URTEIL DES GERICHTS (Achte Kammer)

28. Oktober 2009 *

In der Rechtssache T-137/08

BCS SpA mit Sitz in Mailand (Italien), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte M. Franzosi, V. Jandoli und F. Santonocito,

Klägerin,

gegen

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

Beklagter,

* Verfahrenssprache: Englisch.

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

Deere & Company mit Sitz in Wilmington, Delaware (USA), Prozessbevollmächtigte: J. Gray, Solicitor, und Rechtsanwalt A. Tornato,

wegen Aufhebung der Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer des HABM vom 16. Januar 2008 (Sache R 222/2007-2) betreffend ein Nichtigkeitsverfahren zwischen der BCS SpA und der Deere & Company

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Achte Kammer)

unter Mitwirkung der Präsidentin M. E. Martins Ribeiro sowie der Richter N. Wahl (Berichterstatter) und A. Dittrich,

Kanzler: N. Rosner, Verwaltungsrat,

aufgrund der am 9. April 2008 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 22. Juli 2008 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung des HABM,

aufgrund der am 29. Juli 2008 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung der Streithelferin,

auf die mündliche Verhandlung vom 11. März 2009

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Am 1. April 1996 meldete die Streithelferin, die Deere & Company, nach der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) in geänderter Fassung (ersetzt durch die Verordnung [EG] Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke [ABl. L 78, S. 1]) beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) folgendes Zeichen als Gemeinschaftsmarke an:



2 Die Marke wurde für folgende Waren der Klassen 7 und 12 des Abkommens von Nizza über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken vom 15. Juni 1957 in revidierter und geänderter Fassung angemeldet:

— Klasse 7: „Angehängte, geschobene oder selbstfahrende land- und forstwirtschaftliche Arbeitsmaschinen“;

— Klasse 12: „Selbstfahrende land- und forstwirtschaftliche Arbeitsmaschinen, insbesondere Ackerschlepper, Kleinschlepper, Rasentraktoren sowie Anhänger“.

3 Die von der Anmeldung erfassten Farben wurden nach dem Munsell-System beschrieben: 9.47 GY3.57/7.45 (Grün) und 5.06 Y7.63/10.66 (Gelb). In der Beschreibung heißt es: „Der Aufbau bzw. Fahrzeugkörper ist grün, die Räder sind gelb.“ Eine der Anmeldung beigefügte Zeichnung verdeutlicht dies:



4 Am 20. November 2001 wurde diese Marke für die Streithelferin eingetragen (im Folgenden: angegriffene Marke).

5 Am 5. Januar 2004 beantragte die Klägerin, die BCS SpA, gemäß Art. 51 Abs. 1 Buchst. a in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 52 Abs. 1 Buchst. a und Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 207/2009) sowie Art. 52 Abs. 1 Buchst. c in Verbindung mit Art. 8 Abs. 4 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 53 Abs. 1 Buchst. c und Art. 8 Abs. 4 der Verordnung Nr. 207/2009) die Nichtigerklärung hinsichtlich aller von der Eintragung der angegriffenen Marke erfassten Waren.

6 Die Klägerin stützte ihren Antrag auf Nichtigerklärung erstens auf eine fehlende Unterscheidungskraft der angegriffenen Marke im Zeitpunkt der Anmeldung sowie auf einen unzureichenden Nachweis für die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 207/2009).

7 Zweitens machte die Klägerin geltend, dass die angegriffene Marke eingetragen worden sei, obwohl es eine nicht eingetragene italienische Marke gebe, die ebenfalls aus einer Kombination der Farben Grün und Gelb bestehe. Die Benutzung dieser Marke vor 1996 für „landwirtschaftliche Arbeitsmaschinen, insbesondere Ackerschlepper, Kleinschlepper, Rasentraktoren sowie Anhänger“ in Belgien, Dänemark, Griechenland, Spanien, Frankreich, Italien, den Niederlanden, Österreich, Portugal und im Vereinigten Königreich verleihe ihr das Recht, die Benutzung einer jüngeren Marke zu untersagen.

8 Mit Entscheidung vom 30. November 2006 wies die Nichtigkeitsabteilung des HABM den Antrag auf Nichtigerklärung in allen Punkten mit der Begründung zurück, dass es der Klägerin zum einen nicht gelungen sei, die von der Streithelferin gemäß Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 40/94 vorgelegten Beweise für die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft zu entkräften, und dass die Klägerin zum anderen, obwohl sie nachgewiesen habe, dass sie die Farben Grün und Gelb bereits vor Anmeldung der angegriffenen Marke auf verschiedenen landwirtschaftlichen Maschinen verwendet habe, nicht den Nachweis erbracht habe, dass dieses Zeichen von den maßgeblichen Verkehrskreisen der betreffenden Gebiete vor diesem Zeitpunkt als Hinweis auf die betriebliche Herkunft wahrgenommen worden sei.

