



## Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Dritte Kammer)

19. Juni 2014\*

„Vorabentscheidungsersuchen — Marken — Richtlinie 2008/95/EG — Art. 3 Abs. 1 und 3 — Für Bankdienstleistungen angemeldete konturlose Marke in Rot — Antrag auf Ungültigerklärung — Infolge Benutzung erworbene Unterscheidungskraft — Nachweis — Verbraucherbefragung — Zeitpunkt, zu dem die Unterscheidungskraft infolge Benutzung erworben sein muss — Beweislast“

In den verbundenen Rechtssachen C-217/13 und C-218/13

betreffend Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Bundespatentgericht (Deutschland) mit Entscheidungen vom 8. März 2013, beim Gerichtshof eingegangen am 24. April 2013, in den Verfahren

**Oberbank AG** (C-217/13),

**Banco Santander SA** (C-218/13),

**Santander Consumer Bank AG** (C-218/13)

gegen

**Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.**

erlässt

DER GERICHTSHOF (Dritte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten M. Ilešič, der Richter C. G. Fernlund und A. Ó Caoimh, der Richterin C. Toader und des Richters E. Jarašiūnas (Berichterstatter),

Generalanwalt: M. Wathelet,

Kanzler: A. Calot Escobar,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Oberbank AG, vertreten durch Rechtsanwalt S. Jackermeier,

— der Banco Santander SA und der Santander Consumer Bank AG, vertreten durch Rechtsanwalt B. Goebel,

\* Verfahrenssprache: Deutsch.

- des Deutschen Sparkassen- und Giroverbands e. V., vertreten durch die Rechtsanwälte S. Fiscoeder, U. Lüken und U. Karpenstein,
- der spanischen Regierung, vertreten durch N. Díaz Abad als Bevollmächtigte,
- der polnischen Regierung, vertreten durch B. Majczyna als Bevollmächtigten,
- der Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch S. Brighthouse als Bevollmächtigte im Beistand von S. Ford, Barrister,
- der Europäischen Kommission, vertreten durch F. W. Bulst und G. Braun als Bevollmächtigte,

aufgrund des nach Anhörung des Generalanwalts ergangenen Beschlusses, ohne Schlussanträge über die Rechtssachen zu entscheiden,

folgendes

### Urteil

- 1 Die Vorabentscheidungsersuchen betreffen die Auslegung von Art. 3 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. L 299, S. 25).
- 2 Diese Ersuchen ergehen in Rechtsstreitigkeiten zwischen, in der Rechtssache C-217/13, der Oberbank AG (im Folgenden: Oberbank) und dem Deutschen Sparkassen- und Giroverband e. V. (im Folgenden: DSGV) und, in der Rechtssache C-218/13, der Banco Santander AG (im Folgenden: Banco Santander) sowie der Santander Consumer Bank AG (im Folgenden: Santander Consumer Bank) einerseits und dem DSGV andererseits, die Anträge auf Ungültigerklärung einer konturlosen Marke in Rot betreffen, deren Inhaber der DSGV ist.

### Rechtlicher Rahmen

#### *Unionsrecht*

- 3 Durch die Richtlinie 2008/95 wurde die Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. 1989, L 40, S. 1, berichtigt im ABl. 1989, L 159, S. 60) aufgehoben und ersetzt.
- 4 Im ersten Erwägungsgrund der Richtlinie 2008/95 heißt es:  
„Die Richtlinie [89/104] ... wurde inhaltlich geändert. Aus Gründen der Klarheit und der Übersichtlichkeit empfiehlt es sich, sie zu kodifizieren.“
- 5 In den Erwägungsgründen 6 und 10 der Richtlinie 2008/95, die im Kern den Erwägungsgründen 5 und 9 der Richtlinie 89/104 entsprechen, heißt es:  
„(6) Den Mitgliedstaaten sollte es weiterhin freistehen, Verfahrensbestimmungen für die Eintragung, den Verfall oder die Ungültigkeit der durch Eintragung erworbenen Marken zu erlassen. Es steht ihnen beispielsweise zu, die Form der Verfahren für die Eintragung und die Ungültigerklärung festzulegen, ...

...

(10) Zur Erleichterung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs ist es von wesentlicher Bedeutung, zu erreichen, dass die eingetragenen Marken im Recht aller Mitgliedstaaten einen einheitlichen Schutz genießen. ...“

6 Art. 2 („Markenformen“) der Richtlinie 2008/95, dessen Wortlaut mit dem des Art. 2 der Richtlinie 89/104 identisch ist, sieht vor:

„Marken können alle Zeichen sein, die sich grafisch darstellen lassen, ... soweit solche Zeichen geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.“

7 Art. 3 („Eintragungshindernisse – Ungültigkeitsgründe“) der Richtlinie 2008/95, der den Inhalt von Art. 3 der Richtlinie 89/104 ohne wesentliche Änderung übernimmt, bestimmt:

„(1) Folgende Zeichen oder Marken sind von der Eintragung ausgeschlossen oder unterliegen im Falle der Eintragung der Ungültigerklärung:

...

b) Marken, die keine Unterscheidungskraft haben,

...

(3) Eine Marke wird nicht gemäß Absatz 1 Buchstabe b, c oder d von der Eintragung ausgeschlossen oder für ungültig erklärt, wenn sie vor der Anmeldung infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat. Die Mitgliedstaaten können darüber hinaus vorsehen, dass die vorliegende Bestimmung auch dann gilt, wenn die Unterscheidungskraft erst nach der Anmeldung oder Eintragung erworben wurde.

