

**PRÜFUNGSRICHTLINIEN FÜR
UNIONSMARKEN**

**AMT DER EUROPÄISCHEN UNION
FÜR GEISTIGES EIGENTUM
(EUIPO)**

TEIL B

PRÜFUNG

ABSCHNITT 4

ABSOLUTE EINTRAGUNGSHINDERNISSE

KAPITEL 14

**DURCH BENUTZUNG ERWORBENE
UNTERSCHIEDUNGSKRAFT
(ARTIKEL 7 ABSATZ 3 UMV)**

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	3
2	Anträge	3
3	Zeitpunkt, für den die erworbene Unterscheidungskraft nachzuweisen ist	4
	3.1 Prüfverfahren	4
	3.2 Lösungsverfahren	5
4	Verbraucher	5
5	Waren und Dienstleistungen	6
6	Territoriale Aspekte	6
	6.1 Besondere Bestimmungen in Bezug auf den Beitritt neuer Mitgliedstaaten	7
	6.3 Extrapolation	8
7	Beweismaß	9
8	Beurteilung der Nachweise	11
	8.1 Meinungsumfragen und Erhebungen	12
	8.2 Marktanteil, Werbeinvestitionen und Umsatzzahlen	13
	8.3 Erklärungen, eidesstattliche Versicherungen und schriftliche Erklärungen	14
	8.4 Voreintragungen auf der Grundlage erworbener Unterscheidungskraft	15
	8.5 Art und Weise der Benutzung	15
	8.6 Dauer der Benutzung	16
	8.7 Nachweise nach dem Anmeldetag	17
9	Folgen der erworbenen Unterscheidungskraft	17

1 Einleitung

Entsprechend Artikel 7 Absatz 3 UMV kann eine Marke eintragungsfähig sein, auch wenn sie nicht den Anforderungen von Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b, c oder d UMV entspricht, „wenn die Marke für die Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird, infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat“.

Artikel 7 Absatz 3 UMV beschreibt eine Ausnahme zu den Bestimmungen in Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b, c oder d UMV, wonach Marken von der Eintragung ausgeschlossen sind, die keine Unterscheidungskraft als solche aufweisen, die beschreibende Marken sind oder die ausschließlich aus Angaben bestehen, die im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten üblich geworden sind.

Eine durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft bedeutet, dass das Zeichen zwar ursprünglich keine Unterscheidungskraft in Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen aufweist, das jedoch zumindest ein erheblicher Teil der maßgeblichen Verkehrskreise infolge der Benutzung im Markt das Zeichen dafür erkennt, dass die in der Unionsmarkenanmeldung genannten Waren und Dienstleistungen von einem bestimmten Unternehmen stammen. Das Zeichen hat also die Eigenschaft erworben, Waren und Dienstleistungen dieses Unternehmens von denen anderer zu unterscheiden, da sie als von diesem bestimmten Unternehmen stammend wahrgenommen werden. Daher kann eine ursprünglich nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b, c oder d UMV nicht eintragungsfähige Marke eine neue Bedeutung erlangen und ihr Begriffsinhalt, der nicht mehr ausschließlich beschreibend oder nicht unterscheidungskräftig ist, kann die absoluten Eintragungshindernisse überwinden.

2 Anträge

Das Amt wird die erworbene Unterscheidungskraft erst auf Antrag des Anmelders der Unionsmarke prüfen. Das Amt ist nur dann verpflichtet, Tatsachen zu prüfen, die belegen, dass die beanspruchte Marke im Sinne von Artikel 7 Absatz 3 UMV durch Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, „wenn der Anmelder sie geltend gemacht hat“ (Urteil vom 12/12/2002, T-247/01, Ecopty, EU:T:2002:319, § 47).

Gemäß Artikel 2 Absatz 2 UMDV kann die Anmeldung einen Anspruch umfassen, dass das Zeichen im Sinne von Artikel 7 Absatz 3 UMV durch Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, sowie eine Angabe, ob es sich bei diesem Anspruch um einen Haupt- oder Hilfsanspruch handelt. Dieser Anspruch kann auch innerhalb der in Artikel 42 Absatz 2, zweiter Satz UMV genannten Frist angemeldet werden.

Daher kann der Anmelder ab dem 01/10/2017 und gemäß Artikel 2 Absatz 2 UMDV einen Anspruch als **Hauptanspruch** anmelden (d. h. ungeachtet der Wirkung in Bezug auf die innewohnende Unterscheidungskraft des Zeichens). In diesem Fall wird das Amt eine einzige Entscheidung in Bezug auf die dem Zeichen innewohnende Unterscheidungskraft und, wenn keine solche festgestellt wurde, in Bezug auf den Anspruch auf durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft treffen.

Als zweite (neue) Option kann der Anspruch als **Hilfsanspruch** in Abhängigkeit von einer Entscheidung zu der dem Zeichen innewohnenden Unterscheidungskraft angemeldet werden. In diesem Fall trifft das Amt **zwei** separate Entscheidungen zu

verschiedenen Zeitpunkten: Zunächst eine Entscheidung in Bezug auf die innewohnende Unterscheidungskraft der Marke und, wenn diese endgültig geworden ist (und fehlende innewohnende Unterscheidungskraft festgestellt wurde), eine zweite Entscheidung in Bezug auf die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft.

Bei dem Anspruch muss exakt und eindeutig angegeben werden, um welche Art von Anspruch es sich handelt.

In Bezug auf den Zeitpunkt des Antrags müssen beide Arten von Ansprüchen wie folgt angemeldet werden:

- zusammen mit der Anmeldung; oder
- spätestens als Antwort auf die erste Beanstandung des Prüfers.

Daher ist es nicht möglich, einen Anspruch in Bezug auf durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft zum ersten Mal während eines Beschwerdeverfahren geltend zu machen.

Sollte der Anmelder einen formal richtigen **Hilfsanspruch** eingereicht haben, wird der Prüfer zunächst hinsichtlich der **innewohnenden Unterscheidungskraft** der angemeldeten Marke entscheiden und in Anwendung von Artikel 66 Absatz 2 UMV darauf hinweisen, dass diese Teilentscheidung in einer separaten Beschwerde angefochten werden kann. Wenn diese Teilentscheidung endgültig geworden ist, nimmt der Prüfer das Prüfungsverfahren wieder auf und untersucht den Anspruch auf die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft. Dabei wird er unter Hinweis auf die wirksam gewordenen Schlussfolgerungen im Hinblick auf die fehlende innewohnende Unterscheidungskraft (Aspekte wie Verkehrskreise, Gebiet, Waren und Dienstleistungen) eine Frist zur Substanziierung des entsprechenden Anspruches setzen.

