URTEIL DES GERICHTSHOFS (Achte Kammer)

4. Oktober 2007 *

In der Rechtssache C-144/06 P

betreffend ein Rechtsmittel nach Art. 56 der Satzung des Gerichtshofs, eingelegt am 17. März 2006,

Henkel KGaA mit Sitz in Düsseldorf (Deutschland), Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt C. Osterrieth,

Rechtsmittelführerin,

anderer Verfahrensbeteiligter:

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

Beklagter im ersten Rechtszug,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Achte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten E. Juhász (Berichterstatter) sowie der Richter J. Malenovský und T. von Danwitz,

Generalanwalt: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
Kanzler: B. Fülöp, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 24. Mai 2007,

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

folgendes

Urteil

1 Mit ihrem Rechtsmittel beantragt die Henkel KGaA (im Folgenden: Henkel) die Aufhebung des Urteils des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 17. Januar 2006, Henkel/HABM (T-398/04, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, im Folgenden: angefochtenes Urteil), mit dem das Gericht ihre Klage auf Aufhebung der Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) vom 4. August 2004 (im Folgenden: streitige Entscheidung) über die Zurückweisung einer Markenanmeldung abgewiesen hat.

Rechtlicher Rahmen

2 Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) bestimmt:

„Von der Eintragung ausgeschlossen sind

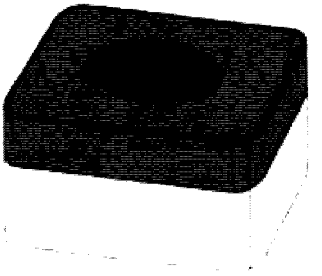
...

b) Marken, die keine Unterscheidungskraft haben".

Vorgeschichte des Rechtsstreits

3 Am 28. September 1998 meldete Henkel gemäß der Verordnung Nr. 40/94 beim HABM eine Gemeinschaftsmarke an.

4 Dabei handelte es sich um folgendes Bildzeichen:



5 Es wurde für Waren der Klassen 1, 3 und 21 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, darunter „Mittel zum Spülen von Geschirr und Wäsche" in Klasse 3, angemeldet.

6 Henkel nahm für ihre Anmeldemarke die Priorität ihrer am 18. Juni 1998 in Deutschland eingereichten Anmeldung einer identischen Marke in Anspruch.

7 Nachdem der Prüfer die Anmeldung mit Bescheid vom 1. Oktober 1999 nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. b und d der Verordnung Nr. 40/94 zurückgewiesen hatte, legte Henkel gegen diesen Bescheid am 19. November 1999 nach den Art. 57 bis 59 der Verordnung Nr. 40/94 beim HABM eine Beschwerde ein.

8 Mit der streitigen Entscheidung wies die Zweite Beschwerdekammer des HABM diese Beschwerde zurück. Sie vertrat im Wesentlichen die Auffassung, dass die angemeldeten Marke hinsichtlich aller von der Anmeldung erfassten Waren keine Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 habe.

Die Klage vor dem Gericht und das angefochtene Urteil

9 Am 8. Oktober 2004 erhob Henkel beim Gericht eine Klage auf Aufhebung der streitigen Entscheidung. Sie stützte ihre Klage auf zwei Klagegründe, die jedoch nach Auffassung des Gerichts nicht durchgriffen. Das Gericht hat daher die Klage abgewiesen.

10 Mit dem ersten Klagegrund eines Verstoßes gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 rügte Henkel, dem HABM seien bei der Anwendung der für die Beurteilung der Unterscheidungskraft maßgeblichen Kriterien Fehler unterlaufen.

11 So habe das HABM nicht geprüft, ob am Anmeldetag der Gemeinschaftsmarkenanmeldung Unterscheidungskraft vorgelegen habe, und nicht festgestellt, welches für die auf dem Markt angebotenen Waren zu diesem Zeitpunkt die übliche Form gewesen sei. Überdies sei das HABM zu Unrecht davon ausgegangen, dass die verschiedenen Farben des Zeichens verschiedenen Wirkstoffen entsprächen, während in Wirklichkeit Henkel die Farben und ihre Kombination beliebig wählen könne.

12 Das HABM habe auch nicht den Beschluss des Bundespatentgerichts berücksichtigt, mit dem entschieden worden sei, dass dem beim Deutschen Patent- und Markenamt angemeldeten Zeichen für Wasch- und Geschirrspülmittel nicht die Unterscheidungskraft fehle.

13 Schließlich verwies Henkel darauf, dass das HABM mehrere Zeichen, die mit der Anmeldemarke vergleichbar seien, zur Eintragung zugelassen habe.