...“

#### *Deutsches Recht*

8 § 8 Abs. 2 Nr. 1 des Gesetzes über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz) vom 25. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3082, im Folgenden: MarkenG) lautet:

„Von der Eintragung ausgeschlossen sind Marken,

1. denen für die Waren oder Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehlt“.

9 § 8 Abs. 3 MarkenG sieht vor:

„Absatz 2 Nr. 1 ... findet keine Anwendung, wenn die Marke sich vor dem Zeitpunkt der Entscheidung über die Eintragung infolge ihrer Benutzung für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet worden ist, in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt hat.“

10 In § 37 Abs. 2 MarkenG heißt es:

„Ergibt die Prüfung, dass die Marke zwar am Anmeldetag ... nicht den Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 Nr. 1, 2 oder 3 entsprach, dass das Schutzhindernis aber nach dem Anmeldetag weggefallen ist, so kann die Anmeldung nicht zurückgewiesen werden, wenn der Anmelder sich damit einverstanden

erklärt, dass ungeachtet des ursprünglichen Anmeldetags ... der Tag, an dem das Schutzhindernis weggefallen ist, als Anmeldetag gilt und für die Bestimmung des Zeitrangs im Sinne des § 6 Abs. 2 maßgeblich ist.“

11 § 50 Abs. 1 und 2 MarkenG bestimmt:

„(1) Die Eintragung einer Marke wird auf Antrag wegen Nichtigkeit gelöscht, wenn sie entgegen § ... 8 eingetragen worden ist.

(2) Ist die Marke entgegen § ... 8 Abs. 2 Nr. 1 ... eingetragen worden, so kann die Eintragung nur gelöscht werden, wenn das Schutzhindernis auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag auf Löschung besteht. ...“

### **Ausgangsverfahren und Vorlagefragen**

12 Den Vorlageentscheidungen ist zu entnehmen, dass der DSGV am 7. Februar 2002 eine konturlose Marke in Rot HKS 13 (im Folgenden: fragliche Marke) für eine Reihe von Waren und Dienstleistungen anmeldete.

13 Mit Entscheidung von 4. September 2003 wies das Deutsche Patent- und Markenamt (im Folgenden: DPMA) diese Anmeldung zurück. Der DSGV legte dagegen Erinnerung ein, beschränkte die Anmeldung auf bestimmte Dienstleistungen der Klasse 36 im Sinne 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 und legte ein demoskopisches Gutachten vom 24. Januar 2006 vor.

14 Mit Entscheidung vom 28. Juni 2007 hob das DPMA die angefochtene Entscheidung auf und führte zur Begründung aus, für die noch verbleibenden Dienstleistungen sei aufgrund des vorgelegten Gutachtens davon auszugehen, dass sich die fragliche Marke in den beteiligten Verkehrskreisen im Sinne von § 8 Abs. 3 MarkenG mit einem Grad von 67,9 % durchgesetzt habe. Die Marke wurde daher am 11. Juli 2007 für Dienstleistungen der Klasse 36 eingetragen, die in erster Linie verschiedenen Finanzdienstleistungen im Bereich des Retail-Bankings entsprechen.

15 Am 15. Januar 2008 beantragte die Oberbank die Löschung der fraglichen Marke und machte insbesondere geltend, diese habe nicht infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben. Der DSGV trat diesem Antrag entgegen.

16 Das DPMA wies den Antrag mit Entscheidung vom 16. Juni 2009 zurück und vertrat die Auffassung, dass die fragliche Marke zwar nicht originär unterscheidungskräftig sei, jedoch infolge Benutzung Unterscheidungskraft erworben habe, wie die Verbraucherbefragung vom 24. Januar 2006 und weitere vom DSGV vorgelegte Dokumente belegten.

17 Die Oberbank hat beim vorlegenden Gericht Beschwerde eingelegt, mit der sie beantragt, diese Entscheidung aufzuheben und die Löschung der fraglichen Marke anzuordnen. Vor dem vorlegenden Gericht macht die Oberbank die fehlende Unterscheidungskraft dieser Marke geltend. Der DSGV beantragt die Zurückweisung der Beschwerde und legt zur Frage der infolge Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft der Marke eine weitere, im Juni 2011 durchgeführte Verbraucherbefragung vor.

18 Am 19. Oktober 2009 beantragten die Banco Santander und die Santander Consumer Bank unter Anführung von Gründen, die den von der Oberbank in ihrem Antrag vom 15. Januar 2008 geltend gemachten entsprechen, die Löschung der fraglichen Marke. Zur Begründung ihrer Löschanträge legten sie dem DPMA überdies mehrere weitere demoskopische Gutachten und gutachterliche Stellungnahmen vor. Der DSGV trat diesen Löschanträgen entgegen.

