SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER vom 14. Juli 2005 [1]

1. Das vorliegende Rechtsmittel ist gegen das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 28. Januar 2004 [2] gerichtet, das die Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (im Folgenden: Amt) über die Zurückweisung von acht Anmeldungen von dreidimensionalen Standbeuteln für Getränke zur Kennzeichnung von Fruchtgetränken und Fruchtsäften bestätigt hat.

I — Die Verordnung über die Gemeinschaftsmarke

2. Es geht wieder einmal um die Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken und demzufolge um die Auslegung von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung über die Gemeinschaftsmarke [3]. Die meisten Rechtsmittelgründe betreffen Fragen, die in der Gemeinschaftsrechtsprechung bereits ausführlich behandelt wurden, mit Ausnahme dessen, dass sich auf die räumliche und objektive Abgrenzung des Zusammenhangs bei der Prüfung bezieht, ob eine dreidimensionale Angabe geeignet ist, den wesentlichen Zweck dieser Art gewerblichen Eigentums zu erfüllen.

3. Die Verordnung Nr. 40/94 enthält die für die Entscheidung über das Rechtsmittel einschlägigen Vorschriften.

4. Gemeinschaftsmarken können gemäß Artikel 4 der Verordnung Nr. 40/94 „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".

1 — Originalsprache: Spanisch.

2 — Urteil vom 28. Januar 2004 in den verbundenen Rechtssachen T-146/02 bis T-153/02, Deutsche SiSi-Werke/HABM, Slg. 2004, II-447).

3 — Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1), geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 3288/94 des Rates vom 22. Dezember 1994 zur Umsetzung der im Rahmen der Uruguay-Runde geschlossenen Übereinkünfte (ABl. L 349, S. 83).

5. Gemäß Artikel 7 „Absolute Eintragungshindernisse" Absatz 1 der Verordnung sind von der Eintragung ausgeschlossen:

„a) Zeichen, die nicht unter Artikel 4 fallen,

b) Marken, die keine Unterscheidungskraft haben,

c) Marken, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, welche im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geografischen Herkunft oder der Zeit der Herstellung der Ware oder der Erbringung der Dienstleistung oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Ware oder Dienstleistung dienen können,

...

e) Zeichen, die ausschließlich bestehen

i) aus der Form, die durch die Art der Ware selbst bedingt ist, oder

ii) aus der Form der Ware, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist, oder

iii) aus der Form, die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht,

..."

6. Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 bestimmt, dass die Vorschriften des Absatzes 1 Buchstaben b, c und d keine Anwendung finden, „wenn die Marke für die Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird, infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat".

II — Vorgeschichte des Rechtsmittelverfahrens

A — *Sachverhalt*

7. Am 8. Juli 1997 reichte die Deutsche SiSi-Werke GmbH & Co. Betriebs KG (im Folgenden: Rechtsmittelführerin) beim Amt acht Anmeldungen von Gemeinschaftsmarken für Waren der Klassen 1, 3, 5, 6, 16, 20, 29, 30, 32, 33, 39 und 40 im Sinne des Abkommens von Nizza über die Internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken vom 15. Juni 1957 ein.

8. Bei den Anmeldungen handelt es sich um verschiedene Standbeutel für Getränke, die eine bauchige Gestalt mit verbreitertem Boden aufweisen und deren Vorderansicht einem lang gezogenen Dreieck oder einem Oval mit in manchen Fällen seitlichen Einwölbungen ähnelt.

9. Mit Entscheidungen vom 24. und 27. September 1999 wies die Prüferin des Amtes die acht Anmeldungen gemäß Artikel 38 der Verordnung Nr. 40/94 wegen fehlender Unterscheidungskraft zurück.

10. Am 11. November 1999 legte die Rechtsmittelführerin gegen die Entscheidungen gemäß Artikel 59 der Verordnung Nr. 40/94 Beschwerden ein, wobei sie die Anmeldung auf Waren der Klassen 32 und 33 beschränkte. Die Zweite Beschwerdekammer wies die Beschwerden mit Entscheidungen vom 28. Februar 2002 mit der Begründung zurück, dass die Verbraucher in den angemeldeten Zeichen keinen Hinweis auf deren betriebliche Herkunft sähen, sondern lediglich eine Form der Verpackung. Diese Verpackungen dürften im Hinblick auf das Interesse der Mitbewerber, der Verpackungs- und der Getränkehersteller nicht monopolisiert werden.

11. Nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens und vor Klageerhebung schränkte die Rechtsmittelführerin ihre Beschwerde mit Schreiben vom 6. Mai 2002 auf folgende Waren der Klasse 32 ein: „Fruchtgetränke und Fruchtsäfte".

B — *Das angefochtene Urteil*

12. Die gegen die genannten Entscheidungen vom 28. Februar 2002 erhobenen Anfechtungsklagen wurden nach Verbindung der beiden Verfahren mit dem nunmehr angefochtenen Urteil des Gerichts erster Instanz vom 28. Januar 2004 abgewiesen.

