Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Siebte Kammer)

25. September 2014*

„Gemeinschaftsmarke — Nichtigkeitsverfahren — Dreidimensionale Gemeinschaftsmarke — Form zweier verpackter Kelchgläser — Absolutes Eintragungshindernis — Fehlende Unterscheidungskraft — Keine durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft — Art. 7 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 207/2009“

In der Rechtssache T-474/12

Giorgio Giorgis, wohnhaft in Mailand (Italien), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte I. Prado und A. Tornato,

Kläger,

gegen

Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM), vertreten durch I. Harrington als Bevollmächtigten,

Beklagter,

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

Comigel SAS mit Sitz in Saint-Julien-lès-Metz (Frankreich), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte S. Guerlain und J. Armengaud sowie Rechtsanwältin C. Mateu,

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des HABM vom 26. Juli 2012 (Sache R 1301/2011-1) zu einem Nichtigkeitsverfahren zwischen der Comigel SAS und Herrn Giorgio Giorgis

erlässt

DAS GERICHT (Siebte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten M. van der Woude, der Richterin I. Wiszniewska-Białecka (Berichterstatterin) und des Richters I. Ulloa Rubio,

Kanzler: E. Coulon,

aufgrund der am 31. Oktober 2012 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

* Verfahrenssprache: Englisch.

aufgrund der am 7. Februar 2013 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung des HABM,

aufgrund der am 5. Februar 2013 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung der Streithelferin,

aufgrund der am 24. Mai 2013 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Erwiderung,

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

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Der Kläger, Herr Giorgio Giorgis, erwirkte am 11. November 2009 gemäß der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. L 78, S. 1) beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) unter der Nr. 8132681 die Eintragung der nachfolgend dargestellten dreidimensionalen Gemeinschaftsmarke:



2 Die Marke wurde für folgende Waren der Klasse 30 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 eingetragen: „Kühleis, Wassereis, gemischte Sorbets (Speiseeis), Sorbets (Wassereis), Eiscreme, Eisshakes, Speiseeisprodukte, Eisdesserts, Halbgefrorenes, Desserts, Joghurteis, feine Backwaren“.

3 Am 19. Januar 2010 stellte die Streithelferin, die Comigel SAS, nach Art. 52 Abs. 1 Buchst. a in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 Buchst. b und d der Verordnung Nr. 207/2009 einen Antrag auf Nichtigerklärung der angegriffenen Marke.

4 Mit Entscheidung vom 21. April 2011 gab die Nichtigkeitsabteilung des HABM dem Antrag auf Nichtigerklärung statt und erklärte die angegriffene Marke gemäß Art. 7 Abs. 1 Buchst. b in Verbindung mit Art. 52 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 für alle von ihr erfassten

Waren für nichtig. Sie wies auch das Argument des Klägers zurück, die angegriffene Marke habe gemäß Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009 infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt.

5 Am 16. Juni 2011 legte der Kläger beim HABM gegen die Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung Beschwerde ein.

6 Mit Entscheidung vom 26. Juli 2012 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) wies die Erste Beschwerdekammer des HABM die Beschwerde zurück. Sie bestätigte die Schlussfolgerungen der Nichtigkeitsabteilung, zum einen habe die angegriffene Marke keine Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 und zum anderen habe der Kläger nicht dargetan, dass die angegriffene Marke gemäß Art. 7 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 2 dieser Verordnung infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe.

Anträge der Parteien

7 Der Kläger beantragt,

— die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

— dem HABM die Kosten aufzuerlegen.

8 Das HABM und die Streithelferin beantragen,

— die Klage abzuweisen;

— dem Kläger die Kosten aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

9 Der Kläger stützt seine Klage auf zwei Klagegründe, mit denen er erstens einen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 und zweitens einen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 3 dieser Verordnung rügt.

Erster Klagegrund: Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009

10 Der Kläger wirft der Beschwerdekammer vor, die Unterscheidungskraft der angegriffenen Marke fehlerhaft beurteilt und daher gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 verstoßen zu haben.

11 Nach Art. 52 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009 wird die Gemeinschaftsmarke auf Antrag beim HABM für nichtig erklärt, wenn sie entgegen den Vorschriften des Art. 7 dieser Verordnung eingetragen worden ist. Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 sieht insoweit vor, dass Marken, die keine Unterscheidungskraft haben, von der Eintragung ausgeschlossen sind.