9 Am 2. Februar 2007 legte die Klägerin gegen die Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung Beschwerde ein und beantragte ihre Aufhebung mit der Begründung, dass die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft der angegriffenen Marke nicht für alle relevanten Gebiete beurteilt worden sei und die Nichtigkeitsabteilung, obwohl sie eingeräumt habe, dass das Zeichen der Klägerin auf dem Markt verwendet worden sei, zu Unrecht zu dem Ergebnis gekommen sei, dass es von den maßgeblichen Verkehrskreisen nicht als Hinweis auf die betriebliche Herkunft wahrgenommen worden sei.

10 Mit Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer des HABM vom 16. Januar 2008 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) wurde die Beschwerde in vollem Umfang zurückgewiesen.

Verfahren und Anträge der Verfahrensbeteiligten

11 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

— dem HABM die Kosten aufzuerlegen.

12 Das HABM und die Streithelferin beantragen,

— die Klage in vollem Umfang abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

13 Mit Entscheidung vom 5. März 2009 hat das Gericht die Parteien aufgefordert, ihre etwaigen Erklärungen zu bestimmten Dokumenten in der mündlichen Verhandlung vorzutragen.

Rechtliche Würdigung

14 Die Klägerin stützt ihre Klage auf drei Klagegründe, mit denen sie Verstöße gegen Art. 7 Abs. 3, gegen Art. 8 Abs. 4 und gegen Art. 73 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 75 der Verordnung Nr. 207/2009) geltend macht.

Zum ersten Klagegrund: Verstoß gegen Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 40/94

Vorbringen der Parteien

15 Die Klägerin trägt erstens vor, die Beschwerdekammer habe dadurch einen Rechtsfehler begangen, dass sie nicht geprüft habe, ob die angegriffene Marke (Kombination der Farben Grün und Gelb) gemäß den von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen als Marke benutzt worden sei. Die Beschwerdekammer habe keine Gesamtwürdigung der Beweise vorgenommen, sondern sie nur unkoordiniert und ohne sie in ihrer Gesamtheit zu betrachten einzeln geprüft.

16 Zweitens habe die Beschwerdekammer die Beweise in der Akte nicht korrekt gewürdigt, zum einen, weil die vorgelegten Dokumente nicht die gesamte Europäische Union oder wenigstens einen wesentlichen Teil davon abdeckten, und zum anderen, weil der Beweiswert dieser Dokumente gering sei, denn sie zeigten nur, dass die Farben in Verbindung mit einer Wortmarke verwendet worden seien, oder stammten von Geschäftspartnern der Streithelferin und nicht von unabhängigen Quellen, die repräsentativ für die betreffenden Verbraucher seien.

17 Die Beweisanforderungen seien bei der Prüfung, ob die angegriffene Marke durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe, besonders hoch anzusetzen, da die Farben keine originäre Unterscheidungskraft hätten, denn sie würden in erster Linie zu dekorativen Zwecken auf den Waren verwendet und nicht als Herkunftshinweis. Dies gelte umso mehr, wenn sie — wie im vorliegenden Fall — hauptsächlich mit einem anderen Unterscheidungsmerkmal zusammen verwendet würden, auf das die betreffenden Verbraucher möglicherweise mehr achteten.

18 Die Beschwerdekammer habe auch nicht geprüft, ob die relevanten Verkehrskreise die Kombination der Farben Grün und Gelb, ohne dass eine weitere Bild- oder Wortmarke beigefügt sei, tatsächlich als einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft der fraglichen Waren wahrgenommen hätten. In den Verwaltungsakten finde sich nämlich nur eine Marktstudie über die Wahrnehmung der relevanten Verkehrskreise in Deutschland, in der die Unterscheidungskraft der angegriffenen Marke bewertet werde.

19 Drittens beträfen die Angaben über die Absatzmengen, die Werbeausgaben und die Marktanteile nicht alle Gebiete oder seien für viele unter ihnen besonders dünn. Außerdem werde in den Erklärungen der verschiedenen Verbände die exklusive Benutzung der angegriffenen Marke durch die Streithelferin nicht erwähnt, und die Erklärungen seien nach der Anmeldung der angegriffenen Marke und nicht vor einem Notar erstellt worden.

20 In der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin ferner vorgetragen, dass die grafische Darstellung der angegriffenen Marke von „variabler Geometrie“ sei, weil sie weder klar noch präzise sei, und so nicht die Anforderungen der Rechtsprechung erfülle.