13. Das Urteil des Gerichts erster Instanz beschränkt sich auf den gemäß dem Schreiben vom 6. Mai 2002 begrenzten Streitgegenstand (Randnrn. 11 und 12) und engt die rechtliche Prüfung auf Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 unter Ausschluss des Buchstabens c dieser Vorschrift ein, der in der Klageschrift ebenfalls geltend gemacht worden war (Randnrn. 13 bis 15).

14. In Randnummer 31 des Urteils stellt das Gericht unter Hinweis auf seine Urteile vom 2. Juli 2002 in der Rechtssache T-323/00 [4] und vom 5. März 2003 in der Rechtssache T-194/01 [5] fest, dass Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 Marken erfasse, die aus der Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise gewöhnlich für die Präsentation der betreffenden Waren oder Dienstleistungen verwendet würden.

15. Nach der Feststellung in Randnummer 33 des Urteils, dass die Unterscheidungskraft eines Zeichens nur im Hinblick auf die Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung angemeldet werde, und in Bezug auf die Wahrnehmung der maßgeblichen Verkehrskreise beurteilt werden könne, weist das Gericht in Randnummer 36 des Urteils darauf hin, dass die Waren im vorliegenden Fall Fruchtgetränke und Fruchtsäfte seien, und die maßgeblichen Verkehrskreise seien die Endverbraucher.

16. Anschließend werden in dem Urteil die Besonderheiten der Wahrnehmung der maßgeblichen Verkehrskreise im Fall einer dreidimensionalen Marke hervorgehoben, die aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst besteht, und festgestellt, dass der Durchschnittsverbraucher, da eine flüssige Ware nur verpackt vermarktet werden könne, der Verpackung in erster Linie eine reine Verpackungsfunktion zuschreiben werde; die Verpackung könne nur dann eine Marke sein, wenn sie unmittelbar als Hinweis auf deren gewerbliche Herkunft wahrgenommen werde (Randnrn. 37 und 38).

17. Aufgrund dieser Kriterien vertritt das Gericht die Ansicht, dass die Nachprüfung des Amtes auf einigen Internetseiten gezeigt habe, dass die Standbeutel weltweit für die Verpackung von Getränken, insbesondere von Fruchtgetränken und Fruchtsäften, bestimmt seien und dass sie in der Gemeinschaft für flüssige Lebensmittel verwendet würden. Die Beutel würden somit allgemein für diese Art von Waren verwendet, und die Verbraucher sähen in ihnen mangels hinreichend ungewöhnlicher Merkmale keinen Hinweis auf eine bestimmte Herkunft (Randnrn. 40 bis 42).

18. In den Randnummern 44 bis 52 des Urteils werden die von der Rechtsmittelführerin beanspruchten dreidimensionalen Formen im Verhältnis zum arttypischen Erscheinungsbild eines Standbeutels behandelt. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass sie einfache Varianten dieses Erscheinungsbilds darstellten, ohne dass das Gesamterscheinungsbild des Standbeutels aufgrund seiner Besonderheiten gegenüber dem allgemeinen Erscheinungsbild eines ähnlichen Behälters einen deutlichen Unterschied aufwiese; außerdem sei der Durchschnittsverbraucher nicht in der Lage, die Verbindung der verschiedenen Designelemente im Gedächtnis zu behalten, die das Endprodukt hervorheben könnten.

19. In dem Urteil wird das Begehren der Rechtsmittelführerin mit einem zweiten Argument zurückgewiesen, wonach die Eintragung der fraglichen dreidimensionalen Formen die Gefahr einer Monopolisierung hervorriefe, auch wenn das Interesse von Wettbewerbern des Anmelders einer Marke daran, die Form ihrer eigenen Waren frei wählen zu können, weder ein Grund für die Ablehnung der Eintragung einer solchen Marke noch ein Beurteilungskriterium für

4 — SAT.1/HABM (SAT.2) (Slg. 2002, II-2839).

5 — Unilever/HABM (Slg. 2003, II-383).

die Unterscheidungskraft dieser Marke sein könne (Randnr. 32). Das Gericht ist der Ansicht, dass die Beschwerdekammer des Amtes dies zu Recht berücksichtigt hat, und hat bekräftigt, dass die fraglichen Beutel keine Unterscheidungskraft hätten (Randnr. 54).

III — Das Verfahren vor dem Gerichtshof

20. Die Rechtsmittelschrift der Rechtsmittelführerin ist am 8. April 2004 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen und vom Amt am 28. Juni 2004 beantwortet worden. Die Erwiderung ist am 22. Oktober 2004 erfolgt; eine mögliche Gegenerwiderung ist nicht eingereicht worden.

21. Die mündliche Verhandlung hat am 16. Juni 2004 unter Teilnahme der Prozessbevollmächtigten beider Parteien stattgefunden.