3 Zeitpunkt, für den die erworbene Unterscheidungskraft nachzuweisen ist

Die Nachweise müssen belegen, dass die Unterscheidungskraft infolge Benutzung vor dem Datum der Anmeldung der Unionsmarke erworben wurde. Im Falle einer internationalen Registrierung ist der relevante Zeitpunkt das Datum der Eintragung durch das Internationale Büro bzw., im Falle einer nachträglichen Benennung, das Datum der Benennung. Wird Priorität beansprucht, ist der Prioritätstag maßgeblich. Nachfolgend werden alle diese Zeitpunkte als „Anmeldetag“ bezeichnet.

3.1 Prüfverfahren

Da eine Marke ab dem Anmeldetag Schutz genießt und da der Tag der Anmeldung zur Eintragung die Priorität einer Marke gegenüber einer anderen bestimmt, muss eine Marke an diesem Tag eintragungsfähig sein. Der Anmelder muss daher nachweisen, dass die Unterscheidungskraft infolge Benutzung dieser Marke vor dem Tag der Anmeldung zur Eintragung erworben wurde (Urteile vom 11/06/2009, C-542/07 P, Pure Digital, EU:C:2009:362, § 49, 51; 07/09/2006, C-108/05, Europolis, EU:C:2006:530, § 22). Nachweise für die Benutzung der Marke nach diesem Zeitpunkt sind nicht automatisch zu verwerfen, da sie möglicherweise aussagekräftige Angaben zur

Situation vor dem Datum der Anmeldung enthalten können (Urteil vom 28/10/2009, T-137/08, Green/Yellow, EU:T:2009:417, § 49).

3.2 Löschungsverfahren

In Löschungsverfahren darf eine Marke, die entgegen den Vorschriften von Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b, c oder d UMV eingetragen wurde, dennoch nicht mehr für nichtig erklärt werden, falls sie aufgrund der Benutzung **seit ihrer Eintragung** Unterscheidungskraft hinsichtlich der Waren oder Dienstleistungen erworben hat, für die sie eingetragen wurde (Artikel 59 Absatz 2 UMV).

Zweck dieser Bestimmung ist es, die Eintragung dieser Marken aufrechtzuerhalten, die infolge ihrer Benutzung in der Zwischenzeit – also seit ihrer Eintragung und in jedem Falle vor der Einreichung eines Antrags auf Nichtigerklärung – Unterscheidungskraft für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen wurden, erworben haben, obwohl sie zum Zeitpunkt der Eintragung nicht Artikel 7 UMV entsprochen haben (Urteile vom 14/12/2011, T-237/10, Clasp lock, EU:T:2011:741, § 52-53, 86; 15/10/2008, T-405/05, Manpower, EU:T:2008:442, § 127, 146; 10/12/2008, T-365/06, Bateaux-Mouches, EU:T:2008:559, § 37-38).

4 Verbraucher

Die Unterscheidungskraft eines Zeichens, auch wenn sie durch Benutzung erworben wurde, ist in Bezug auf die Wahrnehmung des durchschnittlichen Verbrauchers für die Kategorie der betreffenden Waren oder Dienstleistungen festzustellen. Diese Verbraucher sind als normal informiert und angemessen aufmerksam sowie verständlich anzusehen. Die Definition der maßgeblichen Verkehrskreise ist mit einer Prüfung der angestrebten Käufer der betreffenden Waren oder Dienstleistungen verknüpft, da die Marke ihre Hauptfunktion in Bezug auf diese Käufer erfüllen muss. Folglich muss eine solche Definition unter Bezugnahme auf die Hauptfunktion einer Marke erfolgen, um die Identität des Ursprungs der Waren oder Dienstleistungen, auf die sich die Marke bezieht, für die Verbraucher oder Endverbraucher zu garantieren und sie in die Lage zu versetzen, ohne die Gefahr einer Verwechslung die Waren oder Dienstleistungen von anderen mit anderem Ursprung zu unterscheiden (Urteil vom 29/09/2010, T-378/07, Représentation d'un tracteur en rouge, noir et gris, EU:T:2010:413, § 33, 38).

Zu den maßgeblichen Verbrauchern sind daher nicht nur Personen zu zählen, die diese Waren und Dienstleistungen tatsächlich erworben haben, sondern auch alle potenziell Interessierten im Sinne von potenziellen Käufern (Urteil vom 29/09/2010, T-378/07, Représentation d'un tracteur en rouge, noir et gris, EU:T:2010:413, § 41 ff.).

Potenzielle Käufer werden durch die bestimmte Ware oder Dienstleistung definiert, für welche die Marke angemeldet wird. Ist die Kategorie der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen sehr breit gefasst (beispielsweise Taschen oder Armbanduhren), so ist es unerheblich, wenn es sich bei den Waren, die tatsächlich unter dem Zeichen angeboten werden, um sehr teure Luxusgüter handelt – die Verkehrskreise umfassen alle potenziellen Käufer der Waren, für die eine Unionsmarke angemeldet wird, einschließlich der Waren, die billiger sind und keine Luxuswaren darstellen, wenn sich der Anspruch auf die breitgefaste Kategorie bezieht.

5 Waren und Dienstleistungen

Da die Hauptfunktion einer Marke darin besteht, den Ursprung der Waren und Dienstleistungen zu garantieren, ist die erworbene Unterscheidungskraft in Bezug auf die betreffenden Waren und Dienstleistungen zu beurteilen. Die Nachweise des Anmelders müssen daher eine Verbindung zwischen dem Zeichen und den Waren und Dienstleistungen, für die dieses Zeichen angemeldet wird, belegen und darlegen, dass die maßgeblichen Verkehrskreise oder zumindest ein beträchtlicher Teil dieser die Waren aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen (Urteile vom 04/05/1999, C-108/97 und C-109/97, Chiemsee, EU:C:1999:230, § 52; 19/05/2009, T-211/06, Cybercrédit et al., EU:T:2009:160, § 51).

6 Territoriale Aspekte

Gemäß Artikel 1 UMV ist eine Unionsmarke einheitlich und hat einheitliche Wirkung für die gesamte Europäische Union. Folglich ist eine Marke auch dann von der Eintragung ausgeschlossen, wenn sie nur in einem Teil der EU keine Unterscheidungskraft besitzt. Dieser Teil der Europäischen Union kann aus einem einzigen Mitgliedstaat bestehen (siehe diesbezüglich die Urteile vom 22/06/2006, C-25/05 P, Bonbonverpackung, EU:C:2006:422, § 81-83; 29/09/2010, T-378/07, Représentation d'un tracteur en rouge, noir et gris, EU:T:2010:413, § 45 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Als logische Folge muss daher die erworbene Unterscheidungskraft für das gesamte Gebiet, in dem die Marke ursprünglich keine Unterscheidungskraft besaß, nachgewiesen werden (Urteile vom 22/06/2006, C-25/05 P, Bonbonverpackung, EU:C:2006:422, § 83, 86; 29/09/2010, T-378/07, Représentation d'un tracteur en rouge, noir et gris, EU:T:2010:413, § 30).