14 Das HABM führte vor dem Gericht aus, dass der Verbraucher das Zeichen nicht als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Ware, sondern lediglich als Darstellung der Ware auffassen werde. Die Entscheidung des Bundespatentgerichts sei pflichtgemäß zur Kenntnis genommen worden, jedoch für das HABM nicht bindend. Was die frühere Entscheidungspraxis angehe, so müsse der Gemeinschaftsrichter über die ihm vorliegende Anmeldung selbständig befinden und sei insbesondere nicht an fehlerhafte Vorentscheidungen gebunden. Außerdem seien die von Henkel angeführten Fälle mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar.

15 Das Gericht hat festgestellt, dass Henkel ihren Klagegrund auf „Mittel zum Spülen von Geschirr und Wäsche" beschränkt habe und dass diese Mittel zu den Waren des täglichen Verbrauchs gehörten, bei deren Kauf der Aufmerksamkeitsgrad des Verbrauchers nicht hoch sei. Hinsichtlich der Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke hat das Gericht an die in diesem Bereich von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsgrundsätze erinnert und ausgeführt, dass die Beurteilung der Unterscheidungskraft bei einer dreidimensionalen Marke, die in der Darreichungsform der Ware selbst bestehe, und bei einer Bildmarke, die in der naturgetreuen Wiedergabe derselben Ware bestehe, nicht zu einem unterschiedlichen Ergebnis führen könne.

16 Nach einem Hinweis darauf, dass zur Beurteilung der Unterscheidungskraft der Anmeldemarke der durch diese Wiedergabe hervorgerufene Gesamteindruck zu prüfen sei, was indessen mit einer sukzessiven Prüfung der verschiedenen Bestandteile, aus denen sie sich zusammensetze, nicht unvereinbar sei (Urteile vom 11. November 1997, Sabèl, C-251/95, Slg. 1997, I-6191, Randnr. 23, und von 16. September 2004, SAT.1/HABM, C-329/02 P, Slg. 2004, I-8317, Randnr. 35), hat das Gericht zunächst die einzelnen Bestandteile der Marke und anschließend diese als Ganzes geprüft. Nach dieser Prüfung hat das Gericht festgestellt, dass es die Anmeldemarke nicht erlaube, das in Frage stehende Produkt von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden.

17 Das Gericht hat weiter ausgeführt, dass diese Beurteilung weder dadurch, dass Henkel zum Zeitpunkt der Markenanmeldung das einzige Unternehmen gewesen sei, das Waren in der durch das angemeldete Zeichen wiedergegebenen Form vertrieben habe, noch durch die älteren Eintragungen in Frage gestellt werde. Zu der nationalen Eintragung hat das Gericht festgestellt, dass sie zwar berücksichtigt werden könne, das HABM jedoch nicht binde, da die Gemeinschaftsregelung für Marken ein autonomes System sei, das aus einer Gesamtheit von ihm eigenen Zielsetzungen und Vorschriften bestehe und dessen Anwendung von jedem nationalen System unabhängig sei. Die Eintragungsfähigkeit eines Zeichens als Gemeinschaftsmarke sei nur auf der Grundlage der einschlägigen Gemeinschaftsregelung zu beurteilen.

18 In Bezug auf die Eintragungsentscheidungen des HABM hat das Gericht daran erinnert, dass Gründe tatsächlicher oder rechtlicher Art, die in einer früheren Entscheidung enthalten seien, zwar Argumente darstellen könnten, auf die eine Rüge der Verletzung einer Vorschrift der Verordnung Nr. 40/94 gestützt werden könne, dass dies jedoch nichts daran ändere, dass die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen der Beschwerdekammern ausschließlich auf der Grundlage dieser Verordnung in ihrer Auslegung durch den Gemeinschaftsrichter und nicht auf der Grundlage einer früheren Entscheidungspraxis zu überprüfen sei. Zudem seien die von Henkel angeführten Marken mit der hier in Rede stehenden nicht wirklich vergleichbar, sei es, weil die erfassten Waren nicht die gleichen seien, sei es, weil die betreffenden Zeichen andere Bestandteile als geometrische Grundformen enthielten.

19 Mit dem zweiten Klagegrund rügte Henkel einen Ermessensmissbrauch und einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Das HABM habe nämlich dadurch, dass es die Eintragung der angemeldeten Marke abgelehnt, aber die vergleichbaren Marken eingetragen habe, das ihm zustehende Ermessen missbraucht und gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen. Wenn sie die Eintragung vergleichbarer Marken dulden müsste, ohne dass dies durch die Eintragung ihrer Marke ausgeglichen würde, so würde sie unter Verstoß gegen den nach Art. 28 EG geschützten Grundsatz des freien Warenverkehrs benachteiligt. Das mit der Verordnung Nr. 40/94 nach ihrem ersten und dritten Erwägungsgrund verfolgte Harmonisierungsziel könne nur erreicht werden, wenn das einheitliche Sachrecht eine einheitliche Auslegung erfahre.

20 Das HABM hielt dem entgegen, dass die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung nicht durch eine frühere Entscheidungspraxis des HABM, sei sie rechtmäßig oder nicht, in Frage gestellt werden könne, da es sich bei der Entscheidung über die Eintragung um eine gebundene Entscheidung handele.