IV — Prüfung der Rechtsmittelgründe

22. Die Rechtsmittelführerin macht in einem schlecht gegliederten Schriftsatz drei Rechtsmittelgründe geltend, die die Auslegung von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 betreffen. Nachdem sie die — insgesamt fünf — Gründe für ihren anderen Standpunkt genannt hat, trägt sie völlig ungeordnet eine Reihe von Argumenten vor, ohne anzugeben, worauf sie sich beziehen. Auf diese Weise zwingt sie den Gerichtshof zu einer aufwändigen Prüfung, um den eigentlichen Sinn des Rechtsmittels zu ermitteln.

A — *Der Bezugsrahmen für die Beurteilung der Unterscheidungskraft der Zeichen (erster Teil des ersten Rechtsmittelgrundes)*

23. Die Rechtsmittelführerin wirft dem Gericht erster Instanz vor, den für die Beurteilung der Unterscheidungskraft der Marken zu berücksichtigenden Warensektor falsch abgegrenzt zu haben, indem es die Verpackungsformen zugrunde gelegt habe, die es allgemein für flüssige Lebensmittel auf dem Weltmarkt gebe. Ihrer Ansicht nach müsste der räumliche Bereich auf das Gebiet der Gemeinschaft und der sachliche Bereich auf Behälter für Fruchtgetränke und Fruchtsäfte beschränkt werden.

24. In Wirklichkeit möchte die Rechtsmittelführerin wissen, ob für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dieser Art von Zeichen ausschließlich auf das Aussehen der spezifischen Behälter für die betreffenden Waren oder auf das Aussehen ähnlicher Waren abzustellen ist. Letzteres ist zutreffend.

25. Die Form einer Ware oder ihre Aufmachung kann eine Marke darstellen, falls sie sich gemäß Artikel 4 der Verordnung Nr. 40/94 grafisch darstellen lässt und das dieser Rechtsform eigene Individualisierungserfordernis erfüllt [6].

26. Fehlt diese Individualisierungsfähigkeit, ist die Eintragung gemäß den Artikeln 7 Absatz 1 Buchstabe b, 38 Absatz 1 und 51 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung Nr. 40/94 zu versagen oder, falls sie schon erfolgt ist, aufzuheben.

27. Die „Unterscheidungskraft" ist daher ein unbestimmter Rechtsbegriff, der auf die Hauptfunktion dieser speziellen Eigenschaft abzielt, nämlich, dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität der durch die Marke gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung zu garantieren, indem sie ihm ermöglicht, diese Ware oder Dienstleistung ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden. Dieser Begriff bedeutet demnach, dass die Marke zu diesem Zweck geeignet sein muss, indem sie für die mit ihr gekennzeichneten Waren eine eindeutige betriebliche Herkunft zum Ausdruck bringt [7].

28. Zur Konkretisierung dieses unbestimmten Begriffs bedarf es im Einzelfall der Prüfung zweier zusätzlicher Kriterien. Zum einen sind die Waren oder die Leistungen, die in dem Zeichen zum Ausdruck kommen, zu berücksichtigen, und zum anderen ist, was die Wahrnehmung des Adressaten angeht, auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen [8].

29. Diese Beurteilungskriterien ändern sich nicht [9], doch spielt bei ihrer Würdigung die Natur des Zeichens zweifellos eine entscheidende Rolle. Wie intensiv und wie weit eine Botschaft vom Menschen wahrgenommen wird, hängt natürlich von ihrer Art und von dem Sinnesorgan ab, mit dem sie wahrgenommen wird [10]. Mit dem Auge wird eine zweidimensionale Figur nicht in gleicher Weise wie eine dreidimensionale Figur wahrgenommen.

30. Der Unterschied ist noch größer, wenn die dreidimensionale Darstellung in der

6 — Vgl. Urteile vom 18. Juni 2002 in der Rechtssache C-299/99 (Philips, Slg. 2002, I-5475, Randnr. 73), vom 8. April 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-53/01 bis C-55/01 (Linde u. a., Slg. 2003, I-3161, Randnr. 38) und vom 12. Februar 2004 in der Rechtssache C-218/01 (Henkel, Slg. 2004, I-1725, Randnr. 29), in denen die 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) ausgelegt wird.

7 — Ähnliche Begriffe wurden in den genannten Urteilen Henkel (Randnr. 30) und Linde (Randnr. 40) verwendet. Siehe auch Urteil vom 23. September 2004 in der Rechtssache C-107/03 P (Procter & Gamble/HABM, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 28).

8 — Urteile Linde (Randnr. 41) und Procter & Gamble (Randnr. 29). Im gleichen Sinne siehe auch Urteil vom 7. Oktober 2004 in der Rechtssache C-136/02 P (Mag Instrument/HABM, Slg. 2004, I-9165, Randnr. 19).

9 — So die bereits mehrfach erwähnten Urteile Philips (Randnr. 48) und Linde (Randnr. 42).