12 Nach ständiger Rechtsprechung besagt die Unterscheidungskraft einer Marke im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009, dass die Marke geeignet ist, die Waren, für die die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren somit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 20. Oktober 2011, Freixenet/HABM, C-344/10 P und C-345/10 P, Slg. 2011, I-10205, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).

13 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 ihre Wahrnehmung durch die beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen, die sich aus den normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchern dieser Waren oder -empfängern dieser Dienstleistungen zusammensetzen (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 29. April 2004, Henkel/HABM, C-456/01 P und C-457/01 P, Slg. 2004, I-5089, Rn. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung).

14 Im vorliegenden Fall vertrat die Beschwerdekammer die Ansicht, dass es sich bei den in Rede stehenden Waren um Lebensmittel handele, die im Allgemeinen vorverpackt in den Handel gelangten, und dass bei der Vermarktung vorverpackter Waren die Aufmerksamkeit des Verbrauchers bezüglich des Erscheinungsbilds der Waren nicht besonders hoch sei.

15 Der Kläger rügt, die Beschwerdekammer habe den Aufmerksamkeitsgrad der maßgeblichen Verkehrskreise fehlerhaft beurteilt. Der Durchschnittsverbraucher von Eiscreme bringe eine hohe Aufmerksamkeit auf, da er seine Wahl anhand verschiedener Faktoren wie des Eiscremearomas, der Art des Verzehrs, der verschiedenen Eiscremesorten und bestimmter möglicherweise darin enthaltener Zutaten treffe.

16 Insoweit genügt der Hinweis, dass die Waren, auf die sich die angegriffene Marke bezieht, Lebensmittel des täglichen Verbrauchs sind, die sich an alle Verbraucher richten. Daher ist die Unterscheidungskraft der angegriffenen Marke unter Berücksichtigung der mutmaßlichen Erwartung eines normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers zu beurteilen (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichts vom 15. März 2006, Develey/HABM [Form einer Kunststoffflasche], T-129/04, Slg. 2006, II-811, Rn. 46 und die dort angeführte Rechtsprechung, und vom 12. Dezember 2013, Sweet Tec/HABM [Ovale Form], T-156/12, Rn. 14).

17 Entgegen dem Vorbringen des Klägers ist der Umstand, dass der Durchschnittsverbraucher Eiscreme nach seinem Geschmack und seinen Vorlieben auswählt, nicht geeignet, ihm einen hohen Grad an Aufmerksamkeit zuzusprechen. Eiscreme ist nämlich eine Ware des täglichen Verbrauchs, die im Allgemeinen in Supermärkten verkauft wird, preiswert ist und deren Erwerb keine lange Überlegung vorausgeht; bei solchen Waren ist nicht anzunehmen, dass der Verbraucher bei ihrem Kauf einen hohen Aufmerksamkeitsgrad aufbringen wird. Zudem ist es bei gängigen Lebensmitteln, bei denen nach der oben in Rn. 16 genannten Rechtsprechung nicht von einer hohen Aufmerksamkeit des Verbrauchers ausgegangen wird, offensichtlich, dass der Verbraucher die Waren nach seinem Geschmack auswählt.

18 Daher ist die Beschwerdekammer zu Recht davon ausgegangen, dass die maßgeblichen Verkehrskreise aus dem normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher in der ganzen Europäischen Union bestünden, der keinen besonders hohen Grad an Aufmerksamkeit zeige.

19 Nach ständiger Rechtsprechung sind die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die in der Form der Ware selbst bestehen, keine anderen als für die übrigen Markenkategorien. Jedoch wird im Rahmen der Anwendung dieser Kriterien eine dreidimensionale Marke, die in dem Erscheinungsbild der Ware selbst besteht, von den maßgeblichen Verkehrskreisen nicht notwendig in gleicher Weise wahrgenommen wie eine Wort- oder Bildmarke, die in einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der mit der Marke bezeichneten Waren unabhängig ist. Denn wenn grafische oder Wortelemente fehlen, schließen die Durchschnittsverbraucher aus der Form der Waren oder der ihrer Verpackung gewöhnlich nicht auf die Herkunft dieser Waren; daher kann es schwieriger sein, die Unterscheidungskraft einer solchen dreidimensionalen Marke nachzuweisen als diejenige einer Wort- oder Bildmarke (vgl. Urteil Freixenet/HABM, oben in Rn. 12 angeführt, Rn. 45 und 46 und die dort angeführte Rechtsprechung).