- 19 Nach Verbindung der beiden Verfahren wies das DPMA mit Entscheidung vom 24. April 2012 die Anträge unter Angabe von Gründen zurück, die den in seiner Entscheidung vom 16. Juni 2009 angeführten entsprechen.
- 20 Die Banco Santander und die Santander Consumer Bank haben gegen diese Entscheidung Beschwerde beim vorlegenden Gericht eingelegt, die der von der Oberbank in der anderen Rechtssache eingelegten vergleichbar ist. Sie machen außerdem geltend, dass die Beweislast für die infolge Benutzung erworbene Unterscheidungskraft beim Markeninhaber liege. Der DSGV beantragt, auch diese Beschwerde zurückzuweisen.
- 21 Das vorliegende Gericht führt erstens aus, dass die Farbe HKS 13 nicht originär unterscheidungskräftig sei und dass die deutschen Gerichte für die Feststellung, ob eine Farbmarke infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben habe, die Durchführung einer Verbraucherbefragung verlangten, um den „bereinigten Zuordnungsgrad“ bzw. den „Durchsetzungsgrad“ der betreffenden Marke zu erhalten.
- 22 Unter Berücksichtigung der Besonderheiten des konkreten Falles könnte nur bei einem über 70 % liegenden Durchsetzungsgrad der fraglichen Marke davon ausgegangen werden, dass sie infolge Benutzung Unterscheidungskraft erworben habe. Die Besonderheiten bestünden dabei u. a. darin, dass es sich um eine Farbe als solche handle und dass anhand der Werbeaufwendungen des DSGV nicht festgestellt werden könne, ob er den Farbton HKS 13 für sich allein als eigenständige Marke für die von ihm angebotenen Dienstleistungen habe durchsetzen können.
- 23 Fraglich sei, in welchem Umfang sich eine konturlose Farbmarke bei den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt haben müsse, um eine infolge Benutzung erworbene Unterscheidungskraft aufzuweisen. Hierzu habe sich der Gerichtshof noch nicht geäußert.
- 24 Zweitens hängt nach Ansicht des vorlegenden Gerichts der Ausgang der Rechtsstreitigkeiten davon ab, ob das Vorliegen einer infolge Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft zum Zeitpunkt der Anmeldung der streitigen Marke oder zum Zeitpunkt ihrer Eintragung zu prüfen sei. Nach deutschem Recht sei die Eintragung einer Marke zu löschen, wenn die Marke vor dem Zeitpunkt der Entscheidung über die Eintragung keine Unterscheidungskraft infolge Benutzung erlangt habe (§§ 8 und 50 Abs. 1 MarkenG) und wenn sie zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag keine Unterscheidungskraft erlangt habe (§ 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG).
- 25 Die deutsche Regelung sei allerdings dahin auszulegen, dass die Bundesrepublik Deutschland von der Befugnis nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 2008/95 keinen Gebrauch gemacht habe. § 8 Abs. 3 MarkenG sei nämlich im Licht von § 37 Abs. 2 MarkenG zu verstehen, der voraussetze, dass eine Marke nur dann eingetragen werden könne, wenn sie zum Zeitpunkt ihrer Anmeldung unterscheidungskräftig gewesen sei. Sei eine Marke erst nach der Anmeldung unterscheidungskräftig geworden, sehe diese Vorschrift ausdrücklich eine Verschiebung des Zeitraums vor, die das Einverständnis des Anmelders voraussetze, da diese Verschiebung einer Zurücknahme der Anmeldung und einer späteren erneuten Anmeldung gleichkomme. Die deutsche Regelung sei somit dahin auszulegen, dass die Marke am Anmeldetag unterscheidungskräftig gewesen sein müsse und dass dies auch im Rahmen eines Lösungsverfahrens gelte.
- 26 Werde im vorliegenden Fall auf den Zeitpunkt der Eintragung abgestellt, sei der Zuordnungsgrad von 70 % nicht erreicht worden. Komme es dagegen auf den Zeitpunkt der Anmeldung an, sei die Lage zu prüfen, die zu diesem Zeitpunkt bestanden habe.
- 27 Drittens weist das vorliegende Gericht darauf hin, dass das Ergebnis der Ausgangsverfahren auch davon abhängen, wie zu entscheiden sei, wenn bestimmte für die Lösung der Streitigkeiten erhebliche Tatsachen nicht mehr geklärt werden könnten.

28 Unter diesen Umständen hat das Bundespatentgericht beschlossen, die Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof in jedem der Ausgangsverfahren folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Steht Art. 3 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 2008/95 einer Auslegung des nationalen Rechts entgegen, wonach bei einer abstrakten Farbmarke (hier: Rot HKS 13), die für Dienstleistungen des Finanzwesens beansprucht wird, eine Verbraucherbefragung einen bereinigten Zuordnungsgrad von mindestens 70 % ergeben muss, damit angenommen werden kann, dass die Marke infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat?
2. Ist Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2008/95 dahin auszulegen, dass es auch dann auf den Zeitpunkt der Anmeldung der Marke – und nicht auf den Zeitpunkt ihrer Eintragung – ankommt, wenn der Markeninhaber im Rahmen der Verteidigung gegen einen Antrag auf Ungültigerklärung der Marke geltend macht, dass die Marke jedenfalls über drei Jahre nach der Anmeldung, aber noch vor der Eintragung infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe?
3. Für den Fall, dass es auch unter den oben genannten Voraussetzungen auf den Zeitpunkt der Anmeldung ankommt:

Ist die Marke bereits dann für ungültig zu erklären, wenn ungeklärt ist und nicht mehr geklärt werden kann, ob sie zum Zeitpunkt der Anmeldung infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat? Oder setzt die Ungültigerklärung voraus, dass durch den Nichtigkeitsantragsteller nachgewiesen wird, dass die Marke zum Zeitpunkt der Anmeldung keine Unterscheidungskraft infolge ihrer Benutzung erlangt hat?

29 Mit Entscheidung des Präsidenten des Gerichtshofs vom 14. Mai 2013 sind die vorliegenden Rechtssachen zu gemeinsamem schriftlichen und mündlichen Verfahren und zu gemeinsamer Entscheidung verbunden worden.

