

BESCHLUSS DES GERICHTSHOFES (Sechste Kammer)

5. Oktober 2004^{*}

In der Rechtssache C-192/03 P

betreffend ein Rechtsmittel nach Artikel 56 der Satzung des Gerichtshofes,

eingereicht am 2. Mai 2003,

Alcon Inc., früher Alcon Universal Ltd, mit Sitz in Hünenberg (Schweiz),
Prozessbevollmächtigte: C. Morcom, QC, und S. Clark, Solicitor, Zustellungsan-
schrift in Luxemburg,

Rechtsmittelführerin,

andere Verfahrensbeteiligte:

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

Beklagter im ersten Rechtszug,

* Verfahrenssprache: Englisch.

Dr. Robert Winzer Pharma GmbH, mit Sitz in Olching (Deutschland), Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt S. Schneller,

Streithelferin im ersten Rechtszug,

erlässt der

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten J.-P. Puissechet (Berichterstatter) sowie der Richterin F. Macken und des Richters U. Löhmus,

Generalanwalt: M. Poiares Maduro,
Kanzler: R. Grass,

folgenden

Beschluss

- 1 Mit ihrem Rechtsmittel beantragt die Alcon Inc. (im Folgenden: Rechtsmittelführerin) die Aufhebung des Urteils des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (Zweite Kammer) vom 5. März 2003 in der Rechtssache T-237/01 (Alcon/HABM — Dr. Robert Winzer Pharma [BSS], Slg. 2003, II-411, im Folgenden: angefochtenes Urteil), mit dem das Gericht die Klage der Rechtsmittelführerin gegen die Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (im Folgenden: HABM) vom 13. Juli 2001 über die Nichtigerklärung der Gemeinschaftsmarke BSS (Sache R 273/2000-1) (im Folgenden: streitige Entscheidung) abgewiesen hat.

Rechtlicher Rahmen

- 2 Artikel 4 der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) bestimmt:

„Gemeinschaftsmarken können alle Zeichen sein, die sich grafisch darstellen lassen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen und die Form oder Aufmachung der Ware, soweit solche Zeichen geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.“

- 3 Artikel 7 der Verordnung sieht vor:

„(1) Von der Eintragung ausgeschlossen sind

...

- d) Marken, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben zur Bezeichnung der Ware oder Dienstleistung bestehen, die im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten üblich geworden sind,

...

(2) Die Vorschriften des Absatzes 1 finden auch dann Anwendung, wenn die Eintragungshindernisse nur in einem Teil der Gemeinschaft vorliegen.

(3) Die Vorschriften des Absatzes 1 Buchstaben b), c) und d) finden keine Anwendung, wenn die Marke für die Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird, infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat.“

4 Artikel 51 der Verordnung bestimmt:

„(1) Die Gemeinschaftsmarke wird auf Antrag beim Amt oder auf Widerklage im Verletzungsverfahren für nichtig erklärt,

a) wenn sie den Vorschriften des Artikels 5 oder des Artikels 7 zuwider eingetragen worden ist;

...

(2) Ist die Gemeinschaftsmarke entgegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b), c) oder d) eingetragen worden, kann sie nicht für nichtig erklärt werden, wenn sie durch Benutzung im Verkehr Unterscheidungskraft für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, erlangt hat.

...“

5 Artikel 63 Absätze 1, 2 und 3 der Verordnung sieht vor:

„(1) Die Entscheidungen der Beschwerdekammern, durch die über eine Beschwerde entschieden wird, sind mit der Klage beim Gerichtshof anfechtbar.

(2) Die Klage ist zulässig wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung des Vertrages, dieser Verordnung oder einer bei ihrer Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmissbrauchs.

(3) Der Gerichtshof kann die angefochtene Entscheidung aufheben oder abändern.“

Sachverhalt

6 Am 1. April 1996 beantragte die Alcon Pharmaceuticals Ltd beim HABM die Eintragung des Ausdrucks „BSS“ als Gemeinschaftsmarke für „Pharmazeutische Augenheilmittel; sterile Lösungen für die Augenchirurgie“. Die Waren, für die die Eintragung angemeldet wurde, gehören zur Klasse 5 des Abkommens von Nizza über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken vom 15. Juni 1957 in seiner revidierten und geänderten Fassung.