10 — In meinen Schlussanträgen in der Rechtssache C-273/00 (Sieckmann, Slg. 2002, I-11737), die am 12. Dezember 2002 durch Urteil entschieden wurde, hatte ich Gelegenheit, die Wahrnehmungsfähigkeit der verschiedenen Sinnesorgane zu prüfen (Nrn. 22 ff.).

Form einer Ware oder ihres Behälters besteht [11], da im Fall eines Volumens ohne ein Bild- oder Wortelement die Einschätzung der Unterscheidungskraft schwieriger ist, weil der Durchschnittsverbraucher aus dem Erscheinungsbild der Waren gewöhnlich nicht auf die Herkunft dieser Waren schließt [12].

31. Unter diesen Umständen würde der Vorwurf der Rechtsmittelführerin durchgreifen, wenn er nicht auf einer sehr vereinfachten Sicht der Rechtsprechung des Gerichtshofes beruhte. Natürlich müssen die Waren oder Dienstleistungen, auf die sich die Anmeldung bezieht, geprüft werden, jedoch nicht nur die, die im Einzelfall betroffen sind, sondern auch die, die zur selben Kategorie, Art oder Gattung gehören, d. h. die miteinander in Konflikt treten, wenn sie auf ähnlichen Vertriebswegen angeboten werden und sich an dieselben Verbraucher wenden.

32. In meinen Schlussanträgen vom 18. Januar 2001 in der Rechtssache Merz & Krell [13], bei der es um den instrumentalen Charakter der Rechte ging, die die Inhaberschaft einer Marke verleiht, habe ich zur Beurteilung ihrer Unterscheidungskraft vorgeschlagen, dass man sich den „Eindruck vor Augen halten [muss], den der Durchschnittsverbraucher von der betreffenden Art von Waren oder Dienstleistungen hat" (Nrn. 44 und 43). Außerdem habe ich in meinen Schlussanträgen vom 2. Juli 2002 in der Rechtssache Ansul [14] darauf hingewiesen, dass dieses besondere Eigentum eine Verbindung zwischen dem Zeichen und der durch dieses bezeichneten Ware voraussetzt, damit sich der Inhaber der Marke durch ihre Wahrnehmung durch den Verbraucher und die Identifizierung des einen mit dem anderen auf dem Markt etablieren kann (Nr. 64). Um zu wissen, ob eine Marke Unterscheidungskraft hat und demzufolge ihren Hauptzweck erfüllt, sind daher die Struktur des Sektors und die Vertriebswege zu untersuchen. In den genannten Schlussanträgen in der Rechtssache Ansul habe ich beispielsweise erwähnt, dass die Nutzung einer Marke für Lebensmittelkonserven nichts mit der einer Marke für elektronische Bauteile für Informationssysteme zu tun hat.

33. Um zu prüfen, ob die Angabe des Herstellungsorts geeignet ist, Marken zu unterscheiden, ist daher die Palette von Artikeln zu untersuchen, die sich dem Adressaten bei seiner Wahl stellen. In diesem Zusammenhang erscheint es logisch, dass im Fall der Form einer Verpackung für Fruchtgetränke und Fruchtsäfte der für die Beurteilung maßgebliche Sektor durch den für flüssige Lebensmittel abgegrenzt wird,

11 — In den Schlussanträgen vom 14. Januar 2003 in der genannten Rechtssache Henkel habe ich dargelegt, dass im Fall von Flüssigkeiten, Gasen und bestimmten körnigen oder besonders unbeständigen Substanzen, denen es an einer festen Größe und Gestalt fehlt, Verpackung und Ware eine Einheit bilden, weil die Aufmachung die einzige für den Verbraucher wahrnehmbare Form ist, die sich grafisch darstellen lässt (Nr. 12). Der Gerichtshof ist dieser Auffassung in seinem Urteil mit der Feststellung gefolgt, dass in diesen Fällen die gewählte Verpackung dem Produkt seine Form verleiht, so dass die Verpackung der Form der Ware gleichzusetzen ist (Randnr. 33).

12 — Urteile Procter & Gamble (Randnr. 50) und Mag Instrument (Randnr. 30). Wie ich in meinen Schlussanträgen vom 24. Oktober 2002 in der Rechtssache Linde u. a. vorgetragen habe, bedeutet dies jedoch nicht, dass bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft einer dreidimensionalen Marke strengere Maßstäbe angelegt werden müssten als bei anderen Markenformen (vgl. Randnr. 46 des Urteils).

13 — Urteil vom 4. Oktober 2001 in der Rechtssache C-517/99 (Slg. 2001, I-6959).