## Zu den Vorlagefragen

### *Vorbemerkungen*

- 30 Die Vorabentscheidungsersuchen betreffen die Richtlinie 2008/95. Der Gerichtshof wird folglich die vom vorlegenden Gericht erbetene Auslegung dieser Richtlinie vornehmen. Aus ihrem Art. 18 ergibt sich jedoch, dass sie am 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Union*, also am 28. November 2008, in Kraft getreten ist. Wie der Vorlageentscheidung in der Rechtssache C-217/13 zu entnehmen ist, hat die Oberbank den Antrag auf Löschung der fraglichen Marke beim DPMA aber am 15. Januar 2008 gestellt, als die Richtlinie 89/104 noch in Kraft war.
- 31 Sollte das vorlegende Gericht letztlich feststellen, dass das Ausgangsverfahren in der genannten Rechtssache unter die Richtlinie 89/104 fällt, ist darauf hinzuweisen, dass die Antworten, die im vorliegenden Urteil auf die Vorlagefragen gegeben werden, auf diesen früheren Rechtsakt übertragbar sind. Die einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie 2008/95, mit der nach ihrem ersten Erwägungsgrund die Richtlinie 89/104 lediglich kodifiziert wurde, haben nämlich bei ihrem Erlass gegenüber den entsprechenden Bestimmungen der Richtlinie 89/104 keine wesentlichen Änderungen in Wortlaut, Systematik oder Zweck erfahren.
- 32 Aus diesem Grund bleibt auch die Rechtsprechung zu den einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie 89/104 auf die entsprechenden Bestimmungen der Richtlinie 2008/95 anwendbar.

*Zur ersten Frage*

- 33 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 3 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 2008/95 dahin auszulegen ist, dass er einer Auslegung des nationalen Rechts entgegensteht, wonach es in Verfahren, in denen fraglich ist, ob eine konturlose Farbmarke infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, stets erforderlich ist, dass eine Verbraucherbefragung einen Zuordnungsgrad dieser Marke von mindestens 70 % ergibt.
- 34 Die Oberbank, die Banco Santander und die Santander Consumer Bank sowie die spanische und die polnische Regierung sind der Ansicht, dass diese Frage zu verneinen sei. Zur Begründung dieses Standpunkts führt die Oberbank namentlich die Besonderheiten von Farbmarken an, die Banco Santander und die Santander Consumer Bank machen das Allgemeininteresse an der Verfügbarkeit von Farben und die geringe Eignung der fraglichen Marke zur tatsächlichen Erfüllung der Funktion einer Marke geltend, die spanische Regierung führt die Ungeeignetheit der übrigen Nachweise für Farbmarken an, und die polnische Regierung weist darauf hin, dass die Verbraucher vor Irreführung geschützt werden müssten.
- 35 Der DSGVO, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Europäische Kommission sind der Ansicht, dass die erste Frage zu bejahen sei. Ihres Erachtens erfordert Art. 3 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 2008/95 eine Würdigung aller erheblichen Umstände.
- 36 Zunächst ist daran zu erinnern, dass eine Farbe als solche unter bestimmten Umständen eine Marke im Sinne von Art. 2 der Richtlinie 2008/95 darzustellen vermag (vgl. in diesem Sinne Urteile *Libertel*, C-104/01, EU:C:2003:244, Rn. 27 bis 42, und *Heidelberger Bauchemie*, C-49/02, EU:C:2004:384, Rn. 42).
- 37 Die allgemeine Markenfähigkeit eines Zeichens bedeutet jedoch nicht, dass dieses Zeichen im Hinblick auf eine bestimmte Ware oder Dienstleistung notwendig Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2008/95 hat (vgl. entsprechend Urteil *HABM/BORCO-Marken-Import Matthiesen*, C-265/09 P, EU:C:2010:508, Rn. 29 und die dort angeführte Rechtsprechung). Im vorliegenden Fall ist den Vorlageentscheidungen zu entnehmen, dass die fragliche Marke zwar eine Marke im Sinne von Art. 2 der Richtlinie 2008/95 darstellen kann, aber keine originäre Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie besitzt. Aus den Vorlageentscheidungen ergibt sich weiter, dass das vorlegende Gericht daher nur geklärt haben will, in welcher Weise zu prüfen ist, ob die Marke im Sinne von Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie Unterscheidungskraft infolge ihrer Benutzung erworben hat, und ob diese Prüfung insbesondere in entscheidungserheblicher Weise vom Ergebnis einer Verbraucherbefragung abhängen kann.
- 38 Nach ständiger Rechtsprechung besagt die infolge der Benutzung einer Marke erworbene Unterscheidungskraft ebenso wie die nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2008/95 eine der allgemeinen Voraussetzungen für die Eintragung einer Marke darstellende Unterscheidungskraft, dass die Marke geeignet ist, die Ware oder Dienstleistung, für die die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Ware oder Dienstleistung somit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Urteile *Windsurfing Chiemsee*, C-108/97 und C-109/97, EU:C:1999:230, Rn. 46, und *Philips*, C-299/99, EU:C:2002:377, Rn. 35).
- 39 Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung muss die Unterscheidungskraft einer Marke, ob sie nun originär vorhanden ist oder durch Benutzung erworben wurde, in Bezug auf die Waren oder Dienstleistungen, für die die Marke angemeldet wurde, und in Bezug auf die mutmaßliche Wahrnehmung der beteiligten Verkehrskreise, d. h. der normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der in Rede stehenden Kategorie von Waren oder Dienstleistungen, beurteilt werden (Urteile *Koninklijke KPN Nederland*, C-363/99, EU:C:2004:86, Rn. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie *Nestlé*, C-353/03, EU:C:2005:432, Rn. 25).