Dies kann für die Anmelder schwierig und aufwendig sein, insbesondere im Hinblick auf dreidimensionale oder Farbmarken, bei denen die Verbraucherwahrnehmung hinsichtlich der möglicherweise fehlenden immanenten Unterscheidungskraft höchstwahrscheinlich in jedem Mitgliedstaat der Europäischen Union die gleiche sein wird. Diesbezüglich stellte das Gericht fest, dass es ungeachtet der Tatsache, dass die erworbene Unterscheidungskraft für die **gesamte Europäische Union** nachzuweisen sei, **zu weit ginge**, „zu verlangen, dass der Nachweis eines solchen Erwerbs für **jeden Mitgliedstaat einzeln** erbracht werden muss“ (Urteil vom 24/05/2012, C-98/11 P, Hase, EU:C:2012:307, § 62).

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob das Amt ausgewählte Beweise **extrapolieren** und auf dieser Grundlage breiter gefasste Schlussfolgerungen ziehen kann. Dies betrifft die Frage, inwieweit Nachweise, die infolge Benutzung erworbene Unterscheidungskraft in bestimmten Mitgliedstaaten belegen, herangezogen werden können, um auf die Marktsituation in anderen Mitgliedstaaten, die nicht von den Nachweisen abgedeckt wurden, zu schließen (siehe nachstehenden Abschnitt 6.3).

Beweismittel in Bezug auf die erworbene Unterscheidungskraft sind **als Ganzes zu prüfen**, wobei insbesondere der von der Marke gehaltene Marktanteil sowie die Intensität, Häufigkeit und Dauer der Benutzung der Marke zu berücksichtigen sind (siehe nachstehenden Abschnitt 8). Aus den Nachweisen muss hervorgehen, dass ein erheblicher Teil der maßgeblichen Verkehrskreise die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt. Beweismittel aus Drittstaaten sind irrelevant, soweit sie nicht

Schlussfolgerungen über die Benutzung innerhalb der EU zulassen (Urteil vom 24/07/2014, T-273/12, Ab in den Urlaub, EU:T:2014:568, § 45).

6.1 Besondere Bestimmungen in Bezug auf den Beitritt neuer Mitgliedstaaten

Entsprechend den Bestimmungen der EU-Beitrittsverträge kann eine vor dem Beitritt eines Mitgliedstaats angemeldete Unionsmarke nur aus Gründen abgelehnt werden, die bereits vor dem Beitrittsdatum bestanden haben. In den Prüfverfahren des Amtes ist daher die erworbene Unterscheidungskraft nur in Bezug auf die Staaten nachzuweisen, die zum Zeitpunkt der Anmeldung der Unionsmarke Mitgliedstaaten der EU waren, und nicht in Bezug auf die Staaten, die erst danach beigetreten sind.

6.2 Sprachraum

Unbeschadet der Möglichkeit der Extrapolation der Nachweise (siehe nachstehenden Abschnitt 6.3) muss die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft grundsätzlich in Bezug auf all jene Mitgliedstaaten/Gebiete nachgewiesen werden, in denen die angemeldete UM aus den nachstehenden Gründen beanstandet wird:

- ihre Bedeutung in der Amtssprache eines oder mehrerer Mitgliedstaaten (z. B. Deutsch in Österreich und Deutschland); und/oder
- sie ist in der Sprache eines Mitgliedstaats, die seitens der maßgeblichen Verkehrskreise eines anderen Mitgliedstaats/anderer Mitgliedstaaten verstanden wird, in denen diese Sprache keine Amtssprache ist (z. B. grundlegende englische Wörter); und/oder
- sie ist in einer Sprache, die ein erheblicher Teil der maßgeblichen Verkehrskreise in mindestens einem Teil der Europäischen Union versteht (z. B. das türkische Wort „hellim“ in Zypern, Urteil vom 13/06/2012, T-534/10, Hellim, EU:T:2012:292).

Weitere Erläuterungen zu den oben dargelegten verschiedenen Szenarien sind den Richtlinien, Teil B, Prüfung, Abschnitt 4, Absolute Eintragungshindernisse, Kapitel 4: Beschreibende Marken (Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c UMV) zu entnehmen.

Besondere Sorgfalt ist aufzuwenden, wenn eine Sprache in mehr als einem Mitgliedstaat Amtssprache ist. In diesen Fällen, also wenn es um eine Beanstandung wegen absoluter Eintragungshindernisse geht, die auf der Bedeutung des Wortlautes in einer bestimmten Sprache beruhen, ist die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft für jeden Mitgliedstaat nachzuweisen, in dem diese Sprache Amtssprache ist (sowie für alle anderen Mitgliedstaaten oder Märkte, in denen diese verstanden wird).

Beispiele für Sprachen, die in mehr als einem EU-Mitgliedstaat Amtssprache sind:

Sprache	Amtssprache in den folgenden Mitgliedstaaten
Deutsch	Deutschland, Österreich, Luxemburg und Belgien
Griechisch	Griechenland und Zypern
Englisch	Vereinigtes Königreich, Irland, Malta
Französisch	Frankreich, Belgien, Luxemburg
Niederländisch	Niederlande und Belgien
Schwedisch	Schweden und Finnland (Urteil vom 09/07/2014, T-520/12, Giffar, EU:T:2014:620, Bestätigung der Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer vom 18/09/2012, R 46/12-2, Giffar)

Darüber hinaus ist auch zu berücksichtigen, dass es in einigen Regionen **große Minderheiten** gibt, deren Muttersprache eine andere Sprache als die Amtssprache(n) des betreffenden Mitgliedstaats ist und die häufig auch als Minderheitensprache geschützt ist. So steht Deutsch beispielsweise in der italienischen autonomen Region Trentino-Alto Adige mit Italienisch auf einer Stufe (Entscheidung vom 10/10/2014, R 574/2013-G, SUEDTIROL, § 17) und Französisch mit Italienisch in der italienischen Region Valle d'Aosta, während in Dänemark eine große deutschsprachige Minderheit lebt (Urteil vom 24/06/2014, T-273/12, Ab in den Urlaub, EU:T:2014:568, § 44).

6.3 Extrapolation

Wie oben erläutert, muss die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft für den Teil der Europäischen Union nachgewiesen werden, in dem die betreffende Marke **ursprünglich** keine solche Unterscheidungskraft besessen hat.

Dies kann für die Anmelder schwierig und aufwendig sein, insbesondere, wenn die Beanstandung in der gesamten Europäischen Union besteht. Dies ist üblicherweise bei **3D-Marken, Farben als solchen und bei Bildmarken, die ausschließlich aus der Abbildung der betreffenden Ware bestehen**, der Fall, da zu vermuten ist, „dass die Beurteilung ihrer Unterscheidungskraft in der gesamten Union gleich ausfällt, es sei denn, es lägen konkrete gegenteilige Anhaltspunkte vor“ (Urteil vom 24/02/2016, T-411/14, Shape of a bottle [3D], EU:T:2016:94, § 68).