14 — Urteil vom 11. März 2003 in der Rechtssache C-40/01 (Slg. 2003, I-2439).

weil diese, wenn sie auf das gleiche Verbraucherprofil ausgerichtet sind und die gleichen Vertriebswege benutzen, für die Beurteilung geeignet sind, ob eine Marke eine Ware individualisieren kann. Die vereinfachende Auffassung der Rechtsmittelführerin führt zu einem absurden Ergebnis. Würde man die Prüfung auf die spezifischen Waren beschränken, die durch die Marke gekennzeichnet werden sollen, so ließe sich unmöglich feststellen, ob die Marke ihre Aufgabe, die Waren im Hinblick auf ihre betriebliche Herkunft zu identifizieren, ordnungsgemäß erfüllt.

34. Das Amt weist zutreffend darauf hin, dass eine Person, die bei einer bestimmten Ware an eine bestimmte Art der Verpackung gewöhnt ist, auch dann, wenn sie zum ersten Mal eine andere Ware in der gleichen Art verpackt zu Gesicht bekommt, annimmt, dass es sich um eine Verpackungsform und nicht um eine Herkunftsangabe handelt. Es wäre daher nicht angezeigt, den Eindruck der Verbraucher ausschließlich unter Berücksichtigung der Behälter zu ermitteln, die für die Kategorie der angemeldeten Waren verwendet werden.

35. Auch im Hinblick auf die räumliche Abgrenzung ist die Rüge der Rechtsmittelführerin unbegründet, denn die Beschränkung auf das Gebiet der Gemeinschaft ist zwar im Hinblick auf die Wirkungen des Eintragungshindernisses des Artikels 8 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 zutreffend, um festzustellen, ob zwischen zwei Gemeinschaftsmarken die Gefahr einer Verwechslung besteht, sie ist jedoch nicht gerechtfertigt, wenn es darum geht, die abstrakte Unterscheidungskraft eines Zeichens zu ermitteln.

36. Im Ergebnis war das Gericht nach keiner Rechtsvorschrift verpflichtet, die Abgrenzung in der von der Rechtsmittelführerin vorgeschlagenen Art und Weise vorzunehmen, was jeden Rechtsfehler in dem Urteil ausschließt.

B — *Die Bezeichnung der Beutel als „Grundformen" (zweiter Teil des ersten Rechtsmittelgrundes)*

37. Die Rechtsmittelführerin trägt außerdem vor, dass das Gericht erster Instanz einen Rechtsfehler begangen habe, indem es die fraglichen Beutel als „geometrische Grundformen" klassifiziert habe. Sie sei nämlich das einzige Unternehmen, das die Beutel auf dem europäischen Markt für Fruchtgetränke und Fruchtsäfte eingeführt habe, so dass man die Beutel nicht als Verpackungsmodell für diese Art von Getränken bezeichnen könne. Man könne ihnen die Unterscheidungskraft nicht mit der Begründung absprechen, dass sie im Handel mit Fruchtgetränken und Fruchtsäften allgemein verwendet würden, da damit die Anmeldung nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 zum Schutz eines allgemeinen Interesses zurückgewiesen würde, das nicht in dieser Vorschrift, sondern in Buchstabe c dieses Artikels vorgesehen sei.

38. Diese Rüge ist, soweit sie sich auf die Ausführungen über die angemeldeten Formen und deren Merkmale in den Randnummern 46 ff. des Urteils bezieht, unzulässig, da

sie sich auf einen Bereich bezieht — die Beweiswürdigung –, der vom Gerichtshof im Wege des Rechtsmittelverfahrens nicht überprüft werden kann, weil dieser Aspekt mit dem speziellen Verfahren zur Anfechtung von Gerichtsentscheidungen nichts zu tun hat.

39. Selbst wenn man, wie von der Rechtsmittelführerin behauptet, unterstellt, dass das Gericht erster Instanz die Unterscheidungskraft der angemeldeten Formen verneint hat, weil diese häufig für Fruchtgetränke und Fruchtsäfte verwendet werden könnten, greift die Rüge nicht durch, weil diese Feststellung am Ende der Randnummer 41 des Urteils die Unterscheidungskraft nicht aufgrund eines ungewöhnlichen allgemeinen Interesses im Rahmen von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94f[15] in Frage stellt; liest man das Urteil aufmerksam, ist vielmehr zu erkennen, dass es eine andere Tragweite hat.

40. Die genannte Feststellung stützt sich nämlich auf das Argument, mit dem der zur Beurteilung der Unterscheidungskraft gewählte objektive Zusammenhang gerechtfertigt werden soll, wonach es dem Zeichen, da es allgemein als Behälter für flüssige Lebensmittel verwendet werde, an der erforderlichen Einzigartigkeit fehle, damit es der durchschnittliche Verbraucher als Hinweis auf die besondere betriebliche Herkunft wahrnehmen könne (Randnr. 42 des Urteils). Außerdem stellt sich dieses Problem beim nächsten Rechtsmittelgrund, bei dem geprüft wird, ob sich die angemeldeten Marken von der Grundform eines Standbeutels für Fruchtgetränke und Fruchtsäfte hinreichend abheben.