- 40 Zur Frage, in welcher Weise zu ermitteln ist, ob eine Marke infolge Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, ergibt sich aus ständiger Rechtsprechung, dass die für die Eintragung von Marken zuständige Behörde eine konkrete Prüfung vornehmen muss (Urteile *Libertel*, EU:C:2003:244, Rn. 77, und *Nichols*, C-404/02, EU:C:2004:538, Rn. 27) und sämtliche Gesichtspunkte zu prüfen hat, die zeigen können, dass die Marke die Eignung erlangt hat, die betreffende Ware oder Dienstleistung als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen (Urteile *Windsurfing Chiemsee*, EU:C:1999:230, Rn. 49, und *Nestlé*, EU:C:2005:432, Rn. 31). Diese Gesichtspunkte müssen sich auf eine Benutzung der Marke als Marke beziehen, d. h. eine Benutzung, die der Identifizierung der Ware oder Dienstleistung durch die beteiligten Verkehrskreise als von einem bestimmten Unternehmen stammend dient (Urteile *Philips*, EU:C:2002:377, Rn. 64, sowie *Nestlé*, EU:C:2005:432, Rn. 26 und 29).
- 41 Im Rahmen dieser Prüfung können insbesondere der Marktanteil der betreffenden Marke, die Intensität, geografische Verbreitung und Dauer ihrer Benutzung, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke, der Anteil der beteiligten Verkehrskreise, der die Ware oder Dienstleistung aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt, sowie Erklärungen von Industrie- und Handelskammern oder anderen Berufsverbänden berücksichtigt werden (Urteile *Windsurfing Chiemsee*, EU:C:1999:230, Rn. 51, und *Nestlé*, EU:C:2005:432, Rn. 31).
- 42 Gelangt die zuständige Behörde aufgrund dieser Gesichtspunkte zu der Auffassung, dass die beteiligten Verkehrskreise oder zumindest ein erheblicher Teil von ihnen die Ware oder Dienstleistung aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen, muss sie daraus jedenfalls den Schluss ziehen, dass die Voraussetzung, die Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2008/95 aufstellt, damit die Marke nicht von der Eintragung ausgeschlossen oder für ungültig erklärt wird, erfüllt ist (vgl. in diesem Sinne Urteile *Windsurfing Chiemsee*, EU:C:1999:230, Rn. 52, und *Philips*, EU:C:2002:377, Rn. 61).
- 43 Das Unionsrecht verbietet es auch nicht, dass die zuständige Behörde, wenn sie auf besondere Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Frage stößt, ob die Marke, deren Eintragung oder Ungültigerklärung beantragt wird, infolge Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, diese Frage nach Maßgabe ihres nationalen Rechts durch eine Verbraucherbefragung klären lässt (vgl. in diesem Sinne Urteil *Windsurfing Chiemsee*, EU:C:1999:230, Rn. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung). Falls sie eine solche Befragung für erforderlich hält, hat sie den Prozentsatz der Verbraucher zu bestimmen, der ihr hinreichend bedeutsam erscheint (vgl. entsprechend Urteil *Budějovický Budvar*, C-478/07, EU:C:2009:521, Rn. 89).
- 44 Die Umstände, unter denen die in Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2008/95 aufgestellte Voraussetzung des Erwerbs von Unterscheidungskraft durch Benutzung als erfüllt angesehen werden kann, können jedoch nicht nur anhand von generellen und abstrakten Angaben, wie z. B. bestimmten Prozentsätzen, festgestellt werden (Urteile *Windsurfing Chiemsee*, EU:C:1999:230, Rn. 52, und *Philips*, EU:C:2002:377, Rn. 62).
- 45 Insoweit ist hervorzuheben, dass sich im Rahmen der umfassenden Würdigung der Gesichtspunkte, die zeigen können, dass die Marke infolge Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, zwar herausstellen mag, dass die Wahrnehmung der beteiligten Verkehrskreise nicht notwendigerweise für alle Kategorien von Marken die gleiche ist und dass daher bei Marken bestimmter Kategorien die Feststellung der Unterscheidungskraft, einschließlich der infolge Benutzung erworbenen, schwieriger sein kann als bei Marken anderer Kategorien (Urteile *Henkel*, C-218/01, EU:C:2004:88, Rn. 52 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie *Nichols*, EU:C:2004:538, Rn. 28).
- 46 Weder Art. 2 noch Art. 3 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 3 der Richtlinie 2008/95 unterscheiden indes zwischen Markenkategorien. Die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft konturloser Farbmarken wie der Marke der Ausgangsverfahren, einschließlich der infolge ihrer Benutzung erworbenen, sind also die gleichen wie die für andere Kategorien von Marken geltenden (vgl. entsprechend Urteile *Philips*, EU:C:2002:377, Rn. 48, sowie *Nichols*, EU:C:2004:538, Rn. 24 und 25).