21 Das HABM und die Streithelferin beantragen, den vorliegenden Klagegrund zurückzuweisen. Das HABM hat in der mündlichen Verhandlung hinzugefügt, dass der auf die grafische Darstellung der angegriffenen Marke gestützte Klagegrund ein neues Angriffs- und Verteidigungsmittel und daher unzulässig sei.

Würdigung durch das Gericht

— Zur Zulässigkeit der in der mündlichen Verhandlung erhobenen Rüge

22 Die Rüge, die grafische Darstellung der angegriffenen Marke sei missverständlich, berührt die Anwendung von Art. 4 und Art. 7 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 4 und Art. 7 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 207/2009). In ihrer Klageschrift hat sich die Klägerin aber auf den Vorwurf beschränkt, die Beschwerdekammer habe gegen Art. 7 Abs. 3 — der ein Abweichen von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b, c und d erlaubt (Art. 7 Abs. 1 Buchst. c und d sind nun Art. 7 Abs. 1 Buchst. c und d der Verordnung Nr. 207/2009) —, Art. 8 Abs. 4 und Art. 73 der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen.

23 Deshalb handelt es sich bei dieser von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung erhobenen Rüge hinsichtlich der Übereinstimmung der angegriffenen Marke mit den Anforderungen an eine grafische Darstellung nicht um die Erweiterung eines in der Klageschrift erhobenen Klagegrundes, sondern um ein im Laufe des Verfahrens vorgebrachtes neues Angriffs- und Verteidigungsmittel, das nach Art. 48 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts unzulässig ist.

— Zur Begründetheit des Klagegrundes, mit dem ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 40/94 gerügt wird

24 Zunächst sind die Grundsätze in Erinnerung zu rufen, die von der Rechtsprechung für die Anwendung von Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 40/94 entwickelt wurden.

25 Was den Erwerb von Unterscheidungskraft durch Benutzung angeht, muss nach der Rechtsprechung die Wahrnehmung der angesprochenen Verkehrskreise, dass die Ware oder Dienstleistung von einem bestimmten Unternehmen stammt, auf der Benutzung der Marke als Marke und somit auf ihrer Natur und Wirkung beruhen, die sie geeignet machen, die betroffene Ware von den Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. entsprechend Urteil des Gerichtshofs vom 18. Juni 2002, Philips, C-299/99, Slg. 2002, I-5475, Randnr. 64).

26 Der Ausdruck „Benutzung der Marke als Marke" ist so zu verstehen, dass er sich nur auf eine Benutzung der Marke bezieht, die der Identifizierung der Ware oder Dienstleistung als von einem bestimmten Unternehmen stammend durch die angesprochenen Verkehrskreise dient (vgl. entsprechend Urteil des Gerichtshofs vom 7. Juli 2005, Nestlé, C-353/03, Slg. 2005, I-6135, Randnr. 29).

27 Zudem kann sich der Erwerb von Unterscheidungskraft einer Marke aus ihrer Benutzung in Verbindung mit oder als Teil einer anderen eingetragenen Marke ergeben (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 17. Juli 2008, L & D/HABM und Sämann, C-488/06 P, Slg. 2008, I-5725, Randnr. 49 und die dort angeführte Rechtsprechung).

28 Ferner unterscheidet Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 40/94 nicht nach der Art der fraglichen Zeichen. Daher können Farben und Farbkombinationen als solche für die Waren und Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird, nach Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 40/94 infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangen (vgl.

in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 21. Oktober 2004, KWS Saat/HABM, C-447/02 P, Slg. 2004, I-10107, Randnrn. 78 und 79 und die dort angeführte Rechtsprechung).

29 Die Unterscheidungskraft eines Zeichens, einschließlich der durch seine Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft, muss zum einen in Bezug auf die Waren oder Dienstleistungen beurteilt werden, für die die Marke angemeldet worden ist, und zum anderen danach, wie ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher die in Rede stehende Kategorie von Waren oder Dienstleistungen vermutlich wahrnimmt (vgl. entsprechend Urteil Philips, Randnrn. 59 und 63).

30 In diesem Zusammenhang hat die zuständige Behörde sämtliche Gesichtspunkte zu prüfen, die zeigen können, dass das angemeldete Zeichen die Eignung erlangt hat, die betreffende Ware als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen (vgl. entsprechend Urteil des Gerichtshofs vom 4. Mai 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 und C-109/97, Slg. 1999, I-2779, Randnr. 49).