Das Gericht stellte jedoch fest, dass es ungeachtet der Tatsache, dass die erworbene Unterscheidungskraft für die **gesamte Europäische Union** nachzuweisen sei, zu weit ginge, „zu verlangen, dass der Nachweis eines solchen Erwerbs für **jeden Mitgliedstaat einzeln** erbracht werden muss“ (Urteil vom 24/05/2012, C-98/11 P, Hase, EU:C:2012:307, § 62). Dieser Grundsatz impliziert, dass wenn man das Unionsgebiet als ein Puzzle betrachtet, der fehlende Nachweis der erworbenen Unterscheidungskraft für einen oder mehrere einzelne nationale Märkte unter Umständen nicht ausschlaggebend ist, sofern das „fehlende Puzzleteilchen“ nicht das Gesamtbild beeinträchtigt, d. h. die Tatsache, dass in den verschiedenen Teilen oder Regionen der Europäischen Union ein erheblicher Teil der maßgeblichen europäischen Verkehrskreise das Zeichen als eine Marke wahrnimmt.

Angesichts des Obenstehenden ist das Amt der Ansicht, dass es in bestimmten Fällen möglich ist, **ausgewählte Beweise zu extrapolieren und auf dieser Grundlage breiter gefasste Schlussfolgerungen zu ziehen**. Folglich können Nachweise, die infolge Benutzung erworbene Unterscheidungskraft in bestimmten Mitgliedstaaten belegen, herangezogen werden, um auf die Marktsituation in anderen Mitgliedstaaten, die nicht von den Nachweisen abgedeckt wurden, zu schließen.

Eine solche Extrapolation, um breiter gefasste Schlüsse zu ziehen, ist insbesondere in einer erweiterten Europäischen Union mit zahlreichen Mitgliedstaaten von Bedeutung,

da die Parteien mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht in der Lage sein werden, umfassende Nachweise mit Bezug auf die gesamte Europäische Union vorzulegen, und sich stattdessen häufig auf einige Gebiete konzentrieren.

Eine Extrapolation ist nur unter den **beiden** folgenden **Voraussetzungen** möglich:

- **Der Markt ist homogen** (d. h. das Gebiet, für das die erworbene Unterscheidungskraft nachgewiesen wurde, und das Gebiet, für das der Nachweis extrapoliert wird): Marktbedingungen und Verbrauchergewohnheiten müssen vergleichbar sein. Es ist daher besonders wichtig, dass der Anmelder Angaben zur Größe des Marktes, seinem eigenen Marktanteil und, wenn möglich, den Marktanteilen seiner wichtigsten Wettbewerber sowie zu seinen Werbeausgaben vorlegt. Das Amt kann die Ergebnisse eines Gebiets nur dann auf ein anderes Gebiet extrapolieren, wenn alle Daten vergleichbar sind. Im Falle von Umfragen, die nur einige Mitgliedstaaten erfassen, muss der Anmelder beispielsweise nachweisen, dass die „Märkte der von den Umfragen erfassten Mitgliedstaaten mit“ den Märkten der anderen Mitgliedstaaten „vergleichbar und die Ergebnisse dieser Umfragen im Wege der Extrapolation auf diese Länder anwendbar“ sind (Urteil vom 24/02/2016, T-411/14, *Shape of a bottle* [3D], EU:T:2016:94, § 80).
- **Für das Gebiet, für das der Nachweis extrapoliert wird, werden zumindest gewisse Nachweise vorgelegt.** Wenn die Unionsmarke im gesamten betreffenden Gebiet benutzt wird, sich die Nachweise jedoch größtenteils nur auf einen Teil des Gebiets beziehen, sind demzufolge Rückschlüsse möglich, wenn die Umstände vergleichbar sind und gewisse Nachweise für die Benutzung in einem oder mehreren anderen Teilen des maßgeblichen Gebiets vorgelegt werden.

So wurde der Nachweis für die erworbene Unterscheidungskraft der „Kombination der Farben Grün und Gelb“ in der gesamten Europäischen Union **akzeptiert**, obwohl für **zwei Mitgliedstaaten keine Nachweise** für die aktuellen Umsatzzahlen und keine offiziellen Erklärungen über die Wahrnehmung der maßgeblichen Verkehrskreise vorgelegt wurden (Urteil vom 28/10/2009, T-137/08, *Green/Yellow*, EU:T:2009:417, § 38 ff.).

Andererseits wies das Gericht den Anspruch auf erworbene Unterscheidungskraft für ein „Schachbrettmuster“ zurück, weil der Anmelder für **vier** der damals 15 maßgeblichen Mitgliedstaaten keine relevanten Nachweise vorgelegt hatte, ohne die für die übrigen elf Mitgliedstaaten vorgelegten Nachweise zu prüfen (Urteil vom 21/04/2015, T-359/12, *Device of a chequered pattern* [maroon & beige], EU:T:2015:215, § 101 ff., Rechtsmittel eingelegt).

7 Beweismaß

Für den Nachweis der durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft nach Artikel 7 Absatz 3 UMV gelten andere Anforderungen als für den Nachweis der ernsthaften Benutzung nach Artikel 47 Absatz 2 UMV. Während gemäß Artikel 7 Absatz 3 UMV die qualifizierte Benutzung nachgewiesen werden muss, das heißt, dass die maßgeblichen Verkehrskreise ein Zeichen, das an sich keine Unterscheidungskraft aufweist, als unterscheidungskräftig wahrnehmen, wird mit dem Nachweis der ernsthaften Benutzung ein vollkommen anderes Ziel verfolgt, namentlich die

Einschränkung der eingetragenen und geschützten Marken und damit der Zahl der zwischen ihnen herrschenden Konflikte.

Zudem befand das Gericht, die Rechtsprechung zu Artikel 7 Absatz 3 UMV dürfe nicht mit derjenigen verwechselt werden, die zur Erlangung von Bekanntheit (die für einen wesentlichen Teil der Europäischen Union, aber nicht für jeden Mitgliedstaat nachgewiesen werden müsse) ergangen sei. Der Anmelder müsse die Erlangung von Unterscheidungskraft durch Benutzung für den Teil der Union nachweisen, in dem die angegriffene Marke keine Unterscheidungskraft besessen habe. Daher dürfe die Rechtsprechung zu Artikel 7 Absatz 3 UMV nicht mit derjenigen zur Prüfung auf Erlangung von Bekanntheit verwechselt werden (Urteil vom 21/04/2015, T-359/12, Device of a chequered Pattern [maroon & beige], EU:T:2015:215, § 119-120 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Daher muss der Anmelder der Unionsmarke Nachweise vorlegen, anhand derer das Amt feststellen kann, „dass zumindest ein erheblicher Teil der maßgeblichen Verkehrskreise die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt“ (Urteil vom 15/12/2015, T-262/04, Briquet à Pierre, EU:T:2005:463, § 61, und die dort angeführte Rechtsprechung).