- 47 Daher rechtfertigen die Schwierigkeiten, die bei der Ermittlung der Unterscheidungskraft bestimmter Kategorien von Marken aufgrund ihrer Natur auftreten könnten und deren Berücksichtigung legitim ist, nicht die Aufstellung strengerer Beurteilungskriterien für diese Unterscheidungskraft, mit denen die Anwendung des Kriteriums der Unterscheidungskraft, wie es in der andere Markenkategorien betreffenden Rechtsprechung ausgelegt worden ist, ersetzt oder von ihm abgewichen würde (vgl. in diesem Sinne Urteil Nichols, EU:C:2004:538, Rn. 26, sowie entsprechend Urteil HABM/BORCO-Marken-Import Matthiesen, EU:C:2010:508, Rn. 34).
- 48 Daraus folgt, dass nicht allgemein, beispielsweise unter Heranziehung bestimmter Prozentsätze des Zuordnungsgrads der Marke in den beteiligten Verkehrskreisen, angegeben werden kann, wann eine Marke infolge Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, und dass auch bei konturlosen Farbmarken wie denen der Ausgangsverfahren, selbst wenn eine Verbraucherbefragung zu den Gesichtspunkten gehören kann, anhand deren sich prüfen lässt, ob eine solche Marke Unterscheidungskraft infolge Benutzung erworben hat, das Ergebnis einer solchen Verbraucherbefragung nicht den allein maßgebenden Gesichtspunkt darstellen darf, der den Schluss zulässt, dass eine infolge Benutzung erworbene Unterscheidungskraft vorliegt.
- 49 Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 3 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 2008/95 dahin auszulegen ist, dass er einer Auslegung des nationalen Rechts entgegensteht, wonach es in Verfahren, in denen fraglich ist, ob eine konturlose Farbmarke infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, stets erforderlich ist, dass eine Verbraucherbefragung einen Zuordnungsgrad dieser Marke von mindestens 70 % ergibt.

*Zur zweiten Frage*

- 50 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2008/95 dahin auszulegen ist, dass im Rahmen eines Verfahrens zur Ungültigerklärung einer nicht originär unterscheidungskräftigen Marke bei der Beurteilung, ob diese Marke infolge Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, zu prüfen ist, ob die Unterscheidungskraft vor der Anmeldung der Marke erworben wurde, wenn der Inhaber der streitigen Marke geltend macht, dass sie jedenfalls nach der Anmeldung, aber noch vor der Eintragung infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe, und das vorlegende Gericht hierzu angibt, dass das deutsche Recht dahin auszulegen sei, dass die Bundesrepublik Deutschland von der Befugnis in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie keinen Gebrauch gemacht habe.
- 51 Im Hinblick auf die letztgenannte Angabe machen der DSGV und die Kommission geltend, dass die zweite Frage unzulässig sei. Sie halten nämlich die Darstellung des nationalen Rechtsrahmens durch das vorlegende Gericht für unzutreffend. Die Bundesrepublik Deutschland habe von der in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie vorgesehenen Befugnis Gebrauch gemacht, so dass die Frage hypothetisch sei.
- 52 Hierzu genügt der Hinweis, dass es nicht Sache des Gerichtshofs ist, sich im Rahmen des in Art. 267 AEUV vorgesehenen Systems der justiziellen Zusammenarbeit zur Auslegung der nationalen Rechtsvorschriften zu äußern oder die Richtigkeit ihrer Auslegung durch das vorlegende Gericht zu würdigen oder zu überprüfen. Der Gerichtshof hat nämlich im Rahmen der Zuständigkeitsverteilung zwischen den Unionsgerichten und den nationalen Gerichten in Bezug auf den tatsächlichen und rechtlichen Rahmen, in den sich die zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen einfügen, von den Feststellungen des vorlegenden Gerichts auszugehen (Urteile Fundación Gala-Salvador Dalí und VEGAP, C-518/08, EU:C:2010:191, Rn. 21 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie Logstor ROR Polska, C-212/10, EU:C:2011:404, Rn. 30).

- 53 Unter diesen Umständen hat der Gerichtshof die zweite Frage zu beantworten, da sie ihm auf der Grundlage der Feststellung des vorlegenden Gerichts gestellt wird, wonach das deutsche Recht im vorliegenden Fall dahin auszulegen sei, dass die Bundesrepublik Deutschland die in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 2008/95 vorgesehene Befugnis nicht in ihr nationales Recht umgesetzt habe; folglich ist festzustellen, dass diese Frage zulässig ist.
- 54 In der Sache macht die Oberbank geltend, Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2008/95 sei dahin auszulegen, dass es auf die beiden vom vorlegenden Gericht genannten Zeitpunkte ankomme und dass der Nachweis der infolge Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft für beide Zeitpunkte zu erbringen sei.
- 55 Die Banco Santander und die Santander Consumer Bank sowie die spanische und die polnische Regierung sind der Ansicht, wenn der betreffende Mitgliedstaat von der in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 2008/95 vorgesehenen Befugnis keinen Gebrauch gemacht habe, sei der Zeitpunkt der Anmeldung für den Nachweis des Erwerbs einer Unterscheidungskraft infolge Benutzung maßgebend. Die Kommission schließt sich hilfsweise dieser Auslegung an. Der DSGVO macht geltend, auf den Zeitpunkt der Eintragung sei jedenfalls in einem Lösungsverfahren, wie es Gegenstand der Ausgangsverfahren sei, abzustellen.
- 56 Nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2008/95 wird eine Marke nicht gemäß Art. 3 Abs. 1 Buchst. b, c oder d von der Eintragung ausgeschlossen oder für ungültig erklärt, wenn sie vor der Anmeldung infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat.
- 57 Aus dem eindeutigen Wortlaut dieser Bestimmung geht mithin klar hervor, dass entgegen der von der DSGVO vertretenen Auffassung die streitige Marke im Rahmen eines Lösungsverfahrens, in dem einer oder mehrere der in Art. 3 Abs. 1 Buchst. b, c oder d der Richtlinie 2008/95 aufgeführten Ungültigkeitsgründe geltend gemacht werden und die Anwendbarkeit mindestens eines dieser Gründe nachgewiesen wird, nur dann der Anwendung des oder der geltend gemachten Ungültigkeitsgründe entgehen kann, wenn sie vor dem Zeitpunkt ihrer Anmeldung infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat.
- 58 Diese Auslegung des Wortlauts wird durch die Systematik von Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2008/95 gestützt. Dessen Satz 2 sieht nämlich ausdrücklich vor, dass die Mitgliedstaaten die Anwendung der nach Satz 1 bestehenden Möglichkeit auf den Fall erstrecken können, dass die Unterscheidungskraft erst infolge einer Benutzung der Marke nach der Anmeldung oder nach ihrer Eintragung erworben wurde.
- 59 Würde aber der erste Satz von Art. 3 Abs. 3 – wie von der Oberbank und dem DSGVO befürwortet – so ausgelegt, dass er sich auch auf die Unterscheidungskraft bezieht, die infolge einer Benutzung der streitigen Marke nach der Anmeldung erworben wird, hätte die den Mitgliedstaaten durch den zweiten Satz eröffnete Möglichkeit fiktiven Charakter, und dieser Bestimmung würde jede praktische Wirksamkeit fehlen.
- 60 Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass die in Rn. 57 des vorliegenden Urteils enthaltene Auslegung nicht die Berücksichtigung von Umständen durch die zuständige Behörde ausschließt, die zwar nach dem Zeitpunkt der Anmeldung liegen, aber Rückschlüsse auf die Situation vor diesem Zeitpunkt zulassen (vgl. in diesem Sinne Urteil L & D/HABM, C-488/06 P, EU:C:2008:420, Rn. 71 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 61 Aus diesen Erwägungen folgt, dass auf die zweite Frage zu antworten ist, dass Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2008/95, wenn ein Mitgliedstaat von der in Satz 2 dieser Bestimmung vorgesehenen Befugnis keinen Gebrauch gemacht hat, dahin auszulegen ist, dass im Rahmen eines Verfahrens zur Ungültigerklärung einer nicht originär unterscheidungskräftigen Marke bei der Beurteilung, ob diese Marke infolge Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, zu prüfen ist, ob die