7 Die Marke wurde am 7. August 1998 eingetragen und am 19. Oktober 1998 veröffentlicht. Am 29. November 1999 wurde die Marke auf Antrag der Rechtsmittelführerin auf diese übertragen.

- 8 Am 7. Dezember 1998 stellte die Dr. Robert Winzer Pharma GmbH (im Folgenden: Streithelferin) beim HABM den Antrag, die Marke nach Artikel 51 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 für nichtig zu erklären. Sie machte geltend, dass „BSS“ die Abkürzung für „balanced salt solution“ (ausgeglichene Salzlösung) oder „buffered salt solution“ (gepufferte Salzlösung) sei und die Marke deshalb beschreibenden Charakter hinsichtlich der betreffenden Waren habe und entgegen der Vorschrift des Artikels 7 der Verordnung Nr. 40/94 eingetragen worden sei.
- 9 Mit Entscheidung vom 15. Dezember 1999 gab die Nichtigkeitsabteilung diesem Antrag statt, weil die Marke aus einem Zeichen bestehe, das im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung Nr. 40/94 im allgemeinen Sprachgebrauch üblich geworden sei, und die Rechtsmittelführerin auch nicht nachgewiesen habe, dass das Zeichen im Sinne der Artikel 7 Absatz 3 und 51 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 infolge seiner Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe. Am 15. Februar 2000 legte die Rechtsmittelführerin gegen diese Entscheidung Beschwerde ein.
- 10 Mit der streitigen Entscheidung wies die Erste Beschwerdekammer des HABM die Beschwerde mit der Begründung zurück, dass der Ausdruck „BSS“ sowohl im Deutschen als auch im Englischen im allgemeinen Sprachgebrauch zur Bezeichnung eines pharmazeutischen Augenheilmittels diene und die Rechtsmittelführerin nicht den Beweis erbracht habe, dass dieser Ausdruck infolge seiner Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe.

Angefochtenes Urteil

- 11 Mit Klageschrift, die am 18. September 2001 in der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Rechtsmittelführerin Klage auf Aufhebung der streitigen Entscheidung erhoben. Das HABM und die Streithelferin haben beantragt, die Klage abzuweisen.

- 12 Das Gericht hat in den Randnummern 35 bis 48 des angefochtenen Urteils entschieden, dass die Beschwerdekammer zu Recht angenommen habe, dass die von der Streithelferin vorgelegten Beweise ausreichten, um zu belegen, dass „BSS“ eine übliche Bezeichnung im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung Nr. 40/94 geworden sei.
- 13 Unter Verweisung auf das Urteil des Gerichtshofes vom 4. Oktober 2001 in der Rechtssache C-517/99 (Merz & Krell, Slg. 2001, I-6959) hat das Gericht die Ansicht vertreten, dass die Bezeichnung „BSS“ zu dem Zeitpunkt, als die Rechtsmittelführerin den Antrag auf Eintragung der Marke gestellt habe, für die von den betreffenden Waren angesprochenen Verkehrskreise, nämlich Augenärzte und Augenchirurgen, eine übliche Gattungsbezeichnung für eine ausgeglichene Salzlösung geworden sei. Dies ergebe sich aus mehreren Wörterbüchern und wissenschaftlichen Artikeln sowie aus der Tatsache, dass verschiedene Firmen Augenheilmittel unter Bezeichnungen vertrieben, die den Ausdruck „BSS“ enthielten.
- 14 Das Gericht hat außerdem in den Randnummern 49 bis 60 des angefochtenen Urteils entschieden, dass die Beschwerdekammer ebenfalls zu Recht die Auffassung vertreten habe, dass die Rechtsmittelführerin nicht nachgewiesen habe, dass die Marke BSS im Sinne der Artikel 7 Absatz 3 und 51 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe.
- 15 Das Gericht ist davon ausgegangen, dass die Unterlagen, die die Rechtsmittelführerin der Nichtigkeitsabteilung und anschließend der Beschwerdekammer vorgelegt habe, nicht den Schluss zuließen, dass die angesprochenen Verkehrskreise den Ausdruck „BSS“ nicht als Gattungsbezeichnung für die fragliche Ware, sondern als unterscheidendes Zeichen eines bestimmten Unternehmens wahrnahmen. Das Gericht hat insbesondere hervorgehoben, dass die „BSS-Überwachungsliste“ sowie die Vereinbarungen der Rechtsmittelführerin mit Dritten, die sie als Beleg für die Existenz eines Programms zur Kontrolle der Benutzung der Marke durch Dritte vorgelegt habe, weder Auswirkungen noch bekannte Ergebnisse bei der Sensibilisierung der angesprochenen Verkehrskreise gehabt hätten.
- 16 Das Gericht hat folglich die Klage abgewiesen.