31 Nach ständiger Rechtsprechung können außerdem für die Beurteilung, ob eine Marke infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat, u. a. der von der Marke gehaltene Marktanteil, die Intensität, die geografische Verbreitung und die Dauer der Benutzung dieser Marke, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke, der Teil der beteiligten Verkehrskreise, der die Ware aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt, sowie Erklärungen von Industrie- und Handelskammern oder von anderen Berufsverbänden berücksichtigt werden (vgl. entsprechend Urteile Windsurfing Chiemsee, Randnr. 51, Philips, Randnr. 60, und Nestlé, Randnr. 31).

32 Anhand der vorstehenden Überlegungen ist der vorliegende Klagegrund zu prüfen.

33 Zum Vorwurf, die Beschwerdekammer habe es unterlassen, eine Gesamtwürdigung der Beweise vorzunehmen, und sich darauf beschränkt, sie einzeln zu prüfen, ohne sie in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen, ist festzustellen, dass der angefochtenen Entscheidung zu entnehmen ist, dass die Beschwerdekammer zwar jeden einzelnen Beweis geprüft hat, sie aber doch auch ausgeführt hat, dass alle von der Streithelferin vorgelegten Beweise „übereinstimmen und sich gegenseitig bestätigen" (Randnr. 33 der angefochtenen Entscheidung).

34 Auch aus den Randnrn. 32, 36 bis 38 und 41 der angefochtenen Entscheidung geht hervor, dass sich die Schlussfolgerung der Beschwerdekammer über den Erwerb von Unterscheidungskraft auf die Berücksichtigung zahlreicher Beweise für eine lange und intensive Benutzung der angegriffenen Marke und auf die Tatsache stützt, dass diese Benutzung den angesprochenen Verkehrskreisen ermöglicht hat, die betriebliche Herkunft der mit diesem Zeichen versehenen Waren zu erkennen.

35 Was die Rüge angeht, die Beschwerdekammer habe dadurch einen Fehler begangen, dass sie nicht geprüft habe, ob die angegriffene Marke als Marke benutzt worden sei, trifft es zu, dass nicht jede Benutzung eines Zeichens, insbesondere die Benutzung einer Kombination aus zwei Farben, notwendigerweise eine Benutzung als Marke darstellt (vgl. oben, Randnrn. 25 und 26).

36 Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdekammer jedoch im Rahmen ihrer Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Eintragung der angegriffenen Marke in den Randnrn. 32 und 38 der angefochtenen Entscheidung u. a. die Aussagen von Berufsverbänden, dass die Kombination der Farben Grün und Gelb auf die von der Streithelferin hergestellten landwirtschaftlichen Maschinen hinweise, sowie die Tatsache berücksichtigt, dass die Streithelferin vor 1996 für ihre Maschinen in der Europäischen Union über einen erheblichen Zeitraum kohärent dieselbe Farbkombination verwendet hat.

37 Diese beiden Gesichtspunkte genügen für die Annahme, dass die Benutzung der Farbkombination aus Grün und Gelb nicht nur rein stilistisch war, sondern den angesprochenen Verkehrskreisen auch ermöglicht hat, die betriebliche Herkunft der mit dieser Farbkombination versehenen Waren zu erkennen. Daher kann die Rüge der Klägerin, die Beschwerdekammer habe gegen Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 40/94

verstoßen, weil sie nicht geprüft habe, ob die Kombination der Farben Grün und Gelb als Marke benutzt worden sei, keinen Erfolg haben.

38 Zur Rüge, die Beweise in den Akten der Beschwerdekammer beträfen nicht alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 1. April 1996, ist Folgendes auszuführen.

39 Obwohl der Nachweis zu erbringen ist, dass die angegriffene Marke in der gesamten Gemeinschaft Unterscheidungskraft erlangt hat (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 22. Juni 2006, Storck/HABM, C-25/05 P, Slg. 2006, I-5719, Randnr. 83), wird keineswegs verlangt, für jeden Mitgliedstaat die gleiche Art von Beweisen vorzulegen.

40 Dass außer für Deutschland die Akten keine Meinungsumfragen zur Evaluierung der Wahrnehmung der angegriffenen Marke durch die maßgeblichen Verkehrskreise in der Europäischen Union enthielten, kann deshalb nicht zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung führen.

41 Fehlt es an einer Meinungsumfrage, schließt das den Nachweis, dass ein Zeichen durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat, nicht aus, weil dieser Nachweis mit anderen Mitteln erbracht werden kann (vgl. oben, Randnr. 31). Aus dem Urteil Windsurfing Chiemsee (Randnrn. 49 bis 53) ergibt sich nämlich, dass die Durchführung einer Meinungsumfrage nicht absolut notwendig ist, um festzustellen, ob ein Zeichen durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat.