Unterscheidungskraft vor der Anmeldung der Marke erworben wurde. Unerheblich ist insoweit, dass der Inhaber der streitigen Marke geltend macht, sie habe jedenfalls nach der Anmeldung, aber noch vor ihrer Eintragung infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt.

*Zur dritten Frage*

- 62 Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2008/95 dahin auszulegen ist, dass er es verbietet, die streitige Marke im Rahmen eines Lösungsverfahrens für ungültig zu erklären, sofern sie nicht originär unterscheidungskräftig ist und ihr Inhaber nicht den Nachweis erbringen kann, dass die Marke vor der Anmeldung infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hatte.
- 63 Die Oberbank, die Banco Santander und die Santander Consumer Bank sowie die spanische Regierung sind der Auffassung, dass im Rahmen eines Lösungsverfahrens die Beweislast für die infolge der Benutzung der streitigen Marke erworbene Unterscheidungskraft den Markeninhaber treffe. Die polnische Regierung ist dagegen der Ansicht, dass die Antwort auf die dritte Frage nach dem sechsten Erwägungsgrund der Richtlinie 2008/95 allein in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten falle.
- 64 Der DSGVO und die Kommission haben Zweifel an der Zulässigkeit dieser Frage. Der DSGVO macht hilfsweise geltend, dass die Beweislast im Rahmen eines Lösungsverfahrens beim Antragsteller liege. Die Kommission meint indessen im Wesentlichen, es spreche nichts dagegen, dass die Beweislast beim Inhaber der betreffenden Marke liege.
- 65 Zunächst sind aus den bereits in Rn. 52 des vorliegenden Urteils dargelegten Gründen die Einwände des DSGVO und der Kommission gegen die Zulässigkeit der dritten Frage zurückzuweisen; sie ist auf der Grundlage der Feststellung des vorlegenden Gerichts zu beantworten, wonach das deutsche Recht im vorliegenden Fall dahin auszulegen sei, dass die Bundesrepublik Deutschland die in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 2008/95 vorgesehene Befugnis nicht in ihr nationales Recht umgesetzt habe.
- 66 In der Sache ist darauf hinzuweisen, dass es im sechsten Erwägungsgrund der Richtlinie 2008/95 zwar u. a. heißt, dass es den Mitgliedstaaten weiterhin freistehen sollte, Verfahrensbestimmungen für die Ungültigkeit der durch Eintragung erworbenen Marken zu erlassen und beispielsweise die Form der Verfahren für die Ungültigerklärung festzulegen. Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass die Frage der Beweislast für die infolge Benutzung erworbene Unterscheidungskraft in einem auf Art. 3 Abs. 1 Buchst. b, c oder d der Richtlinie 2008/95 gestützten Lösungsverfahren eine solche in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallende Verfahrensbestimmung darstellt.
- 67 Würde sich die Beweislast für die infolge der Benutzung einer Marke erworbene Unterscheidungskraft im Rahmen eines Verfahrens zur Ungültigerklärung dieser Marke nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten richten, könnte sich daraus nämlich für die Markeninhaber ein je nach dem betroffenen Recht unterschiedlicher Schutz ergeben, so dass das im zehnten Erwägungsgrund der Richtlinie 2008/95 genannte und dort als „wesentlich“ bezeichnete Ziel, dass die eingetragenen Marken „im Recht aller Mitgliedstaaten einen einheitlichen Schutz genießen“, nicht erreicht würde (vgl. entsprechend Urteile *Class International*, C-405/03, EU:C:2005:616, Rn. 73 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie *H. Gautzsch Großhandel*, C-479/12, EU:C:2014:75, Rn. 40).
- 68 Angesichts dieses Ziels sowie der Struktur und der Systematik von Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2008/95 ist festzustellen, dass im Rahmen eines Lösungsverfahrens die Beweislast für die infolge der Benutzung der streitigen Marke erworbene Unterscheidungskraft den Markeninhaber, der die Unterscheidungskraft geltend macht, treffen muss.