20 Folglich besitzt nur eine Marke, die erheblich von der Norm oder der Üblichkeit der Branche abweicht und deshalb ihre wesentliche herkunftskennzeichnende Funktion erfüllt, auch Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 (vgl. Urteil Freixenet/HABM, oben in Rn. 12 angeführt, Rn. 47 und die dort angeführte Rechtsprechung).

21 Der Gerichtshof hat insbesondere in Bezug auf dreidimensionale Marken, die in der Verpackung von Waren bestehen, die aus mit der Art der Ware selbst zusammenhängenden Gründen verpackt Gegenstand des Wirtschaftsverkehrs sind, entschieden, dass solche Marken es dem normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren ermöglichen müssen, diese Waren auch ohne analysierende und vergleichende Betrachtungsweise sowie ohne besondere Aufmerksamkeit von den Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden (Urteil des Gerichtshofs vom 12. Januar 2006, Deutsche SiSi-Werke/HABM, C-173/04 P, Slg. 2006, I-551, Rn. 29).

22 Um zu beurteilen, ob eine Marke Unterscheidungskraft hat, ist auf den von ihr hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass nicht zunächst die einzelnen Gestaltungselemente der Marke nacheinander geprüft werden dürften. Es kann sich nämlich als zweckmäßig erweisen, bei der Gesamtbeurteilung jeden einzelnen Bestandteil der betreffenden Marke zu untersuchen (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 25. Oktober 2007, Develey/HABM, C-238/06 P, Slg. 2007, I-9375, Rn. 82 und die dort angeführte Rechtsprechung).

23 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es sich im vorliegenden Fall bei den betroffenen Waren um Desserts, Eiscreme, Sorbets und Joghurt handelt und dass die angegriffene Marke in der Form zweier transparenter kelchglasförmiger Glasbehältnisse und in der Form eines Pappgehäuses besteht, das oben und seitlich Öffnungen aufweist und sich den Konturen der Behältnisse anpasst. Die angegriffene Marke besteht in der dreidimensionalen Form der Verpackung der in Rede stehenden Waren.

24 Erstens wirft der Kläger der Beschwerdekammer vor, die Norm oder Üblichkeit der Branche fehlerhaft bestimmt zu haben. Bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft der angegriffenen Marke hätte die Beschwerdekammer berücksichtigen müssen, was für die Aufmachung der Waren der Klasse 30 tatsächlich der Norm und der Üblichkeit in der Branche entspreche. Die Kammer habe jedoch die für ihre Untersuchung zu berücksichtigende Norm und Üblichkeit auf die Norm und Üblichkeit im Bereich von Verpackungen beschränkt, die ein „Bild von hochwertigen Waren aus handwerklicher Herstellung“ vermittelten.

25 Dieses Argument beruht auf einem falschen Verständnis der angefochtenen Entscheidung.

26 Die Beschwerdekammer hat nämlich in der angefochtenen Entscheidung festgestellt, dass in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem die angegriffene Marke in der dreidimensionalen Form der Verpackung der fraglichen Waren bestehe, die Norm und Üblichkeit im Bereich der Verpackung derartiger Waren maßgeblich sein könnten, die für dieselben Verbraucher wie die fraglichen Waren bestimmt seien.