42 Zu den Zahlenangaben ist zu bemerken, dass in den Akten der Beschwerdekammer nur die Angaben über den Umsatz in Finnland und Irland fehlen. Die Streithelferin hatte dem HABM aber für diese beiden Mitgliedstaaten sowie für die anderen Staaten, die am 1. April 1996 Mitgliedstaaten der Europäischen Union waren, detaillierte Daten über

ihren Marktanteil und ihre Absatzmengen sowie über den Marktanteil und die Absatzmengen ihrer Wettbewerber in den Jahren 1970 bis 1996 zur Verfügung gestellt.

43 Zum Vorbringen der Klägerin, die Marktanteile der Streithelferin seien zu gering gewesen, um eine umfassende und dauerhafte Marktdurchdringung beweisen zu können, ist festzustellen, dass es sich bei den fraglichen Waren um höherpreisige Güter handelt, vor deren Erwerb sich der Verbraucher genau über das Produktangebot informiert und die verschiedenen konkurrierenden Modelle vergleicht und prüft.

44 Auf einem solchen Markt braucht eine Marke keinen großen Marktanteil zu erzielen, damit angenommen werden kann, dass die maßgeblichen Verbraucher sie im Gedächtnis behalten haben. Hierfür genügt der Nachweis, dass die angegriffene Marke über einen längeren Zeitraum konstant auf dem Markt präsent war.

45 Im vorliegenden Fall ist den Akten der Beschwerdekammer zum einen zu entnehmen, dass die Streithelferin vor 1996 in der Europäischen Union für ihre gesamten landwirtschaftlichen Maschinen über einen erheblichen Zeitraum kohärent dieselbe Farbkombination verwendet hat, und zum anderen, dass in den Ländern, in denen der Marktanteil der Streithelferin nach Ansicht der Klägerin besonders niedrig war, die Marktpräsenz der Streithelferin der Markenanmeldung um mindestens 30 Jahre vorausgeht, denn sie geht in Finnland auf 1939, in Griechenland auf 1949, in Italien auf 1953 und in Österreich auf 1966 zurück (Randnrn. 5 und 38 der angefochtenen Entscheidung). Diese Tatsachen wurden von der Klägerin nicht bestritten.

46 Aus dem Vorstehenden folgt, dass, wenngleich es zutrifft, dass die angegriffene Marke in Verbindung mit der Wortmarke John Deere verwendet und verbreitet wurde und die Werbeausgaben der Streithelferin in der Europäischen Union insgesamt und nicht einzeln für das jeweilige Land angegeben wurden, die Klägerin zu Unrecht vorträgt, es sei rechtlich nicht hinreichend bewiesen, dass die Streithelferin die Kombination der Farben Grün und Gelb als Marke auf ihren Waren benutzt habe und die Verbreitung ihrer Waren in allen Staaten, die am 1. April 1996 Mitgliedstaaten der Europäischen Union waren, umfassend und dauerhaft gewesen sei.

47 Deshalb ist zu prüfen, ob diese Benutzung und Verbreitung ausreichten, um den maßgeblichen Verkehrskreisen zu ermöglichen, die betriebliche Herkunft der betreffenden Waren anhand der angegriffenen Marke zu erkennen.

48 Die Klägerin zieht hierbei die Erheblichkeit und Beweiskraft der von der Beschwerdekammer herangezogenen Erklärungen der verschiedenen Verbände in Zweifel. Sie rügt, dass diese Erklärungen nicht spontan abgegeben worden seien, ihr Inhalt von der Streithelferin vorgegeben oder zumindest koordiniert worden sei, sie eine exklusive Benutzung der angegriffenen Marke durch die Streithelferin nicht erwähnten und nach Ablauf des Referenzzeitraums und nicht vor einem Notar abgegeben worden seien; außerdem seien die Verbände weder repräsentativ für die maßgeblichen Verkehrskreise noch unabhängig, weil es sich in den meisten Fällen um Geschäftspartner der Streithelferin handele.

49 Zum Erstellungsdatum der Erklärungen ist festzustellen, dass der Umstand, dass sie 2000 unterzeichnet wurden, nicht bedeutet, dass sie für die Beurteilung der durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft im Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke keinen Beweiswert hätten (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 17. April 2008, Ferrero Deutschland/HABM und Cornu, C-108/07 P, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 53). Ferner untersagt Art. 51 Abs. 2 der Verordnung Nr. 40/94 (jetzt Art. 52 Abs. 2 der Verordnung Nr. 207/2009) die Nichtigerklärung der Eintragung der angegriffenen Marke, wenn nachgewiesen wird, dass die Marke vor Einreichung des Antrags auf Nichtigerklärung, im vorliegenden Fall vor dem 5. Januar 2004, Unterscheidungskraft erlangt hat. Daher greift die Rüge der Klägerin, die vorgelegten Erklärungen seien nicht erheblich, weil sie nicht notwendigerweise den Zeitraum vor dem 1. April 1996 erfassten, jedenfalls nicht durch.