Zum Rechtsmittel

- 17 Die Rechtsmittelführerin beantragt, das angefochtene Urteil sowie die streitige Entscheidung aufzuheben und über die Kosten zu entscheiden.
- 18 Das HABM und die Streithelferin beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen und der Rechtsmittelführerin die Kosten aufzuerlegen.
- 19 Nach Artikel 119 der Verfahrensordnung kann der Gerichtshof jederzeit auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts das Rechtsmittel ganz oder teilweise durch Beschluss, der mit Gründen zu versehen ist, zurückweisen, wenn das Rechtsmittel offensichtlich unbegründet ist.

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 20 Die Rechtsmittelführerin vertritt erstens die Ansicht, das Gericht habe Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung Nr. 40/94 nicht richtig angewandt, als es davon ausgegangen sei, dass der Ausdruck „BSS“ üblich geworden sei.
- 21 Das Gericht habe die von der Streithelferin vorgelegten Beweiselemente zu Unrecht berücksichtigt, die entweder aus der Zeit nach der Einreichung des Antrags auf Eintragung der Marke BSS — im vorliegenden Fall der 1. April 1996 — und damit nach dem Zeitpunkt, der allein für die Beurteilung des fraglichen Nichtigkeitsgrundes als maßgebend angesehen werden könne, stammten oder außerhalb der Europäischen Union veröffentlicht worden seien. Die Streithelferin habe keinen einzigen Beweis vorgelegt, der von irgendeiner im Handel mit den betreffenden Waren tätigen Person herrühre und aus dem hervorgehe, dass der Ausdruck „BSS“ üblich geworden sei. Die bloße Erwähnung eines Zeichens als Name oder Beschreibung irgendeiner Ware in einem Wörterbuch oder einer anderen

Veröffentlichung genüge nicht, um darzutun, dass dieses Zeichen im allgemeinen Sprachgebrauch der angesprochenen Verkehrskreise üblich geworden sei.

- 22 Die Rechtsmittelführerin trägt außerdem vor, dass das Gericht ihre Argumente hinsichtlich der Initiativen, die sie ergriffen habe, um die Bezugnahmen anderer Beteiligter auf den Ausdruck „BSS“ zu überwachen und die missbräuchliche Benutzung ihrer Marke durch Dritte zu verhindern, hätte berücksichtigen müssen.
- 23 Zweitens macht die Rechtsmittelführerin geltend, dass das Gericht zu Unrecht die Beweiselemente zurückgewiesen habe, die sie vorgelegt habe, um darzutun, dass die Marke BSS durch ihre Benutzung im Sinne der Artikel 7 Absatz 3 und 51 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 Unterscheidungskraft erlangt habe. Das Gericht habe in Randnummer 56 des angefochtenen Urteils auf einen besonderen Gesichtspunkt abgestellt, nämlich auf das Fehlen eines Beweises für die Auswirkungen des Programms zur Überwachung der Marke auf die angesprochenen Verkehrskreise, während es an die von der Streithelferin vorgebrachten Beweise nicht dieselbe Anforderung gestellt habe. Es habe folglich die Beweise, die die beiden Verfahrensbeteiligten vorgelegt hätten, nicht in der gleichen Weise behandelt.
- 24 Das HABM weist darauf hin, dass das Rechtsmittel die erste vor das Gericht und den Gerichtshof gebrachte Rechtssache sei, bei der es um einen Antrag auf Nichtigkeitserklärung einer Gemeinschaftsmarke gehe.
- 25 Das HABM macht unter Berufung auf das Urteil des Gerichtshofes vom 19. September 2002 in der Rechtssache C-104/00 P (DKV/HABM, Slg. 2002, I-7561) hauptsächlich geltend, dass die meisten, wenn nicht alle Gründe, die die Rechtsmittelführerin mit ihrem Rechtsmittel angeführt habe, reine Tatsachenfragen betreffen, insbesondere die Prüfung der Beweiselemente durch das Gericht, für deren Würdigung der Gerichtshof nicht zuständig sei, wenn er mit einem Rechtsmittel befasst werde.