27 Anschließend hat die Beschwerdekammer beide Bestandteile der angegriffenen Marke, nämlich die Glasbehältnisse und die Pappgehäuse, gesondert geprüft. Im Rahmen der Beurteilung der Unterscheidungskraft der Glasbehältnisse führte sie aus, dass diese Art von Behältnissen für den Verkauf von Desserts, Eiscreme, Sorbets und Joghurt auf dem Markt verwendet werde und dass ihre Verwendung den Verbrauchern die Botschaft vermitteln solle, dass es sich bei den betroffenen Waren um hochwertige Waren aus handwerklicher Herstellung handele; dies wird vom Kläger nicht bestritten. Nach Auffassung der Beschwerdekammer weicht die Form der Behältnisse der angegriffenen Marke nicht erheblich von der Form von Bechern ab, die für die Vermarktung von Desserts, Eiscreme, Sorbets und Joghurt auf dem Markt verwendet würden. Dies werde durch die von der Streithelferin

vorgelegten Beweismittel gestützt, die Behältnisse zeigten, die sich nur geringfügig von denen der angegriffenen Marke unterschieden. Die Beschwerdekammer schloss daraus, dass dieser Bestandteil der angegriffenen Marke für die in Rede stehenden Waren nicht unterscheidungskräftig sei.

28 Sodann hat die Beschwerdekammer die vom Kläger angeführten Beispiele zurückgewiesen, die auf andere Arten von Behältnissen, die bei der Vermarktung dieser Waren auf dem Markt verwendet würden, bezogen waren, wobei sie darauf hinwies, dass „ihre Form … nicht denselben Zweck [habe], Verbrauchern das Bild hochwertiger Waren aus handwerklicher Herstellung zu vermitteln".

29 Folglich hat die Beschwerdekammer die Branchenüblichkeit bei Verpackungen von Waren berücksichtigt, die den fraglichen Waren vergleichbar und für dieselben Verbraucher bestimmt sind, und dabei festgestellt, dass Verpackungen in Form von Glasbehältnissen, vor allem zur Vermittlung des Images einer hochwertigen Ware, dieser Üblichkeit entsprächen. Der Umstand, dass die Beschwerdekammer die vom Kläger beigebrachten Beweise, die andere Behältnisformen betrafen, welche bei der Vermarktung von Eiscreme verwendet werden, als unerheblich zurückgewiesen hat, steht ihrer Feststellung, dass Glasbehältnisse auch auf diesem Markt verwendet würden, nicht entgegen.

30 Entgegen dem Vorbringen des Klägers lässt sich der angefochtenen Entscheidung nicht entnehmen, dass die Beschwerdekammer die zu berücksichtigende Norm und Üblichkeit der Branche ausschließlich auf den Sektor hochwertiger Waren aus handwerklicher Herstellung beschränkt hat.

31 Zweitens macht der Kläger geltend, aufgrund der fehlerhaften Bestimmung der Norm und der Üblichkeit der Branche habe die Beschwerdekammer eine unzutreffende Beurteilung der Unterscheidungskraft der angegriffenen Marke angestellt. Als Vergleichsgrundlage für die Beurteilung der Unterscheidungskraft der angegriffenen Marke habe sie das Konzept von „in Pappgehäusen mit ausgeschnittenen Öffnungen verpackten Kelchgläsern" herangezogen, statt jede Art von Verpackung zu berücksichtigen, die im relevanten Warensektor verwendet werde. Sie habe daher zu Unrecht angenommen, dass die Formen von Pappgehäusen mit ausgeschnittenen Öffnungen im betreffenden Warensektor gemeinhin verwendet würden. Das Pappgehäuse der angegriffenen Marke weise andere Merkmale auf und habe eine andere Form als die Verpackungen, die in den von der Streithelferin vorgelegten Beweisen wiedergegeben seien.

32 Die Beschwerdekammer hat in der angefochtenen Entscheidung im Rahmen der Beurteilung der Unterscheidungskraft des zweiten Bestandteils der angegriffenen Marke, nämlich des Pappgehäuses, das oben und seitlich Öffnungen aufweist, die Auffassung vertreten, dass auch die meisten Pappverpackungen, die in den von der Streithelferin vorgelegten Beweismitteln wiedergegeben waren, diese Merkmale aufwiesen. Die Formen von Pappgehäusen, die oben und seitlich Öffnungen aufwiesen, seien im relevanten Warensektor vor allem üblich, um die Ware oder sachdienliche Produktinformationen zu zeigen. In Anbetracht der Norm und der Üblichkeit im Sektor der in Rede stehenden Waren (Desserts, Eiscreme, Sorbets und Joghurt) habe die Form des Pappgehäuses der angegriffenen Marke damit nur einen dekorativen Zweck, weiche nicht in erheblichem Maß von der Branchenüblichkeit ab und besitze keine Unterscheidungskraft.