50 Was die Frage der mangelnden Spontaneität der Verbände und die Rolle der Streithelferin bei der Anfertigung der vorgelegten Erklärungen angeht, ist darauf hinzuweisen, dass die Tatsache, dass diese Erklärungen auf Anforderung der Streithelferin entstanden sind und die Streithelferin ihre Anfertigung eventuell koordiniert hat, für sich genommen nicht ihren Inhalt und ihre Beweiskraft in Frage stellt.

51 Mangels eines Gegenbeweises ist nämlich anzunehmen, dass jeder Verband seine Erklärung freiwillig unterzeichnet hat und sich ihren Inhalt zu eigen macht. Zudem kann die Beweiskraft einer Erklärung nicht deshalb verneint werden, weil sie nicht vor einem Notar abgegeben wurde (Urteil des Gerichts vom 10. September 2008, Boston Scientific/HABM — Terumo [CAPIO], T-325/06, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 41).

52 Zudem ist das Vorbringen der Klägerin zurückzuweisen, die Erklärungen von Händlern für landwirtschaftliche Maschinen und von Verbänden der Hersteller landwirtschaftlicher Maschinen seien nicht glaubhaft.

53 Zunächst einmal ist der Rechtsprechung nicht zu entnehmen, dass nur die Erklärungen von Verbraucherverbänden berücksichtigt werden könnten. Im Gegenteil umfasst die vom Gerichtshof in diesem Zusammenhang verwendete Formulierung „Erklärungen von Industrie- und Handelskammern oder von anderen Berufsverbänden“ (Urteil Windsurfing Chiemsee, Randnr. 51) auch die Erklärungen von Hersteller- und/oder Händlerverbänden.

54 Im vorliegenden Fall ist deshalb nur zu klären, ob die verschiedenen Verbände, die Erklärungen abgegeben haben, als unabhängig betrachtet werden können, so dass sie ihre Erklärungen verfassen konnten, ohne dem spezifischen Interesse der Streithelferin Rechnung zu tragen.

55 In Bezug auf die Bauernverbände und die Verbände der Hersteller landwirtschaftlicher Maschinen, deren wesentliches Ziel es ist, die Interessen des Sektors, den sie vertreten und organisieren, zu schützen und zu fördern, hat die Klägerin keinerlei Anhaltspunkte für deren Parteilichkeit oder Interesse daran, dass die Streithelferin eine Markeneintragung erlangt, die ihr nicht zusteht, dargelegt. Daher hat die Beschwerdekammer die Erklärungen dieser Verbände zu Recht berücksichtigt.

56 Zur Frage der Unabhängigkeit der Organisationen, die in Finnland und Italien als Händler für die Klägerin tätig geworden sind, genügt der Hinweis, dass ihre Erklärungen nur diejenigen des italienischen Verbands der Hersteller landwirtschaftlicher Maschinen sowie des finnischen Bauernverbands bestätigen. Wie bereits oben in Randnr. 55 dargelegt, hat die Klägerin keinerlei Anhaltspunkte vorgetragen, die die Beweiskraft der Erklärungen dieser beiden Verbände in Zweifel ziehen könnten. Folglich kann die Berücksichtigung der Erklärungen der finnischen und der italienischen Händler durch die Beschwerdekammer nicht zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung führen.

57 Zum Vorbringen, die Erklärungen bewiesen keine „exklusive Benutzung" der angegriffenen Marke durch die Streithelferin, ist festzustellen, dass nicht die exklusive Benutzung der Marke entscheidend ist, sondern die gedankliche Verbindung, die von den Verkehrskreisen zwischen der Marke und der betrieblichen Herkunft hergestellt wird.

58 Mit Ausnahme der Erklärungen zu Irland und Dänemark sagen die Erklärungen der verschiedenen Verbände im vorliegenden Fall aus, dass die Kombination der Farben Grün und Gelb bei landwirtschaftlichen Maschinen im betreffenden Sektor mit der Streithelferin gedanklich in Verbindung gebracht werde. Diese Aussage wird von der Meinungsumfrage in Deutschland bestätigt.

59 Nach den vorgelegten Erklärungen wird in Irland und Dänemark die genannte Farbkombination mit Waren mehrerer Hersteller gedanklich in Verbindung gebracht und nicht nur mit denen der Streithelferin. Dies kann jedoch nicht die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung zur Folge haben.