Die Nachweise müssen eindeutig und überzeugend sein. Der Anmelder der Unionsmarke muss alle erforderlichen Tatsachen eindeutig belegen, anhand derer zweifelsfrei festgestellt werden kann, dass die Marke als Herkunftsangabe verwendet wird, dass also die Benutzung der Marke bei den maßgeblichen Verkehrskreisen eine Verbindung zu den von einem bestimmten Unternehmen angebotenen Waren oder Dienstleistungen geschaffen hat, obwohl das betreffende Zeichen ohne eine solche Benutzung keine ausreichende Unterscheidungskraft besäße, um diese Verbindung zu schaffen.

So wurde beispielsweise festgestellt, dass die Kombination der Farben Grün und Gelb durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat, weil sie einen Hinweis auf die von einem bestimmten Unternehmen hergestellten Maschinen darstellte. Als Nachweis hierfür wurden mehrere Erklärungen von Berufsverbänden, denen zufolge diese Kombination einen Bezug zu den von diesem Unternehmen hergestellten landwirtschaftlichen Maschinen herstellte, sowie die Tatsache berücksichtigt, dass das Unternehmen dieselbe Farbkombination in der Europäischen Union bereits vor 1996 für einen erheblichen Zeitraum konsequent für seine Maschinen verwendet hatte (Urteil vom 28/10/2009 T-137/08, Green/Yellow, EU:T:2009:417, § 36-37).

Die erworbene Unterscheidungskraft muss demnach das Ergebnis der Benutzung der Marke als Marke und nicht als rein funktionale Verpackung (Urteil vom 25/09/2014, T-474/12, Shape of goblets [3D], EU:T:2014:813, § 56-58, und die dort angeführte Rechtsprechung) oder als beschreibender Hinweis auf der Verpackung sein. So erfolgt beispielsweise die Benutzung des Zeichens „Gifflar“ (das im Schwedischen ein Gebäck bezeichnet) auf der Verpackung von Backwaren gemeinsam mit beschreibenden Angaben zu Geschmacksrichtungen in einem beschreibenden Kontext und nicht als Herkunftsangabe (Urteil vom 09/07/2014, T-520/12, Gifflar, EU:T:2014:620, § 44-45).

Für die Feststellung der durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft gibt die Rechtsprechung hinsichtlich der Marktdurchdringung oder des Erkennungsgrads bei den maßgeblichen Verkehrskreisen keine festgelegten Prozentsätze vor (Urteil vom 19/06/2014, C-217/13 und C-218/13, Oberbank e.a., EU:C:2014:2012, § 48). Anstelle festgelegter prozentualer Anteile der maßgeblichen Verkehrskreise in einem

bestimmten Markt sollten die Nachweise vielmehr belegen, dass ein erheblicher Teil der Verkehrskreise die Marke als kennzeichnend für bestimmte Waren oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens wahrnimmt.

Die Nachweise müssen sich auf die einzelnen Waren und Dienstleistungen beziehen, die in der Unionsmarkenanmeldung beansprucht werden. Nach einer anfänglichen Beanstandung aufgrund absoluter Eintragungshindernisse nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b, c oder d UMV sind nur die beanspruchten Waren und Dienstleistungen eintragungsfähig, für welche eine infolge Benutzung erworbene Unterscheidungskraft nachgewiesen wurde.

8 Beurteilung der Nachweise

Bei der Feststellung erworbener Unterscheidungskraft können unter anderem die folgenden **Faktoren** berücksichtigt werden:

- der von der Marke im Hinblick auf die betreffenden Waren oder Dienstleistungen gehaltene Marktanteil;
- Angaben zur Intensität, geografischen Verbreitung und Dauer der Benutzung der Marke;
- die vom Unternehmen im Hinblick auf die betreffenden Waren oder Dienstleistungen in die Vermarktung der Marke investierten finanziellen Mittel;
- der Teil der maßgeblichen Verkehrskreise, der anhand der Marke die Waren oder Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt.

Urteile vom 04/05/1999, C-108/97 und C-109/97, Chiemsee, EU:C:1999:230, § 31; 29/09/2010, T-378/07, Représentation d'un tracteur en rouge, noir et gris, § 32.

Artikel 97 UMV enthält eine nicht erschöpfende Liste von **Beweismitteln**, die in Verfahren vor dem Amt **eingereicht oder ermittelt** werden können. Sie kann Anmeldern als Orientierung dienen. Beispiele für Nachweise, die herangezogen werden können, um eine erworbene Unterscheidungskraft aufzuzeigen, sind u. a.:

- Verkaufsbroschüren
- Kataloge
- Preislisten
- Rechnungen
- Jahresberichte
- Umsatzzahlen
- Zahlen und Berichte zu Werbeausgaben
- Werbeanzeigen (Presseveröffentlichungen, Werbeplakate, TV-Werbung) zusammen mit Belegen für deren Intensität und Reichweite
- Kunden- und/oder Markterhebungen
- eidesstattliche Erklärungen.

Weitere Einzelheiten zu Beweismitteln sind sinngemäß den Richtlinien, Teil C, Widerspruch, Abschnitt 5, Bekannte Marken, Artikel 8 Absatz 5 UMV, Absatz 3.1.4.4, zu entnehmen.

Auch hier gelten die grundlegenden Regeln der **Beweiswürdigung**. Das Amt muss eine **umfassende Würdigung aller vorgelegten Beweise** vornehmen (Urteil vom

04/05/199, C-108/97 und C-109/97, Chiemsee, EU:C:1999:230, § 49) und dabei alle Indizien gegeneinander abwägen.

Die Anmelder sollten sorgfältig darauf achten, dass diese Nachweise nicht nur die Benutzung der **angemeldeten Marke** belegen, sondern auch die **Zeitpunkte** dieser Benutzung und das genaue **geografische** Gebiet der Benutzung innerhalb der EU aufzeigen. Nachweise, die nicht mit einem bestimmten Zeitpunkt in Verbindung gebracht werden können, sind gewöhnlich nicht ausreichend für den Beleg, dass Unterscheidungskraft vor dem Anmeldetag erworben wurde, und die Benutzung außerhalb der EU kann die erforderliche Markterkennung der maßgeblichen Verkehrskreise innerhalb der EU nicht belegen. Des Weiteren sind Nachweise, in denen Daten zu Gebieten innerhalb und außerhalb der EU vermischt werden und anhand derer das Amt nicht erkennen kann, wie die Datenlage in Bezug auf die EU allein aussieht, als Beweis für die maßgeblichen Verkehrskreise in der EU ungeeignet.

Das Gericht hat erklärt, dass direkten Belegen, wie beispielsweise Erklärungen von Berufsverbänden und Marktstudien, in der Regel die größte Bedeutung als Nachweis der durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft beigemessen wird. Rechnungen, Werbeausgaben, Zeitschriften und Kataloge können unter Umständen zur Untermauerung solcher direkten Belege herangezogen werden (Urteil vom 29/01/13, T-25/11, Cortadora de cerámica, EU:T:2013:40, § 74).