33 Es ist festzustellen, dass die Beschwerdekammer ihrer Beurteilung die von der Streithelferin vorgelegten Beweismittel zugrunde gelegt hat, ausweislich deren Verpackungen, die aus einem Pappgehäuse mit oben und seitlich angebrachten Öffnungen bestehen, im relevanten Warensektor gemeinhin verwendet werden. Aus diesen durfte sie den Schluss ziehen, dass die angegriffene Marke tatsächlich nicht in erheblichem Maß von der Üblichkeit der betroffenen Branche abweicht.

34 Der Umstand, dass sich, wie der Kläger vorträgt, die Form des Pappgehäuses der angegriffenen Marke durch bestimmte Merkmale von den auf dem Markt vorhandenen Verpackungen unterscheidet, kann diese Beurteilung der Beschwerdekammer nicht in Frage stellen. Die im relevanten Warensektor verwendeten unterschiedlichen Pappgehäuse, die sich durch die Anordnung ihrer Öffnungen oder

durch ihre Form voneinander unterscheiden, sind nämlich bloße Varianten der in diesem Sektor verwendeten Verpackungsformen. Die Unterschiede zwischen den auf dem Markt vorhandenen Pappgehäusen beruhen vor allem auf praktischen Gründen (wie etwa der Anpassung an die Größe der Behältnisse) oder rein dekorativen Erwägungen. Die Beschwerdekammer ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass die Merkmale der Form der Pappgehäuse der angegriffenen Marke keine erhebliche Abweichung von der Branchenüblichkeit im relevanten Warensektor zur Folge haben konnten.

35 Drittens trägt der Kläger vor, die Beschwerdekammer habe die angegriffene Marke falsch identifiziert, indem sie davon ausgegangen sei, dass die angegriffene Marke aus „zwei in einem Pappgehäuse mit ausgeschnittenen Öffnungen verpackten Kelchgläsern“ bestehe, was nicht der angegriffenen Marke, wie sie eingetragen worden sei, entspreche. Die angegriffene Marke hätte als Ganzes mit den ihr eigenen Merkmalen betrachtet werden müssen. Die Beschwerdekammer hätte die Unterscheidungskraft der Kombination der einzelnen Formen, in denen die angegriffene Marke bestehe, untersuchen müssen und nicht nur die der Summe ihrer Bestandteile.

36 Zunächst ist das Argument des Klägers zurückzuweisen, die Beschwerdekammer habe die angegriffene Marke falsch identifiziert. Die Beschreibung der angegriffenen Marke in der angefochtenen Entscheidung, nämlich als „zwei kelchglasförmige transparente Glasbehältnisse in einem Pappgehäuse, das oben und seitlich Öffnungen aufweist“, entspricht der Abbildung dieser Marke, wie sie in der Anmeldung enthalten und oben in Rn. 1 wiedergegeben ist. Der Umstand, dass der Kläger eine eigene Beschreibung der angegriffenen Marke vorgelegt hat (nämlich „zwei Kelchgläser, die nebeneinander in einer Pappe angeordnet sind, die oberhalb der Kelchgläser vollkommen und an ihrer Vorderseite teilweise offen ist und deren Seiten eine besondere, der Form der Kelchgläser nachgebildete und sie abbildende Form aufweisen, wobei sie zwischen den beiden Kelchgläsern einen besonderen Umriss in Form eines Flakons enthalten“), die weder in der Anmeldung noch in der Eintragungsurkunde enthalten ist, reicht nicht aus, um von einem Fehler der Beschwerdekammer ausgehen zu können.