41. Im Ergebnis verneint das Gericht erster Instanz nicht die Unterscheidungskraft unter Hinweis auf das Interesse der Wettbewerber, eine Monopolisierung bestimmter Formen zu verhindern, wie ich im Weiteren bei der Prüfung des letzten Rechtsmittelgrundes darlegen werde, sondern es verweist auf den allgemeinen Gebrauch der fraglichen Behälter auf dem Markt, um die Schwierigkeiten eines Käufers hervorzuheben, die Behälter als Ausdruck spezifischer Produkte zu erkennen. Demzufolge ist auch dieser zweite Teil des ersten Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen.

C — *Die angeblich strengeren Anforderungen beim Vergleich dreidimensionaler Marken (erster Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes)*

42. Die Rechtsmittelführerin trägt vor, dass in dem angefochtenen Urteil an die Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken in Form eines Behälters für ein Produkt sehr hohe Anforderungen gestellt würden, wäh-

15 — Das Allgemeininteresse variiert bekanntlich je nach dem jeweiligen Eintragungshindernis (Urteil vom 29. April 2004 in den verbundenen Rechtssachen C-456/01 P und C-457/01 P, Henkel/HABM, Slg. 2004, I-5089, Randnrn. 45 f.), so dass Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 nicht dahin ausgelegt werden kann, dass er der Eintragung von Marken entgegenstehe, die allgemein im Handel für die betreffenden Dienstleistungen oder Waren verwendet werden können. Dieses Kriterium gilt jedoch für den Buchstaben c dieses Artikels (Urteil vom 16. September 2004 in der Rechtssache C-329/02 P, SAT.1/HABM, Slg. 2004, I-8317, Randnr. 36).

rend bei zweidimensionalen Marken die Zeichen, die von den einfachen geometrischen Figuren geringfügig abwichen, eintragungsfähig seien. Das Gericht habe durch sein abweichendes Verständnis gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen.

43. Auch diese Rüge ist zurückzuweisen. Natürlich ist die Unterscheidungskraft einer Marke, wie ich bereits gesagt habe, ungeachtet ihrer Natur nach gleichen Kriterien zu prüfen, was aber nicht ausschließt, dass die Beurteilung bei einigen — z. B. dreidimensionalen — Marken, aufgrund ihrer Besonderheiten schwierig ist (siehe oben, Nrn. 29 f.) [16], denn der Durchschnittsverbraucher ist es, wie ich ebenfalls ausgeführt habe, nicht gewohnt, anhand der Form der ihm angebotenen Ware auf deren Herkunft zu schließen, wenn Bild- oder Wortelemente fehlen.

44. Je mehr sich die angemeldete Form an die des fraglichen Produkts anlehnt, umso mehr verringert sich unter diesen Umständen die Unterscheidungskraft der Marke [17]. Der Behälter einer Flüssigkeit ist ihr bildlicher Ausdruck, so dass die Darstellung eines Behälters keine Marke darstellen kann, da bloße Varianten der üblichen Form nicht ausreichen, um ihr Unterscheidungskraft zu verleihen, und der Verbraucher die Ware schon unterscheiden können muss, ohne eine Prüfung oder einen Vergleich vorzunehmen und ohne besonders aufmerksam zu sein [18].

45. In diesem Fall empfiehlt es sich, sich beim Vergleich der auf dem Markt existierenden Formen und Behälter auf Erfahrung und empirische Grundsätze zu stützen, so dass das Auftauchen eines Behälters im Handel ein brauchbares Kriterium ist, um ihm Unterscheidungskraft zuzusprechen [19], falls sein Verbreitungsgrad sich auf die Aufmerksamkeit der Verbraucher auswirken kann, die bei dieser Art von Marken nicht besonders groß ist [20], insbesondere wenn sie sich auf Produkte des täglichen Gebrauchs beziehen, deren Aussehen sich von dem ähnlicher Waren sehr wenig unterscheidet, so dass sich der Käufer eher an der Etikettierung als an den Formen orientiert [21]. Ebenso ist die Beurteilung der im Allgemeinen verwendeten Behälter oder einer bestimmten grundlegenden Form von Interesse, was nicht bedeutet, dass für diese Art von Marken strengere Anforderungen festgelegt werden, sondern nur, dass ihre Besonderheiten gewürdigt werden.

16 — Nach Ströbele, P.: *Absolute Eintragungshindernisse im Markenrecht, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2001, S. 665, gibt es keine rechtliche Grundlage für eine Änderung der Regeln für die Bewertung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Warenformen und -verpackungen.

17 — Urteil Mag Instrument (Randnrn. 31 f.).

18 — Urteil Mag Instrument (Randnr. 32).

19 — Pollaud-Dulian, F.: „Les marques tridimensionnelles en droit communautaire", *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, Nrn. 8-9 (2003), S. 712, und Hetzelt, N.: *Dreidimensionale Marken — Freihaltebedürftigkeit, Unterscheidungskraft und Schutzumfang*, Köln 2004, S. 146.