Zur Beurteilung der Beweiskraft eines Dokuments ist dessen **Glaubwürdigkeit** zu prüfen. Es ist auch erforderlich, die Herkunft des Dokuments und die Umstände seiner Entstehung zu berücksichtigen sowie die Person, an die es gerichtet ist, und ob das Dokument im Großen und Ganzen fundiert und verlässlich erscheint (Urteile vom 07/06/2005, T-303/03, Salvita, EU:T:2005:200, § 42; 16/12/2008, T-86/07, Deitech, EU:T:2008:577, § 46 ff.).

8.1 Meinungsumfragen und Erhebungen

Meinungsumfragen zum Bekanntheitsgrad der Marke bei den maßgeblichen Verkehrskreisen des betreffenden Marktes können, sofern sie ordnungsgemäß durchgeführt wurden, eine der unmittelbarsten Arten von Nachweisen darstellen, da sie die tatsächliche Wahrnehmung durch das maßgebliche Publikum zeigen können. Es ist jedoch nicht einfach, eine Meinungsumfrage richtig zu formulieren und durchzuführen, sodass sie als **wirklich neutral und repräsentativ** gelten kann. Suggestivfragen, nicht repräsentative Stichproben und eine unsachgemäße Auswertung der Antworten sollten vermieden werden, da diese die Beweiskraft solcher Erhebungen aushöhlen können.

Daher sind Nachweise in Form von Meinungsumfragen sorgfältig zu prüfen. Es ist wichtig, dass die gestellten Fragen nicht suggestiv sind (Urteil vom 13/09/2012, T-72/11, Espetec, EU:T:2012:424, § 79). Die Kriterien für die Auswahl der Befragten müssen sorgfältig geprüft werden. Die Stichprobe muss aussagekräftig für die gesamten maßgeblichen Verkehrskreise und nach dem Zufallsprinzip ausgewählt worden sein (Urteil vom 29/01/2013, T-25/11, Cortadora de cerámica, EU:T:2013:40, § 88).

Nach Auffassung des Gerichts ist nicht auszuschließen, dass Erhebungen, die einige Zeit vor oder nach dem Anmeldetag erstellt wurden, nützliche Angaben enthalten könnten, obgleich auf der Hand liegt, dass deren Beweiskraft unterschiedlich zu bewerten ist, je nachdem, ob der Zeitpunkt der Befragung in großer oder geringer zeitlicher Nähe zum Anmeldetag oder Prioritätstag der betreffenden Markenmeldung

liegt. Der Beweiswert hängt zudem von der verwendeten Erhebungsmethode ab (Urteil vom 12/07/2006, T-277/04, Vitacoat, EU:T:2006:202, § 38-39).

Jedoch hat das Gericht klargestellt, dass die Ergebnisse einer Verbrauchenumfrage nicht das einzige, ausschlaggebende Kriterium für die Feststellung einer durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft darstellen können (Urteil vom 19/06/2014, C-217/13 und C-218/13, Oberbank e.a., EU:C:2014:2012, § 48). Sie müssen demzufolge durch andere Beweismittel untermauert werden.

Weitere Einzelheiten zur Beurteilung von Meinungsumfragen sind den Richtlinien, Teil C, Widerspruch, Abschnitt 5, Bekannte Marken (Artikel 8 Absatz 5 UMV), Absatz 3.1.4.4, zu entnehmen.

8.2 Marktanteil, Werbeinvestitionen und Umsatzzahlen

Der von der Marke im Hinblick auf die beanspruchten Waren und/oder Dienstleistungen gehaltene **Marktanteil** kann von Bedeutung sein, wenn zu beurteilen ist, ob die Marke infolge Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, da das Amt von einer solchen Marktdurchdringung darauf schließen kann, dass die maßgeblichen Verkehrskreise die Marke als Kennzeichen für die Waren oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens wahrnehmen und damit diese Waren oder Dienstleistungen als von denen anderer Unternehmen verschieden erkennen würden.

Die Höhe der **Werbeinvestitionen** in die Verkaufsförderung der Marke auf dem relevanten Markt für die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen kann für die Beurteilung der Frage, ob die Marke infolge der Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, ebenfalls von Bedeutung sein (Urteil vom 22/06/2006, C-25/05 P, Bonbonverpackung, EU:C:2006:422, § 76 ff.). Jedoch scheitern zahlreiche Versuche, die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft nachzuweisen, da die vom Anmelder vorgelegten Nachweise nicht ausreichen, um eine Verbindung zwischen dem Marktanteil und den Werbeinvestitionen auf der einen Seite und der Wahrnehmung seitens der Verbraucher auf der anderen Seite zu belegen.

Angaben zu **Umsatzzahlen** und Werbeinvestitionen gehören zu den am einfachsten verfügbaren Arten von Nachweisen. Diese Zahlen können für die Beurteilung der Nachweise sehr wichtig sein, reichen jedoch in den meisten Fällen allein nicht aus, um die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft einer Marke nachzuweisen. Der Grund dafür ist, dass der Umsatz bzw. die Werbeinvestitionen allein und ohne zusätzliche bekräftigende Angaben häufig zu allgemein sind, um bestimmte Schlussfolgerungen in Bezug auf die Nutzung einer bestimmten Marke ziehen zu können. Es ist somit erforderlich, die Umsatzzahlen bzw. die Ausgaben für Werbeinvestitionen, die Nachweise in Bezug auf die angemeldete Marke sowie deren Verbindung zu den betreffenden Waren und Dienstleistungen präzise zu ermitteln. Zudem ist es wünschenswert, dass die Zahlen nach Jahren und Märkten aufgeschlüsselt werden. Die Nachweise sollten die spezifischen Zeiträume der Benutzung (einschließlich Angaben zum Beginn der Benutzung) aufzeigen, damit das Amt feststellen kann, ob die Nachweise die erworbene Unterscheidungskraft der Marke vor dem Anmeldetag belegen.

Waren und Dienstleistungen werden häufig unter verschiedenen Marken vermarktet, was die Feststellung erschwert, welche Wahrnehmung der Verbraucher von der angemeldeten Marke selbst hat, also unbeeinflusst von der Existenz der anderen Marken. Umsatz und Werbeinvestitionen können häufig Absatz oder Werbung für

andere Marken oder von erheblich abweichenden Formen der betreffenden Marke enthalten (beispielsweise Bildmarken anstelle von Wortmarken oder abweichende Wortelemente in einer Bildmarke) oder sie sind zu allgemein, um eine Identifizierung der betreffenden Märkte zu gestatten. Daher können breit konsolidierte Umsatzzahlen oder Angaben zu Werbeinvestitionen nicht ausreichend sein, um zu beweisen, ob die maßgeblichen Verkehrskreise die betreffende Marke gegebenenfalls als Herkunftszeichen wahrnehmen.