37 Sodann ist zu dem Argument des Klägers, die Beschwerdekammer habe die angegriffene Marke nicht als Ganzes beurteilt, festzustellen, dass die Beschwerdekammer in der angefochtenen Entscheidung nach der Feststellung, dass die beiden Bestandteile dieser Marke nicht in erheblichem Maß von denen abwichen, die im relevanten Warensektor verwendet würden, und sie keine Unterscheidungskraft hätten, auch eine Beurteilung des Gesamteindrucks der Form der unter der angegriffenen Marke eingetragenen Aufmachung vorgenommen hat. Die Beschwerdekammer war der Auffassung, dass die der angegriffenen Marke eigenen Merkmale nicht genügten, um sie zu einer ungewöhnlichen Gestaltungsform auf dem Markt für Desserts, Eiscreme, Sorbets und Joghurt zu machen, die eindeutig als von den vorhandenen Formen abweichend angesehen werden könne. Die von der Streithelferin vorgelegten Beispiele zeigten bestimmte Verpackungsformen, die der Form der angegriffenen Marke sehr ähnlich seien. Die Verwendung zweier Behältnisse in einer Pappverpackung sei eine der am häufigsten verwendeten Aufmachungen, um die Waren den Verbrauchern darzubieten. Folglich entspreche die angegriffene Marke den Formen, die für die in Rede stehenden Waren mit der größten Wahrscheinlichkeit verwendet würden, und sei daher als nicht unterscheidungskräftig anzusehen.

38 Der Kläger kann daher nicht behaupten, die Beschwerdekammer habe es unterlassen, eine Gesamtwürdigung der Unterscheidungskraft der angegriffenen Marke vorzunehmen oder ihren Merkmalen Rechnung zu tragen, und sich darauf beschränkt, das Fehlen der Unterscheidungskraft nur der Summe der Merkmale der angegriffenen Marke festzustellen.

39 Der Kläger trägt ferner vor, die Beschwerdekammer sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die angegriffene Marke einer Verpackungsform entspreche, die bei der Vermarktung der fraglichen Waren weit verbreitet sei, obwohl aus den von ihm vorgelegten Beispielen hervorgehe, dass in dieser Branche eine ganz andere Verpackung als die der angegriffenen Marke am häufigsten verwendet werde.

40 Hierzu genügt der Hinweis, dass der Umstand, dass es auf dem relevanten Produktmarkt andere Verpackungsarten gibt, nicht unvereinbar mit der Feststellung der Beschwerdekammer ist, dass es auch andere, der angegriffenen Marke sehr ähnliche Verpackungsarten gebe, die nicht unüblich seien. Nach der vorstehend in Rn. 20 genannten Rechtsprechung kann das Fehlen der Unterscheidungskraft einer Marke bereits dann festgestellt werden, wenn diese nicht erheblich von der Norm oder Üblichkeit der Branche abweicht. Hingegen muss nicht nachgewiesen werden, dass diese Marke die gängigste Verpackungsform auf dem Markt ist.

41 Viertens macht der Kläger geltend, die Beschwerdekammer sei bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft der angegriffenen Marke zu restriktiv vorgegangen.

42 Zum einen nämlich sei die von der Beschwerdekammer herangezogene Rechtsprechung, nach der eine dreidimensionale Marke nur dann Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 besitze, wenn sie erheblich von der Norm und Üblichkeit der Branche abweiche, nicht in Fällen einschlägig, in denen, wie vorliegend, der durchschnittliche Verbraucher ein erhöhtes Maß an Aufmerksamkeit aufbringe und die angegriffene Marke nicht in der Form der Waren, sondern in der Form der Verpackung der Waren bestehe.

43 Dem kann nicht gefolgt werden. Insoweit genügt der Hinweis, dass die Beschwerdekammer, wie oben aus Rn. 18 hervorgeht, in Bezug auf die fraglichen Waren einen besonders hohen Grad an Aufmerksamkeit der maßgeblichen Verkehrskreise zu Recht verneint hat. Darüber hinaus entspricht im vorliegenden Fall die Form der Verpackung der Form der betroffenen Waren.

44 Zum anderen rügt der Kläger, die Beschwerdekammer habe bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft der angegriffenen Marke einen engeren Maßstab angelegt, als es nach der Rechtsprechung geboten sei. So habe sie gefordert, dass die angegriffene Marke „wesentlich von den Grundformen der fraglichen Waren abweicht“, während sie nach der Rechtsprechung nur hätte beurteilen müssen, ob die angegriffene Marke „erheblich von der Norm oder der Branchenüblichkeit abweicht“.