- 69 Erstens stellt nämlich – ebenso wie die Tatsache, dass eine Marke Unterscheidungskraft infolge Benutzung erwirbt, im Rahmen eines Anmeldeverfahrens eine Ausnahme von den in Art. 3 Abs. 1 Buchst. b, c oder d der Richtlinie 2008/95 aufgestellten Eintragungshindernissen darstellt (vgl. in diesem Sinne Urteil *Bovemij Verzekeringen*, C-108/05, EU:C:2006:530, Rn. 21) – die Tatsache, dass eine Marke Unterscheidungskraft infolge Benutzung erwirbt, im Rahmen eines Lösungsverfahrens eine Ausnahme dar, die bewirkt, dass die in Art. 3 Abs. 1 Buchst. b, c oder d vorgesehenen Ungültigkeitsgründe nicht eingreifen. Da es sich um eine Ausnahme handelt, obliegt es demjenigen, der sich auf sie berufen will, den ihre Anwendung rechtfertigenden Nachweis zu führen.
- 70 Zweitens ist festzustellen, dass der Inhaber der streitigen Marke am besten in der Lage ist, den Beweis für die konkreten Handlungen zu erbringen, die das Vorbringen zu stützen vermögen, dass seine Marke aufgrund ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe. Dies gilt insbesondere für die zum Nachweis einer solchen Benutzung geeigneten Gesichtspunkte – für die Beispiele in der Rechtsprechung aufgezählt werden, die in den Rn. 40 und 41 des vorliegenden Urteils angeführt ist – wie Intensität, Umfang und Dauer der Benutzung dieser Marke sowie der für sie betriebene Werbeaufwand.
- 71 Wird der Inhaber der streitigen Marke von der zuständigen Behörde aufgefordert, den Nachweis zu erbringen, dass seine nicht originär unterscheidungskräftige Marke infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, und gelingt ihm dies nicht, ist die Marke folglich für ungültig zu erklären.
- 72 Dabei ist unerheblich, aus welchen Gründen es dem Markeninhaber nicht gelingt, diesen Nachweis zu erbringen. Andernfalls ließe sich nicht ausschließen, dass eine Marke weiterhin den durch die Richtlinie 2008/95 gewährten Schutz genießt, obwohl sie, da sie unter einen der in Art. 3 Abs. 1 Buchst. b, c oder d der Richtlinie vorgesehenen Ungültigkeitsgründe fällt, nicht geeignet ist, die wesentliche Funktion einer Marke zu erfüllen, und infolgedessen nicht im Rahmen der Richtlinie geschützt werden kann. Aus dem gleichen Grund verstößt eine solche Beweislast, entgegen dem Vorbringen des DSGV, nicht gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes des Markeninhabers.
- 73 Im Übrigen ist, wie sich aus Rn. 61 des vorliegenden Urteils ergibt, im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2008/95 bei der Beurteilung der Frage, ob eine Marke infolge Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, zu prüfen, ob die Unterscheidungskraft vor der Anmeldung dieser Marke erworben wurde.
- 74 Nach alledem ist auf die dritte Frage zu antworten, dass Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2008/95, wenn ein Mitgliedstaat von der in Satz 2 dieser Bestimmung vorgesehenen Befugnis keinen Gebrauch gemacht hat, dahin auszulegen ist, dass er es nicht verbietet, die streitige Marke im Rahmen eines Lösungsverfahrens für ungültig zu erklären, sofern sie nicht originär unterscheidungskräftig ist und ihr Inhaber nicht den Nachweis erbringen kann, dass die Marke vor der Anmeldung infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hatte.

### **Kosten**

- 75 Für die Parteien der Ausgangsverfahren ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Dritte Kammer) für Recht erkannt:

- 1. Art. 3 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken ist dahin auszulegen, dass er einer Auslegung des nationalen Rechts entgegensteht,**

wonach es in Verfahren, in denen fraglich ist, ob eine konturlose Farbmarke infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, stets erforderlich ist, dass eine Verbraucherbefragung einen Zuordnungsgrad dieser Marke von mindestens 70 % ergibt.

2. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2008/95 ist, wenn ein Mitgliedstaat von der in Satz 2 dieser Bestimmung vorgesehenen Befugnis keinen Gebrauch gemacht hat, dahin auszulegen, dass im Rahmen eines Verfahrens zur Ungültigerklärung einer nicht originär unterscheidungskräftigen Marke bei der Beurteilung, ob diese Marke infolge Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, zu prüfen ist, ob die Unterscheidungskraft vor der Anmeldung der Marke erworben wurde. Unerheblich ist insoweit, dass der Inhaber der streitigen Marke geltend macht, sie habe jedenfalls nach der Anmeldung, aber noch vor ihrer Eintragung, infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt.
3. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2008/95 ist, wenn ein Mitgliedstaat von der in Satz 2 dieser Bestimmung vorgesehenen Befugnis keinen Gebrauch gemacht hat, dahin auszulegen, dass er es nicht verbietet, die streitige Marke im Rahmen eines Löschungsverfahrens für ungültig zu erklären, sofern sie nicht originär unterscheidungskräftig ist und ihr Inhaber nicht den Nachweis erbringen kann, dass die Marke vor der Anmeldung infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hatte.

Unterschriften