60 Erstens hat sich die Beschwerdekammer bei der Beurteilung des Erwerbs von Unterscheidungskraft der angegriffenen Marke auf ein Indizienbündel (u. a. auf die Erklärungen verschiedener Verbände und die Meinungsumfrage in Deutschland) sowie darauf gestützt, dass die Waren der Streithelferin über einen erheblichen Zeitraum auf allen relevanten Märkten beständig präsent waren und die Streithelferin die Kombination der Farben Grün und Gelb über einen längeren Zeitraum intensiv als Marke auf ihren Waren benutzt hatte.

61 Zweitens ergibt sich aus Randnr. 5 der angefochtenen Entscheidung, dass die Streithelferin seit 1947 auf dem dänischen Markt und seit 1951 auf dem irischen Markt präsent ist. Den Akten der Beschwerdekammer ist überdies zu entnehmen, dass die Präsenz der Streithelferin auf diesen beiden Märkten seit 1970 gefestigt war, vergleichbar mit ihrer Präsenz in mehreren anderen Mitgliedstaaten zu jener Zeit.

62 Daher kann der Beschwerdekammer nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie zu dem Ergebnis gelangt ist, es sei rechtlich hinreichend nachgewiesen, dass die angegriffene Marke am 1. April 1996, dem Zeitpunkt ihrer Anmeldung, Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 40/94 erlangt habe.

63 Demnach hat der erste Klagegrund der Klägerin keinen Erfolg.

Zum zweiten und zum dritten Klagegrund: Verstoß gegen Art. 8 Abs. 4 und Verstoß gegen Art. 73 der Verordnung Nr. 40/94

Vorbringen der Parteien

64 Im Rahmen des zweiten und des dritten Klagegrundes macht die Klägerin im Wesentlichen geltend, dass in der angefochtenen Entscheidung für ihre nicht eingetragene italienische Farbmarke mit den Farben Grün und Gelb strengere Kriterien angewandt worden seien als bei der Prüfung der Anmeldung der angegriffenen Marke, obwohl die Voraussetzungen für den Erwerb der Rechte an der Marke in beiden Fällen im Wesentlichen gleich seien. Die Beschwerdekammer habe somit nicht nur gegen Art. 8 Abs. 4 der Verordnung Nr. 40/94, sondern auch gegen Art. 73 dieser Verordnung verstoßen, da ihre Begründung unzureichend und widersprüchlich sei.

65 Das HABM und die Streithelferin beantragen die Zurückweisung dieser Klagegründe.

Würdigung durch das Gericht

66 Der Klagegrund, mit dem ein Verstoß gegen Art. 73 der Verordnung Nr. 40/94 gerügt wird, ist nicht begründet.

67 Aus der Rechtsprechung ergibt sich nämlich, dass die nach Art. 73 der Verordnung Nr. 40/94 erforderliche Begründung die Überlegungen desjenigen, der den Rechtsakt erlassen hat, klar und eindeutig zum Ausdruck bringen muss. Diese Verpflichtung soll dem doppelten Ziel dienen, die Beteiligten über die Gründe für die erlassene Maßnahme zu unterrichten, damit sie ihre Rechte verteidigen können, und es außerdem dem Gemeinschaftsrichter zu ermöglichen, die Rechtmäßigkeit der Entscheidung zu überprüfen (vgl. Urteil des Gerichts vom 21. November 2007, Wesergold Getränkeindustrie/HABM — Lidl Stiftung [VITAL FIT], T-111/06, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 62 und die dort angeführte Rechtsprechung).

68 Ebenfalls in Erinnerung zu rufen ist, dass ein Widerspruch in der Begründung einer Entscheidung eine Verletzung der Begründungspflicht nach Art. 73 der Verordnung Nr. 40/94 darstellt, die die Gültigkeit der betreffenden Handlung beeinträchtigen kann, wenn nachgewiesen wird, dass der Adressat der Handlung infolge dieses Widerspruchs die wirklichen Gründe der Entscheidung insgesamt oder zum Teil nicht erkennen konnte und infolgedessen der verfügende Teil der Entscheidung ganz oder teilweise ohne rechtliche Stütze ist (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 24. Januar 1995, Tremblay u. a./Kommission, T-5/93, Slg. 1995, II-185, Randnr. 42).

69 Im vorliegenden Fall rügt die Klägerin nicht, dass sie nicht in der Lage gewesen sei, die Gründe zu erkennen, aus denen die Beschwerdekammer die angefochtene Entscheidung erlassen hat. Sie macht vielmehr geltend, dass die Beschwerdekammer vergleichbare Beweise unterschiedlich bewertet habe und deshalb aus ähnlichen Sachverhalten unterschiedliche Schlüsse gezogen habe. Ein solches Vorgehen kann

jedoch — seinen Nachweis unterstellt — nicht gegen Art. 73 der Verordnung Nr. 40/94, sondern nur gegen Art. 8 Abs. 4 dieser Verordnung verstoßen.