20 — Hetzelt, N., zitiert in Fußnote 19, S. 141.

21 — Ströbele, P., zitiert in Fußnote 16, S. 666, und Hetzelt, N., zitiert in Fußnote 19, S. 146.

46. Die in dem Urteil vorgenommene Prüfung entspricht den dargelegten Leitgedanken, wenn dort festgestellt wird, dass die fraglichen Beutel im Handel gewöhnlich für flüssige Lebensmittel im Allgemeinen verwendet werden, zu denen u. a. Fruchtgetränke und Fruchtsäfte gehören, so dass der Durchschnittsverbraucher die Verpackung nicht als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Ware wahrnimmt. Außerdem hat die Rechtsmittelführerin einige Darstellungen vorgelegt, die der allgemeinen Form dieser Art von Behältern entspricht und deren Designelemente zu geringfügig sind, um den maßgeblichen Verkehrskreisen im Gedächtnis zu bleiben. Gleich anschließend hat das Gericht in dem Urteil die drei Elemente geprüft, die optisch wahrnehmbare Unterschiede begründen können: die grundlegenden Formen von Beuteln (rechteckig, oval, dreieckig), die seitlichen Einwölbungen und das metallische Aussehen [22] (Randnrn. 41, 42 und 46 bis 52).

47. Das Gericht stützt sich somit auf geeignete Erkenntnisquellen, die aus objektiver Sicht keinen Zweifel an der Zulässigkeit der gewählten Methode aufkommen lassen, indem es Kriterien wie die Art der Ware und die Komplexität des Designs untersucht, die den genannten Parametern entsprechen. Die Entscheidung ist in diesem Punkt in keiner Hinsicht zu beanstanden, so dass die Rüge der Rechtsmittelführerin zurückzuweisen ist.

22 — In dem Urteil vom 11. November 1997 in der Rechtssache C-251/95 (Sabèl, Slg. 1997, I-6191, Randnr. 23) ging der Gerichtshof bei der Prüfung zweier Marken im Hinblick darauf, ob sie unzulässige Ähnlichkeiten aufweisen, ähnlich vor, wobei er auf den Gesamteindruck der Marke unter Berücksichtigung ihrer unterscheidenden und dominierenden Elemente abstellte.

48. Schließlich ist dieser Rechtsmittelgrund zurückzuweisen, soweit er gegen Tatsachenfeststellungen gerichtet ist, die in den genannten Randnummern des angefochtenen Urteils getroffen wurden; das Wesen des Rechtsmittelverfahrens schließt jedoch, wie gesagt, eine Überprüfung der vom Erstgericht festgestellten Tatsachen aus.

D — *Begründungsfehler (zweiter Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes)*

49. Die Rechtsmittelführerin macht geltend, dass das Amt und einige nationale Einrichtungen Marken der streitigen Art für Waren desselben Wirtschaftszweigs eingetragen hätten. Daher hätten das Gericht und das Amt begründen müssen, weshalb sie nicht in der Lage gewesen seien, die Hauptfunktion dieser Art geistigen Eigentums zu entwickeln.

50. Der Ansatz dieses Rechtsmittelgrundes ist unterschiedlich, je nachdem, ob die frühere Eintragung ähnlicher Marken in einem nationalen oder im gemeinschaftlichen System erfolgt ist.

51. Im ersten Fall ergibt sich die Antwort implizit aus dem wiederholt genannten Urteil in der Rechtssache C-218/01 (Henkel), wo es in den Randnummern 63 und 64 heißt,

dass die Tatsache, dass eine Marke in einem Mitgliedstaat für bestimmte Waren eingetragen wurde, nicht bedeutet, dass in einem anderen Mitgliedstaat die Eintragung einer gleichen oder ähnlichen Marke für dieselben oder ähnliche Produkte zu gewähren oder zu versagen ist.

52. Wie ich bereits in meinen Schlussanträgen in jener Rechtssache vorgetragen habe (Nr. 24), gilt dieses Ergebnis — das auf dem Fehlen einer institutionellen Verbindung der staatlichen Systeme beruht, die nicht verpflichtet sind, zu den gleichen Ergebnissen zu kommen [23] — auch dann, wenn die Verbindung zwischen dem Amt und einer nationalen Einrichtung hergestellt wird, weshalb die in den Mitgliedstaaten getroffenen einzelstaatlichen Entscheidungen in Alicante nicht verbindlich sind.

53. Die Eintragung einer Marke unterliegt den spezifischen, in einem konkreten Fall anzuwendenden Regeln, so dass eine Marke, die in einem bestimmten Gebiet eine Differenzierung ermöglicht, hierzu bei einer anderen räumlichen Abgrenzung ungeeignet sein mag.