45 Dazu genügt der Hinweis, dass die Forderung einer „wesentlichen Abweichung“ entgegen der Behauptung des Klägers nicht der Maßstab ist, den die Beschwerdekammer zur Beurteilung der Unterscheidungskraft der angegriffenen Marke angelegt hat. Die Beschwerdekammer hat in der angefochtenen Entscheidung nämlich erst nach ihrer Schlussfolgerung, dass die angegriffene Marke keine Unterscheidungskraft aufweise, unter Berufung auf das Urteil des Gerichts vom 31. Mai 2006, De Waele/HABM (Form einer Wurst) (T-15/05, Slg. 2006, II-1511), den Ausdruck „wesentliche Abweichung“ verwendet, um auf ein Argument des Klägers zur Neuheit und Originalität der Form der angegriffenen Marke zu antworten.

46 Im Übrigen macht der Kläger geltend, das Gericht habe in seinem Urteil vom 3. Dezember 2003, Nestlé Waters France/HABM (Form einer Flasche) (T-305/02, Slg. 2003, II-5207), befunden, dass eine dreidimensionale Marke in Form einer Flasche für alkoholfreie Getränke der Klasse 32 eine minimale Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 aufweise, und deshalb müsse dieselbe Lösung auch hier für eine sehr ähnliche Branche gelten, nämlich die Branche der Waren der Klasse 30. Hierzu ist festzustellen, dass die Unterscheidungskraft einer Marke im Hinblick auf die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet worden ist, und im Hinblick auf ihre Wahrnehmung durch die beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen ist, wobei die Beschwerdekammer prüfen muss, ob die Marke erheblich von der Norm und Üblichkeit im relevanten Warensektor abweicht. Daher ist die Beurteilung, der das Gericht in einem früheren Urteil eine andere Marke als die hier angegriffene Marke, die für andere, zu einem anderen Sektor gehörende Waren als die Waren des vorliegenden Falles angemeldet worden war, unterzogen hat, nicht maßgeblich, um die Unterscheidungskraft der im vorliegenden Fall angegriffenen Marke zu beurteilen.

47 Nach alledem hat der Kläger nicht dargetan, dass die Beschwerdekammer einen Fehler begangen hat, indem sie angenommen hat, dass die angegriffene Marke keine Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009 habe.

48 Der erste Klagegrund ist daher zurückzuweisen.

Zum zweiten Klagegrund: Verstoß gegen Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009

49 Der Kläger macht geltend, die Beschwerdekammer habe Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009 fehlerhaft angewandt. Sie habe nämlich zu Unrecht entschieden, dass die von ihm vorgelegten Beweise nicht genügten, um eine durch Benutzung der angegriffenen Marke erworbene Unterscheidungskraft zu belegen.

50 Nach Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009 steht das absolute Eintragungshindernis des Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung der Eintragung einer Marke nicht entgegen, wenn diese für die Waren, für die die Eintragung beantragt wird, infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat.

51 Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 sieht u. a. vor, dass eine Gemeinschaftsmarke, wenn sie entgegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b dieser Verordnung eingetragen worden ist, gleichwohl nicht für nichtig erklärt werden kann, wenn sie durch Benutzung im Verkehr nach der Eintragung Unterscheidungskraft für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, erlangt hat.

52 Der Erwerb von Unterscheidungskraft durch die Benutzung der Marke erfordert nach der Rechtsprechung, dass zumindest ein erheblicher Teil der maßgeblichen Verkehrskreise die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt (vgl. Urteil des Gerichts vom 15. Dezember 2005, BIC/HABM [Form eines Steinfeuerzeugs], T-262/04, Slg. 2005, II-5959, Rn. 61 und die dort angeführte Rechtsprechung).

53 Im vorliegenden Fall stellte die Beschwerdekammer fest, dass die angegriffene Marke eine dreidimensionale Marke und das maßgebliche Gebiet daher das Unionsgebiet sei. Nach ihrer Auffassung genügten die vom Kläger vorgelegten Beweismittel nicht, um zu belegen, dass die angegriffene Marke Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009 erlangt habe. Zum einen bezögen diese Beweismittel nämlich insgesamt nur acht Mitgliedstaaten der Union ein und belegten nicht, dass in einem erheblichen Teil der Union Unterscheidungskraft erlangt worden sei. Zum anderen habe der Kläger nicht nachgewiesen, dass die angegriffene Marke deshalb als Ursprungsbezeichnung der Waren verstanden worden sei, weil die Form der Aufmachung immer in Verbindung mit dem auf der Verpackung aufgedruckten Zeichen LA GELATERIA DI PIAZZA NAVONA benutzt worden sei.