- 26 Hilfsweise vertritt das HABM hinsichtlich der Auslegung sowohl des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe d als auch der Artikel 7 Absatz 3 und 51 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 die Ansicht, dass dem Gericht kein Rechtsfehler unterlaufen sei. Zu den Beweiselementen, die die Streithelferin vorgelegt habe, macht das HABM für den Fall, dass der Gerichtshof sie inhaltlich prüfen könne, geltend, dass das Gericht zu Recht davon ausgegangen sei, dass sie belegten, dass der Ausdruck „BSS“ bereits üblich geworden sei und die Marke deshalb ihre Unterscheidungskraft verloren habe.
- 27 Die Streithelferin trägt vor, dass die Beweiselemente, die sie der Nichtigkeitsabteilung, der Beschwerdekammer und dem Gericht vorgelegt habe, eindeutig belegten, dass die Marke BSS in den redlichen und ständigen Verkehrsgewohnheiten Gattungscharakter für die fraglichen Produkte habe, und dass das HABM und das Gericht diese Beweise korrekt berücksichtigt hätten.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 28 Für seine Ansicht, dass die Marke BSS ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehe, die im allgemeinen Sprachgebrauch der angesprochenen Verkehrskreise zur Bezeichnung der Waren, für die die Marke eingetragen worden seien, üblich geworden seien, und dass die Marke aus diesem Grund zu Recht durch die angefochtene Entscheidung für nichtig erklärt worden sei, hat das Gericht in Randnummer 39 des angefochtenen Urteils mit Recht daran erinnert, dass es nicht auf die beschreibende Natur der Marke, sondern auf die übliche Benutzung in den Verkehrskreisen, in denen mit diesen Waren gehandelt werde, ankomme (vgl. zu den im Wesentlichen identischen Bestimmungen des Artikels 3 Absatz 1 Buchstabe d der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken [ABl. L 40, S. 1] Urteil in der Rechtssache Merz & Krell, Randnr. 35).
- 29 Das Gericht hat auch Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung Nr. 40/94 richtig angewandt, indem es in Randnummer 40 des angefochtenen Urteils darauf hingewiesen hat, dass Zeichen oder Angaben, die eine Marke bilden und im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrs-

gepflogenheiten zur Bezeichnung der von dieser Marke erfassten Waren oder Dienstleistungen üblich geworden seien, nicht geeignet seien, die Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden, und daher nicht die Hauptfunktion dieser Marke erfüllten, es sei denn, dass diese Zeichen oder Angaben infolge ihrer Benutzung eine Unterscheidungskraft erlangt hätten, die nach Artikel 3 Absatz 3 der Richtlinie 89/104 anerkannt werden könne (vgl. analog Urteil Merz & Krell, Randnr. 37).