Weitere Einzelheiten zur Beurteilung von Marktanteil, Werbeausgaben und Umsatzzahlen sind den Richtlinien, Teil C, Widerspruch, Abschnitt 5, Bekannte Marken (Artikel 8 Absatz 5 UMV), Absatz 3.1.4.4, zu entnehmen.

8.3. Erklärungen, eidesstattliche Versicherungen und schriftliche Erklärungen

Gemäß Artikel 97 Absatz 1 Buchstabe f UMV sind „schriftliche Erklärungen, die unter Eid oder an Eides statt abgegeben werden oder nach den Rechtsvorschriften des Staates, in dem sie abgegeben werden, eine ähnliche Wirkung haben“, als Beweismittel zulässig. Was die **Zulässigkeit** betrifft, so sind die „Wirkungen einer schriftlichen Erklärung nur in den Fällen nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats zu prüfen, in denen diese Erklärung nicht unter Eid oder an Eides statt abgegeben worden ist“ (Urteil vom 07/06/2005, T-303/03, *Salvita*, EU:T:2005:200, § 40). Bestehen Zweifel darüber, ob eine Erklärung unter Eid oder an Eides statt abgegeben wurde, ist es Sache des Anmelders, diesbezügliche Nachweise vorzulegen.

Das eidesstattlichen Erklärungen beizumessende Gewicht und ihre **Beweiskraft** werden anhand der allgemeinen Regeln des Amtes für die Würdigung solcher Beweise bestimmt. Insbesondere müssen sowohl die Eigenschaft der Person, die den Beweis erbringt, als auch die Relevanz des Inhalts der Erklärung für den konkreten Fall berücksichtigt werden.

Erklärungen von **unabhängigen Handelsverbänden, Verbraucherorganisationen und Wettbewerbern** stellen wichtige Beweismittel dar, sofern sie von unabhängigen Dritten stammen. Sie müssen jedoch sorgfältig geprüft werden, da sie möglicherweise nicht ausreichen, um die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft zu belegen, wenn sie sich beispielsweise auf „die Marken des Anmelders“ statt konkret auf die betreffende Marke beziehen (Urteil vom 13/09/2012, T-72/11, *Espetec*, EU:T:2012:424, § 83-84).

Nachweise von **Lieferanten oder Händlern** sind allgemein geringer zu gewichten, da weniger wahrscheinlich ist, dass ihre Angaben einen unabhängigen Standpunkt darstellen. Diesbezüglich wird der Grad der Unabhängigkeit der Letztgenannten Einfluss darauf nehmen, welches Gewicht das Amt den Nachweisen beimisst (Urteil vom 28/10/2009 T-137/08, *Green/Yellow*, EU:T:2009:417, § 54-56).

Erklärungen, die **nicht von einem unabhängigen Dritten abgegeben** werden, sondern von einer Person, die mit dem Anmelder in einem Beschäftigungsverhältnis steht, können an sich keinen hinreichenden Nachweis dafür darstellen, dass die angemeldete Marke durch Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat. Sie sind somit nur als Indizien zu behandeln und müssen durch weitere Belege untermauert werden (Urteil vom 21/11/2012 T-338/11, *Photos/com*, EU:T:2012:614, § 51).

Was **Erklärungen von Industrie- und Handelskammern, Handels- und Berufsverbänden sowie Bescheinigungen und Auszeichnungen** betrifft, hat das Gericht festgestellt, dass in solchen Erklärungen und Bescheinigungen die angemeldete Marke eindeutig angegeben sein muss (Urteil vom 13/09/2012, T-72/11, Espetec, EU:T:2012:424, § 82 ff.).

Allerdings wurden **Unterlassungsaufforderungen** gegen Wettbewerber oder Briefe an Zeitungen, in denen Beschwerde gegen die Nutzung des Zeichens als Gattungsbezeichnung erhoben wurde, als Beleg dafür erachtet, dass keine Unterscheidungskraft erworben wurde (Urteil vom 21/05/2014, T-553/12, BATEAUX MOUCHES, EU:T:2014:264, § 66).

Weitere Einzelheiten zur Beurteilung von Beweismitteln sind den Richtlinien, Teil C, Widerspruch, Abschnitt 5, Bekannte Marken (Artikel 8 Absatz 5 UMV), Absatz 3.1.4.4 zu entnehmen.

8.4 Voreintragungen auf der Grundlage erworbener Unterscheidungskraft

Bei Nachweisen, die aus Eintragungen in den Mitgliedstaaten **auf der Grundlage der erworbenen Unterscheidungskraft** bestehen oder solche beinhalten, wird der Zeitpunkt, auf den sich der auf einzelstaatlicher Ebene eingereichte Nachweis bezieht, gewöhnlich von dem Anmeldetag der Unionsmarke abweichen. Diese Eintragungen sind nicht bindend, können jedoch berücksichtigt werden, sofern es dem Amt möglich ist, die dem betreffenden nationalen Amt für gewerblichen Rechtsschutz vorgelegten Beweise zu prüfen.

Der Anmelder kann auch auf **nationale Voreintragungen** verweisen, bei denen kein Anspruch auf erworbene Unterscheidungskraft geltend gemacht wurde. Nach ständiger Rechtsprechung sind jedoch solche Eintragungen für das Amt nicht bindend. Darüber hinaus ist das Amt nicht an seine früheren Entscheidungen gebunden, sodass in solchen Fällen stets eine Einzelfallprüfung vorzunehmen ist (Urteil vom 21/05/2014, T-553/12, EU:T:2014:264, Bateaux-Mouches, EU:T:2014:264, § 72-73).

8.5 Art und Weise der Benutzung

Die erworbene Unterscheidungskraft ist für das angemeldete Zeichen nachzuweisen. Die Nachweise sollten Beispiele anführen, wie die Marke tatsächlich benutzt wird (Broschüren, Verpackungen, Produktmuster usw.). Dabei können nur unerhebliche Variationen akzeptiert werden.

Möglich ist der Nachweis der erworbenen Unterscheidungskraft eines Zeichens, das **zusammen mit anderen Marken verwendet wurde** (Urteil vom 28/10/2009, T-137/08, Green/Yellow, EU:T:2009:417, § 27), vorausgesetzt, dass die maßgeblichen Verbraucher dem betreffenden Zeichen eine Erkennungsfunktion beimessen (Urteile vom 07/07/2005, C-353/03, Have a break, EU:C:2005:432; 30/09/2009, T-75/08, [Bildmarke], EU:T:2009:374, § 43; 28/10/2009, T-137/08, Green/Yellow, EU:T:2009:417, § 46).

Ferner entschied das Gericht, dass die angemeldete Marke zwar als Teil einer eingetragenen Marke oder in Verbindung mit einer solchen Marke Gegenstand einer Benutzung gewesen sein kann, der Anmelder aber für die Eintragung der Marke selbst

gleichwohl nachweisen muss, dass allein diese Marke und keine anderen etwa vorhandenen Marken auf die Herkunft der Waren als von einem bestimmten Unternehmen stammend hinweist (Urteil vom 16/09/2015, C-215/14, Nestlé KIT KAT, EU:C:2015:604, § 66). Siehe diesbezüglich auch die Urteile vom 24/02/2016, T-411/14, Shape of a bottle (3D), EU:T:2016:94, § 76; 16/03/2016, T-363/15, Laatikon Muoto (3D), § 51.