54 Erstens beschränkt sich der Kläger auf das Vorbringen, es werde durch die Benutzung der angegriffenen Marke in Verbindung mit dem auf der Verpackung aufgedruckten Zeichen LA GELATERIA DI PIAZZA NAVONA belegt, dass der maßgebliche Verbraucher die dreidimensionale Form über die grafische Darstellung hinaus als eine Ursprungsangabe der fraglichen Waren verstehe. Insoweit genügt der Hinweis, dass diese bloße Behauptung nicht geeignet ist, die Schlussfolgerung der Beschwerdekammer in Frage zu stellen, dass diese Beweismittel für den Nachweis einer Benutzung der angegriffenen Marke als Marke nicht ausreichten. Dieses Vorbringen ist daher zurückzuweisen.

55 Jedenfalls ist festzustellen, dass eine dreidimensionale Marke nach der Rechtsprechung zwar Unterscheidungskraft durch Benutzung auch dann erwerben kann, wenn sie in Verbindung mit einer Wortmarke oder einer Bildmarke benutzt wird. Das ist der Fall, wenn die Marke in der Form der Ware oder ihrer Verpackung besteht und diese systematisch mit einer Wortmarke versehen werden,

unter der sie vertrieben werden. Eine solche Unterscheidungskraft kann insbesondere nach einem normalen Prozess der Gewöhnung der beteiligten Verkehrskreise eintreten (vgl. Urteil des Gerichts vom 29. Januar 2013, Germans Boada/HABM [Form eines Keramikschneidegeräts], T-25/11, Rn. 83 und die dort angeführte Rechtsprechung).

56 Jedoch muss die Tatsache, dass die angesprochenen Verkehrskreise die Waren als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen, auf der Benutzung der Marke als Marke beruhen. Der Ausdruck „Benutzung der Marke als Marke“ ist so zu verstehen, dass er sich auf eine Benutzung der Marke bezieht, die der Identifizierung der Ware oder Dienstleistung als von einem bestimmten Unternehmen stammend durch die angesprochenen Verkehrskreise dient. Somit stellt nicht jede Benutzung der Marke notwendigerweise eine Benutzung als Marke dar (Urteil Form eines Keramikschneidegeräts, oben in Rn. 55 angeführt, Rn. 85).

57 Unter den Umständen des vorliegenden Falles wäre es aber nur dann, wenn der Kläger die Behauptung, dass die Form der Verpackung der fraglichen Waren von den maßgeblichen Verbrauchern als Hinweis auf ihre kommerzielle Herkunft besonders in Erinnerung behalten worden sei, konkret untermauert hätte, vielleicht möglich gewesen, den vorgelegten Beweisen einen ersten Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, dass infolge des besonderen Erscheinungsbilds der dreidimensionalen Verpackungsform der fraglichen Waren die aus dieser Verpackung bestehende Marke von den Marken anderer Hersteller unterschieden werden kann. Es genügt die Feststellung, dass der Kläger nichts dergleichen vorgetragen hat.

58 Soweit der Kläger zweitens vorträgt, die Beschwerdekammer habe die Abdeckung eines wesentlichen Teils der Verbraucherschaft der Union durch die von ihm vorgelegten Nachweise verkannt, geht sein Vorbringen deshalb ins Leere, weil er nicht dargetan hat, dass die Feststellung der Beschwerdekammer fehlerhaft war, wonach die Benutzung der angegriffenen Marke als Marke durch diese Nachweise nicht belegt werden konnte. Auch dieses Vorbringen ist deshalb zurückzuweisen.

59 Folglich ist der zweite Klagegrund zurückzuweisen, und die Klage ist somit insgesamt abzuweisen.

Kosten

60 Gemäß Art. 87 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da der Kläger unterlegen ist, sind ihm gemäß dem Antrag des HABM und der Streithelferin die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Siebte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Klage wird abgewiesen.**

2. **Herr Giorgio Giorgis trägt die Kosten.**

Van der Woude Wiszniewska-Białecka Ulloa Rubio

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 25. September 2014.

Unterschriften