- 30 Das Gericht hat auch keinen Rechtsfehler begangen, als es in Randnummer 42 des angefochtenen Urteils die Ansicht vertreten hat, dass bei der Prüfung der Üblichkeit der fraglichen Marke auf den Standpunkt der medizinischen Fachkreise, nämlich der in der Europäischen Union praktizierenden Augenärzte und Augenchirurgen, abzustellen sei.
- 31 Nachdem das Gericht den rechtlichen Rahmen des Rechtsstreits somit zutreffend abgesteckt hat, ist es bei der Auswertung der von der Rechtsmittelführerin und der Streithelferin vorgelegten Beweiselemente zu der Auffassung gelangt, dass sich daraus insgesamt ergebe, dass die Marke BSS für die angesprochenen Verkehrskreise Üblichkeitscharakter erlangt habe und ihre Benutzung ihr keine Unterscheidungskraft habe verleihen können.
- 32 Zur Begründung ihrer gegen das angefochtene Urteil gerichteten Anträge macht die Rechtsmittelführerin erstens geltend, dass das Gericht die Beweiselemente nicht ausreichend berücksichtigt habe, die sie der Nichtigkeitsabteilung und der Beschwerdekammer des HABM vorgelegt habe, dass es aber den in diesen Verfahren von der Streithelferin vorgelegten Beweiselementen zu große Bedeutung beigemessen habe.
- 33 Die Feststellungen des Gerichts, wonach der Kläger nicht die zur Untermauerung seines Vorbringens erforderlichen Angaben liefert oder dessen Richtigkeit nicht nachweist, sind aber Tatsachenfeststellungen, die in die alleinige Zuständigkeit des Gerichts fallen und im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens nicht in Frage gestellt werden können (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 1. Oktober 1991 in der Rechtssache C-283/90 P, Vidrányi/Kommission, Slg. 1991, I-4339, Randnr. 12, und vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-191/98 P, Tzoanos/Kommission,

Slg. 1999, I-8223, Randnr. 23), sofern das Gericht nicht die ihm vorgelegten Beweiselemente verfälscht (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. Juni 2000 in der Rechtssache C-237/98 P, Dorsch Consult/Rat und Kommission, Slg. 2000, I-4549, Randnrn. 35 und 36).

34 Mit ihrem Vorbringen beschränkt sich die Rechtsmittelführerin — worauf das HABM zu Recht hinweist — in Wirklichkeit darauf, die Tatsachenwürdigung durch das Gericht in Frage zu stellen, ohne irgendeine Verfälschung des Inhalts der dem Gericht unterbreiteten Akten anzuführen. Die Tatsachenwürdigung stellt aber keine Rechtsfrage dar, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofes im Rechtsmittelverfahren unterliegt (Urteil DKV/HABM, Slg. 2002, I-7561, Randnr. 22, und Beschluss vom 5. Februar 2004 in der Rechtssache C-326/01 P, Slg. 2004, I-1371, Randnr. 35). Die Rechtsmittelführerin macht ebenso wenig geltend, dass das angefochtene Urteil mit einem Rechtsfehler bei der Anwendung der Beweislastregeln behaftet sei (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. Juli 1999 in der Rechtssache C-199/92 P, Hüls/Kommission, Slg. 1999, I-4287, Randnrn. 64 und 65).

35 Zweitens trägt die Rechtsmittelführerin vor, das Gericht habe einen Rechtsfehler begangen, indem es nicht auf den Zeitpunkt der Einreichung des Antrags auf Eintragung der Marke BSS, im vorliegenden Fall den 1. April 1996, abgestellt habe. Nur dieses Datum sei für die Feststellung relevant, ob eine Gemeinschaftsmarke üblich geworden sei, was rechtfertige, dass sie nach Artikel 51 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 für nichtig erklärt werde. Dieser Fehler werde dadurch offenbar, dass das Gericht insbesondere in Randnummer 45 des angefochtenen Urteils Unterlagen aus der Zeit nach diesem Datum erwähne. Das Gericht habe ebenfalls zu Unrecht in Randnummer 44 des angefochtenen Urteils Unterlagen herangezogen, die außerhalb der Europäischen Union veröffentlicht worden seien und die nicht die Wahrnehmung der genannten angesprochenen Verkehrskreise widerspiegeln könnten.