Darüber hinaus hat das Gericht mehrmals festgestellt, dass **Werbematerial**, auf dem ein Zeichen, das keine Unterscheidungskraft besitzt, stets gemeinsam mit anderen Marken erscheint, die hingegen Unterscheidungskraft besitzen, kein Beweis dafür ist, dass die Verkehrskreise das angemeldete Zeichen als Marke wahrnehmen, die die kommerzielle Herkunft der Waren angibt. So befand das Gericht beispielsweise, dass die Benutzung des Zeichens „Gifflar“ (das im Schwedischen ein Gebäck bezeichnet) gemeinsam mit der Marke Pågen auf der Verpackung von Backwaren in einem beschreibenden Kontext und nicht als Herkunftsangabe erfolgte (Urteil vom 09/07/2014, T-520/12, Gifflar, EU:T:2014:620, § 44-45).

8.6 Dauer der Benutzung

Die Nachweise sollten Angaben enthalten, wann die Benutzung begann und ob die Benutzung ohne Unterbrechung stattfand, und falls Lücken im Benutzungszeitraum bestehen, Gründe für diese angeben.

Generell ist anzunehmen, dass die Dauer der Benutzung ein wichtiges substantielles Element bei der Feststellung erworbener Unterscheidungskraft darstellt. Je länger die Kunden und potenziellen Kunden gegenüber der Marke exponiert sind, desto wahrscheinlicher ist es, dass sie eine Verbindung zwischen der Marke und einer individuellen Herkunft im Handel herstellen.

Unter Berücksichtigung, dass die Dauer der Benutzung jedoch nur einer der Faktoren ist, denen Rechnung zu tragen ist, kann es auch Fälle geben, in denen Ausnahmen von der vorstehenden Regel gerechtfertigt sind, insbesondere wenn auch andere Faktoren eine Rolle spielen, die eine kurze Dauer der Benutzung ausgleichen können. Wenn z. B. Produkte oder Dienstleistungen Gegenstand einer großen Werbekampagne zur Einführung sind und/oder das angemeldete Zeichen nur eine Variante eines bereits seit Langem benutzten Zeichens ist, ist es möglich, dass relativ schnell eine erworbene Unterscheidungskraft erlangt wird.

Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn eine neue Version eines bestehenden und weit verbreiteten Computer-Betriebssystems unter einem Zeichen auf den Markt gebracht wird, bei dem im Wesentlichen die Struktur und/oder der Inhalt der für frühere Versionen des Produkts angemeldeten Marke beibehalten wird. Die Marke für ein solches Produkt kann innerhalb eines relativ kurzen Zeitraums eine breite erworbene Unterscheidungskraft erlangen, allein deshalb, weil alle bestehenden Nutzer unmittelbar zur Kenntnis nehmen, dass sich das angemeldete Zeichen auf das Upgrade der neuen Version bezieht.

Ebenso zeichnen sich bestimmte große Sport-, Musik- und Kulturveranstaltungen dadurch aus, dass sie regelmäßig stattfinden und bekanntermaßen eine besonders große Breitenwirkung haben. Diese großen Veranstaltungen werden von Millionen von Menschen erwartet und das Datum der Veranstaltung ist bereits vor der formalen Bekanntgabe des Austragungsorts bekannt. Diese Umstände sorgen für ein starkes Interesse am Austragungsort solcher Veranstaltungen und ihrer Bekanntgabe (Marken

aus der Kombination „Stadt/Land + Jahr“). Es ist daher davon auszugehen, dass zum Zeitpunkt, zu dem bekannt gegeben wird, dass eine Veranstaltung, Meisterschaft oder Spiele an eine bestimmte Stadt oder ein Land vergeben wurden, dies unmittelbar praktisch den gesamten maßgeblichen Verkehrskreisen mit Interesse an der betreffenden Branche bzw. den Fachkräften in der Branche bekannt ist. Dies kann deshalb zu einer sehr schnell erworbenen Unterscheidungskraft einer Marke für eine künftige Veranstaltung führen, insbesondere wenn das Zeichen die Struktur von zuvor verwendeten Marken nachbildet, was zur Folge hat, dass die Öffentlichkeit die neue Veranstaltung unmittelbar als Fortsetzung einer Reihe von etablierten Veranstaltungen wahrnimmt.

Die Beurteilung einer solchen sehr schnell erworbenen Unterscheidungskraft erfolgt nach den allgemeinen Kriterien beispielsweise in Bezug auf Benutzungsumfang, Territorium, maßgeblichen Zeitpunkt oder Zielpublikum sowie auf die Beweislast des Anmelders, entsprechende Nachweise zu erbringen. Die einzige Besonderheit betrifft die Dauer der Benutzung und die Möglichkeit, dass unter bestimmten Umständen der Erwerb der Unterscheidungskraft sehr rasch oder sogar unmittelbar erfolgen kann. Wie bei jedem Anspruch auf erworbene Unterscheidungskraft obliegt es dem Anmelder, nachzuweisen, dass das Publikum in der Lage ist, die fragliche Marke als unterscheidungskräftiges Zeichen wahrzunehmen.

8.7 Nachweise nach dem Anmeldetag

Die Nachweise müssen belegen, dass die Marke die Unterscheidungskraft infolge der Benutzung vor dem Anmeldetag erworben hatte.

Dies schließt jedoch nicht die Möglichkeit aus, dass Umstände berücksichtigt werden könnten, „die zwar nach dem Zeitpunkt der Anmeldung liegen, aber Rückschlüsse auf die Situation [an diesem Tag] zulassen“ (Urteil vom 19/06/2014, C-217/13, Oberbank e.a., EU:C:2014:2012, § 60). Nachweise sind somit nicht zu verwerfen, nur weil sie nach dem Anmeldetag datieren. Solche Nachweise sind daher zu prüfen und entsprechend zu gewichten.

So kann beispielsweise eine Marke, die eine besonders relevante Bekanntheit auf dem Markt oder einen erheblichen relevanten Marktanteil wenige Monate nach dem Anmeldetag aufweist, Unterscheidungskraft bereits am Anmeldetag erworben haben.

9 Folgen der erworbenen Unterscheidungskraft

Eine nach Artikel 7 Absatz 3 UMV eingetragene Marke genießt denselben Schutz wie alle anderen Marken, die bereits durch die Prüfung als eintragungsfähig eingestuft wurden.

Wird die Anmeldung der Unionsmarke nach Artikel 7 Absatz 3 UMV akzeptiert, wird diese Information in dem Blatt für Unionsmarken unter Verwendung des INID-Codes 521 veröffentlicht.