlich meine ich, dass das Gericht erster Instanz — selbst wenn man davon ausginge, dass das verbleibende Vorbringen zum zweiten Rechtsmittelgrund der Rechtsmittelführerin Rechtsfragen aufwerfe und daher zulässig sei — den Zweck des Erfordernisses der ernsthaften Benutzung und die vom Gerichtshof in der Rechtssache Ansul¹⁵ für diesen Begriff aufgestellten Grundsätze sorgfältig analysiert¹⁶ und ge-

43. Die Rechtsmittelführerin trägt drittens vor, dass das Gericht mit seiner Schluss-

17 — Randnrn. 44 bis 54 des angefochtenen Urteils.

18 — Beschluss des Gerichtshofes vom 27. Januar 2004 in der Rechtssache C-259/02 (Slg. 2004, I-1159).

19 — Randnr. 14 des Beschlusses. Der Gerichtshof hatte diese Ansicht hinsichtlich der ersten sechs Vorlagefragen, die alle den Umfang und die Art der Benutzung betrafen, während er hinsichtlich der siebten Frage, die die Erheblichkeit der Benutzung nach Antragstellung betraf und die sich in der vorliegenden Rechtssache nicht unmittelbar stellt, davon ausging, dass über die Antwort kein vernünftiger Zweifel bestehen könne. Das Urteil des Court of Appeal, England and Wales, vom 29. Juli 2005, das auf ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des vorlegenden Gerichts hin erging, enthält einige interessante und hilfreiche Erörterungen der Probleme ([2005] EWCA Civ 978).

14 — Abschnitt B(V)(2)(b)(oo) auf S. 16.

15 — Urteil des Gerichtshofes vom 11. März 2003 in der Rechtssache C-40/01 (Slg. 2003, I-2439).

16 — Randnrn. 36 und 38 bis 42 des angefochtenen Urteils.

folgerung, die Beschwerdekammer habe frei von Beurteilungsfehlern angenommen, dass die in Rede stehenden Waren einander ähnlich seien²⁰, Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 unrichtig angewendet habe.

44. Die Rechtsmittelführerin vertritt insbesondere die Ansicht, dass das Gericht erster Instanz, nachdem es „zutreffend darauf hingewiesen hat, dass bei der Beurteilung der Ähnlichkeit der betroffenen Waren oder Dienstleistungen alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen seien, die das Verhältnis zwischen den Waren oder Dienstleistungen kennzeichnen, insbesondere deren Art, Verwendungszweck und Nutzung sowie ihre Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Waren oder Dienstleistungen, ... lediglich einige dieser erheblichen Faktoren bei den fraglichen Waren berücksichtigt [hat], nämlich deren Verwendungszweck und Nutzung sowie ihre Eigenart als miteinander konkurrierende Waren“.

45. Der einzige der in der ersten Aufzählung genannten Faktoren, der in der zweiten Aufzählung fehlt, ist die Art der Waren, die das Gericht erster Instanz jedoch tatsächlich berücksichtigt hat²¹.

46. Die Rechtsmittelführerin hält die vom Gericht erster Instanz in den Randnummern 66 und 67 vorgenommene Beurteilung für

„nicht überzeugend“ und trifft mehrere Aussagen, von denen sie meint, dass sie ihre Ansicht stützten, dass die betreffenden Waren nicht ähnlich seien. Die meisten dieser Aussagen wiederholen wörtlich oder nahezu wörtlich das entsprechende Vorbringen der Rechtsmittelführerin vor dem Gericht erster Instanz²², auch wenn einige andere zum ersten Mal vor dem Gerichtshof vorgetragen werden. Bei dem gesamten Vorbringen handelt es sich um Sachvortrag.

47. Meines Erachtens hat die Rechtsmittelführerin keinen vom Gericht erster Instanz begangenen Rechtsfehler benannt. Ich stimme mit dem HABM überein, dass der dritte Rechtsmittelgrund auf die Tatsachen beschränkt ist und daher als unzulässig zurückgewiesen werden sollte.

48. Jedenfalls scheint mir das Urteil eine zutreffende Zusammenfassung der vom Gerichtshof in der Rechtssache Canon²³ aufgestellten Grundsätze für die Beurteilung der Ähnlichkeit und eine zutreffende Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall zu enthalten²⁴.

49. Ich halte den dritten Rechtsmittelgrund folglich für unzulässig oder, hilfsweise, für unbegründet.

20 — Randnr. 68.

21 — Vgl. die oben in Nr. 19 wiedergegebene Randnummer 67 des Urteils.

22 — So haben die Abschnitte B(V)(3)(b)(aa), (bb), (cc) und (ee) (aaa) und (bbb) der Rechtsmittelschrift den gleichen oder einen ähnlichen Wortlaut wie die — in den Randnrn. 59 bis 61 des Urteils zusammengefasst wiedergegebenen — Abschnitte B(III)(2)(c)(bb), (cc), (dd) und (ee) der beim Gericht erster Instanz eingereichten Klageschrift.

23 — Urteil des Gerichtshofes vom 22. September 1998 in der Rechtssache C-39/97 (Slg. 1998, I-5507).

24 — Siehe Randnrn. 65 bis 67.

Ergebnis

50. Aus den oben genannten Gründen bin ich der Auffassung, der Gerichtshof sollte

1. das Rechtsmittel zurückweisen;
2. der Rechtsmittelführerin die Kosten auferlegen.