36 Es ist zwischen den beiden Teilen dieses zweiten Rechtsmittelgrundes zu unterscheiden.

37 Im ersten Teil geht es darum, dass das Gericht bei der Prüfung der Frage, ob eine Marke üblich geworden sei, Unterlagen herangezogen habe, die aus der Zeit nach der Anmeldung stammten. Wenn die Rechtsmittelführerin mit diesem Teil des Rechtsmittels die Beurteilung des Gerichts hinsichtlich der Üblichkeit der Marke zum Zeitpunkt der Anmeldung auf Grundlage dieser Unterlagen beanstandet, so ist

daran zu erinnern, dass diese Beurteilung der Beweiselemente keine Rechtsfrage darstellt, die der Gerichtshof zu analysieren hat. Wenn die Rechtsmittelführerin dagegen dartun will, dass das Gericht mit der Berücksichtigung dieser Dokumente stillschweigend einen Zeitpunkt nach der Anmeldung als für die Beurteilung der Üblichkeit des Ausdrucks „BSS“ maßgebenden Zeitpunkt gewählt habe, so wirft eine solche Kritik eine Rechtsfrage auf, die der Gerichtshof zu prüfen hat.

- 38 Dieser erste Teil des Rechtsmittelgrundes ist jedoch unbegründet.
- 39 Das Gericht hat nämlich in Randnummer 46 des angefochtenen Urteils ausdrücklich festgestellt, dass die Beschwerdekammer in Randnummer 19 der streitigen Entscheidung zu Recht davon ausgegangen sei, dass die Beweise, die die Streithelferin vorgelegt habe, belegten, dass der Ausdruck „BSS“ „zum Zeitpunkt der Einreichung des Antrags“ üblich geworden sei. Bei seiner Analyse hat das Gericht daher für die Prüfung des angeführten Nichtigkeitsgrundes nicht auf einen anderen als den von der Rechtsmittelführerin genannten Zeitpunkt abgestellt.
- 40 Das HABM hat in dieser Hinsicht zutreffend ausgeführt, dass der Zeitpunkt der Einreichung des Antrags auf Eintragung der Gemeinschaftsmarke der ausschlaggebende Zeitpunkt für diese Prüfung sei.
- 41 Im Übrigen konnte das Gericht ohne widersprüchliche Begründung oder Rechtsfehler Umstände berücksichtigen, die zwar nach dem Zeitpunkt der Anmeldung lagen, aber Rückschlüsse auf die Situation zu diesem Zeitpunkt zuließen (vgl. analog Beschluss vom 27. Januar 2004 in der Rechtssache C-259/02, La Mer Technology, Slg. 2004, I-1159, Randnr. 31).
- 42 Im zweiten Teil dieses Rechtsmittelgrundes macht die Rechtsmittelführerin geltend, dass das Gericht in Randnummer 44 des angefochtenen Urteils bestimmte in den Vereinigten Staaten veröffentlichte Dokumente herangezogen habe. Dieser Umstand belegt jedoch nicht, dass das Gericht seine Analyse auf Beweiselemente gestützt hat, die keine Auswirkungen auf die angesprochenen Verkehrskreise haben. Indem es in Randnummer 42 des angefochtenen Urteils ausführt, dass Englisch die Fachsprache der Spezialisten auf diesem Gebiet sei, und in Randnummer 43 darauf hinweist, dass der Ausdruck „BSS“ in der Wissenschaft als Gattungsbezeichnung wahrgenommen werde, ist das Gericht zwangsläufig davon ausgegangen, dass diese

Dokumente, auch wenn sie außerhalb der Europäischen Union veröffentlicht wurden, die Schlussfolgerung stützen, dass nach Ansicht der angesprochenen Verkehrskreise dieser Begriff üblich geworden ist. Das Gericht hat damit eine reine Tatsachenwürdigung vorgenommen, die die Rechtsmittelführerin nicht im Rechtsmittelverfahren in Frage stellen kann.

- 43 Der zweite Rechtsmittelgrund ist daher zurückzuweisen.
- 44 Aus alledem ergibt sich, dass das Rechtsmittel offensichtlich unbegründet ist und deshalb zurückgewiesen werden muss.

Kosten

- 45 Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung, der gemäß Artikel 118 der Verfahrensordnung auf das Rechtsmittelverfahren anzuwenden ist, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da das HABM und die Streithelferin die Verurteilung der Rechtsmittelführerin beantragt haben und diese mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Sechste Kammer) beschlossen:

- 1. Das Rechtsmittel wird zurückgewiesen.**
- 2. Die Alcon Inc. trägt die Kosten des Verfahrens.**

Unterschriften.