70 Zum gerügten Verstoß gegen Art. 8 Abs. 4 der Verordnung Nr. 40/94 trägt die Klägerin vor, die Beschwerdekammer habe angenommen, dass sie auf dem italienischen Markt kein faktisches Markenrecht erworben habe, obwohl die Farben ihres Zeichens identisch mit denen der angegriffenen Marke seien, die erbrachten Beweise den gleichen oder sogar höheren Beweiswert hätten und die Voraussetzungen für den Erwerb einer Sekundärbedeutung dieselben seien.

71 In diesem Zusammenhang entspricht die Beweislast, die die Klägerin nach Art. 8 Abs. 4 der Verordnung Nr. 40/94 trägt, derjenigen, die die Streithelferin nach Art. 7 Abs. 3 dieser Verordnung trägt.

72 Im vorliegenden Fall ergibt sich jedoch aus den unbestrittenen Tatsachen, dass die von der Klägerin vor der Beschwerdekammer erbrachten Beweise insgesamt von geringerem Beweiswert waren als die von der Streithelferin vorgelegten.

73 Erstens ist zwischen den Verfahrensbeteiligten unstreitig, dass die Klägerin zumindest zwischen 1973 und 1982 in Italien aufgehört hat, die Kombination der Farben Grün und Gelb auf ihren Waren zu verwenden. Obwohl es der Klägerin möglich gewesen wäre, zwischen 1983 und 1996 ein nicht eingetragenes Recht für ihr Zeichen durch Benutzung zu erwerben, hat sie es nicht getan. Aus den Feststellungen in den Randnrn. 45 und 46 der angefochtenen Entscheidung ergibt sich auch, dass die Klägerin nicht bestreitet, dass sie die Kombination der Farben Grün und Gelb nicht kohärent und einheitlich verwendet hat, sondern vielmehr mehrere Grün- und Gelbtöne sowie eine Farbkombination aus Grün und Weiß.

74 Daher waren die Aussetzung der Benutzung der Kombination der Farben Grün und Gelb als Marke und die uneinheitliche Verwendung dieser Farben geeignet, zu

verhindern, dass die Verkehrskreise die Klägerin konsequent mit einer genauen Farbkombination in Verbindung brachten.

75 Zweitens hat die Beschwerdekammer den Beweiswert der Aussagen von ehemaligen Mitarbeitern der Klägerin zu Recht als zweifelhaft angesehen. Wie den Randnrn. 46 und 54 der angefochtenen Entscheidung zu entnehmen ist, wurden diese Aussagen nicht durch andere Beweise in den Akten bestätigt, und teilweise wurde ihnen sogar widersprochen.

76 Drittens kann der Beschwerdekammer kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass sie die von der Klägerin vorgelegte Marktstudie nicht für überzeugend gehalten hat. Sie hat in den Randnrn. 57 und 58 der angefochtenen Entscheidung zutreffend festgestellt, dass die Teilnehmer dieser Studie im Gegensatz zu der von der Streithelferin durchgeführten nicht zu den Gründen für eine bestimmte Antwort befragt worden seien und ihnen kein anderes Bild in einer anderen Farbe gezeigt worden sei, um zu gewährleisten, dass sie das Bild nicht wegen anderer Kriterien als der Farbe wiedererkannt hätten. Diese Tatsachen werden von der Klägerin nicht bestritten. Daher ist nicht feststellbar, ob die Teilnehmer am Ende der Untersuchung der Klägerin deren Waren allein aufgrund ihrer Farben und nicht aufgrund ihrer Form oder anderer Merkmale erkannt haben.

77 Ebenfalls zutreffend hat die Beschwerdekammer den Schluss gezogen, dass der Beweiswert der Untersuchung der Klägerin deutlich geringer sei als derjenige der Untersuchung der Streithelferin, da von den im Rahmen der Untersuchung der Klägerin befragten Personen verlangt worden sei, aus dem Gedächtnis zu rekonstruieren, wie sie die Marken vor zehn Jahren wahrgenommen hätten.

78 Demnach sind der zweite und der dritte Klagegrund zurückzuweisen.

79 Die Klage wird daher abgewiesen.

Kosten

80 Nach Art. 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 HABM und der Streithelferin die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Achte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die BCS SpA trägt die Kosten.

Martins Ribeiro Wahl Dittrich

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 28. Oktober 2009.

Unterschriften