54. Dies ist die Antwort in Randnummer 56 des angefochtenen Urteils, wo festgestellt wird, dass in Mitgliedstaaten bereits vorliegende Eintragungen „einen Umstand dar [stellen], der für die Eintragung einer Gemeinschaftsmarke lediglich berücksichtigt werden kann, ohne entscheidend zu sein", und dass „[d]ie Beschwerdekammer folglich diese nationalen Eintragungen ordnungsgemäß in Betracht gezogen [hat], indem sie ausführte, dass diese ihr keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung gäben". Einerseits konnte das Amt von diesen fremden Eintragungen also zu Recht abweichen, ohne dies rechtfertigen zu müssen, und andererseits hat es das Gericht nicht versäumt, seine Entscheidung zu begründen.

55. Bezüglich der Eintragungen in Alicante trägt das Gericht erster Instanz in Randnummer 55 des angefochtenen Urteils hinreichend schlüssig vor, dass nach der Rechtsprechung des Gerichts die früheren Eintragungen nicht bindend seien, weil die Eintragungsfähigkeit eines Zeichens auf der Grundlage des einschlägigen Rechts zu beurteilen sei und nicht auf der Grundlage einer früheren Entscheidungspraxis der Beschwerdekammern. Die Rechtsmittelführerin hat dem zugestimmt.

56. Selbst wenn diese Antwort als unbefriedigend angesehen werden sollte, wäre die Rüge unerheblich, weil die Eintragungen, auf die sich die Rechtsmittelführerin im Rechts-

23 — Trotzdem zwingen die zu einer teilweisen Harmonisierung führenden Wirkungen der Richtlinie über die Marken zu einer Auslegung der einzelstaatlichen Vorschriften im Licht des Wortlauts und der Zweckbestimmung dieser gemeinschaftsrechtlichen Regelung.

mittelverfahren bezieht, späteren Datums [24] als die angefochtenen Verwaltungsentscheidungen sind. Das Amt konnte also nicht durch Handlungen gebunden sein, die zum damaligen Zeitpunkt noch gar nicht erfolgt waren.

E — *Das Interesse der Wettbewerber als Grundlage der Entscheidung (dritter Rechtsmittelgrund)*

57. Die Rechtsmittelführerin wendet sich dagegen, dass Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 in dem angefochtenen Urteil allein im Hinblick auf das allgemeine Interesse der Wettbewerber angewandt worden sei, ohne dass das Interesse der Verbraucher gebührend berücksichtigt worden wäre. Dabei habe man außer Acht gelassen, dass die Behälter seit vielen Jahren problemlos verwendet würden.

58. Diese Rüge beruht auf einer unzutreffenden Analyse des angefochtenen Urteils. Aus Randnummer 32 in Verbindung mit Randnummer 54 des Urteils ergibt sich das Gegenteil, da in Randnummer 32 darauf hingewiesen wird, dass das genannte Interesse weder als Grund für die Ablehnung der Eintragung einer Marke noch als Beurteilungskriterium für die Unterscheidungskraft dieser Marke ausreicht, deren Fehlen in den folgenden Randnummern (33 bis 53) festgestellt wird; in Randnummer 54 wird betont, dass der Hinweis in der Entscheidung der Beschwerdekammer auf die Gefahr einer Monopolisierung der Standbeutel für die betreffenden Getränke deshalb zu Recht erfolgt ist, weil er bestätigt, dass die Beutel nicht „gemäß dem das absolute Eintragungshindernis aus Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 begründenden Allgemeininteresse" die Hauptfunktion einer Marke erfüllen können.

59. Es kann also nicht behauptet werden, dass das Gericht erster Instanz die Unterscheidungskraft der angemeldeten Marken verneint habe, indem es allein auf die Wettbewerber abgestellt habe, da das Urteil im Kern darauf beruht, dass die Verbraucher bei der Wahl der Fruchtgetränke und Fruchtsäfte keine Garantien hinsichtlich der Herkunft haben könnten, weil das Zeichen sie nicht in geeigneter Weise über die betriebliche Herkunft der Getränke informiert.

60. Nach alledem ist auch der letzte Rechtsmittelgrund zurückzuweisen.

24 — Die Markennummern 2662781 und 2662765 wurden am 22. April 2002 angemeldet und am 1. sowie am 19. März 2004 eingetragen; die letzte Marke mit der Nummer 2899078 wurde am 21. Oktober 2002 angemeldet und am 23. Januar 2004 eingetragen.

V — Kostenentscheidung

61. Gemäß Artikel 122 in Verbindung mit Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes, der gemäß Artikel 118 auf das Rechtsmittelverfahren Anwendung findet, ist die unterliegende Partei zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Wenn der Gerichtshof entsprechend meinem Vorschlag die von der Rechtsmittelführerin geltend gemachten Rechtsmittelgründe zurückweist, sind ihr die Kosten des Rechtsmittels aufzuerlegen.

VI — Ergebnis

62. Aus den genannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, das von der Rechtsmittelführerin gegen das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 28. Januar 2004 in den verbundenen Rechtssachen T-146/02 bis T-153/02 eingelegte Rechtsmittel zurückzuweisen und der Rechtsmittelführerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.