21 Das Gericht hat daran erinnert, dass die Entscheidungen der Beschwerdekammern über die Eintragung eines Zeichens als Gemeinschaftsmarke nach der Verordnung Nr. 40/94 gebundene Entscheidungen und keine Ermessensentscheidungen seien (Urteil vom 15. September 2005, BioID/HABM, C-37/03 P, Slg. 2005, I-7975, Randnr. 47). Der zweite Klagegrund betreffe in Wirklichkeit nicht den Missbrauch eines dem HABM möglicherweise zustehenden Ermessens, sondern die Tatsache, dass das HABM die Eintragung vergleichbarer Zeichen als Marke zugelassen, die Eintragung der streitigen Marke hingegen abgelehnt habe. Folglich überschneide sich der zweite Klagegrund mit einem Teil der Argumente, die Henkel zur Stützung des ersten Klagegrundes vorgetragen habe. Er gehe daher fehl.

Anträge der Parteien

22 Im Rahmen ihres Rechtsmittels beantragt Henkel,

— das angefochtene Urteil aufzuheben;

— die streitige Entscheidung aufzuheben;

— dem HABM die Kosten aufzuerlegen.

23 Das HABM beantragt,

— das Rechtsmittel zurückzuweisen;

— Henkel die Kosten aufzuerlegen.

Zum Rechtsmittel

Vorbringen der Parteien

24 Henkel stützt ihr Rechtsmittel auf einen einzigen Rechtsmittelgrund, mit dem sie einen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 geltend macht, der in einer unzutreffenden rechtlichen und tatsächlichen Würdigung der Anforderungen an die Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke liege. Henkel trägt vor, der Gerichtshof müsse eine zutreffende rechtliche Würdigung der sich aus dem vorliegenden Sachverhalt ergebenden Rechtsfragen vornehmen, da das Gericht den Rechtsbegriff „keine Unterscheidungskraft" nicht richtig angewandt habe.

25 Das Gericht habe zu Unrecht angenommen, dass die angemeldete Marke nicht über hinreichende Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 verfüge. Nach dieser Vorschrift dürfe jedoch nur ein Minimum an Unterscheidungskraft gefordert werden (Urteil vom 20. September 2001, Procter & Gamble/HABM, C-383/99 P, Slg. 2001, I-6251, Randnr. 40). Es sei also lediglich zu prüfen, ob die angemeldete Marke geeignet sei, die Ware, für die die Eintragung beantragt werde, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Ware somit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Urteil vom 4. Mai 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 und C-109/97, Slg. 1999, I-2779, Randnr. 46).

26 Auf dem hier fraglichen Markt verwende jeder Hersteller andere Einfärbungen, um seine Produkte von denen anderer Hersteller zu unterscheiden. Die Aufmachungen zeigten daher auch stets prominent auf der Vorderseite eine Abbildung des Produkts, und der Verkehr nehme das konkret gestaltete Produkt sehr wohl als Hinweis auf den jeweiligen Hersteller wahr.

27 Das Gericht sei von der unzutreffenden Prämisse ausgegangen, dass der Durchschnittsverbraucher dem Erscheinungsbild eines Produkts dann kein hohes Maß an Aufmerksamkeit entgegenbringe, wenn es gewöhnlich in einer Verpackung verkauft werde, auf der sich auch sprachliche Hinweise auf die Zusammensetzung und den Verwendungszweck der betreffenden Ware befänden. Es treffe auch nicht zu, dass es sich um niedrigpreisige Waren des täglichen Bedarfs handele, die die Verbraucher ohne gesteigerte Aufmerksamkeit und ohne gründliche Prüfung kauften. Die Verkehrskreise entnähmen dem streitigen Bildzeichen eine Vielzahl von Informationen, die weit über das hinausgingen, was gemeinhin zur Bestimmung der Herkunft der Ware ausreiche.

28 In ihrer Erwiderung macht Henkel geltend, dass das Gericht den Sachverhalt entstellt habe, soweit es angenommen habe, dass es sich um eine „nächstliegende Abwandlung" der Aufmachung der Ware handele. Das betreffende Zeichen sei nämlich wegen der völlig frei gewählten und farblich deutlich abgegrenzten Schichten und der für Waschmittel ungewöhnlichen dunklen Farbe und ovalen Form der Einlage keine „wahrscheinliche" Form.

29 Das HABM hält das Rechtsmittel für unzulässig. Es trägt vor, dass Henkel nicht präzisiere, welchen Rechtsfehler das Gericht begangen haben solle, und dass die Rügen das Ergebnis einer Beurteilung der Verbraucherwahrnehmung beträfen. Dieser Prozess sei im Gebiet der Tatsachenfeststellung und nicht im Rahmen der rechtlichen Subsumtion anzusiedeln. Die Würdigung der Tatsachen und Beweise sei aber, sofern nicht der Fall ihrer Entstellung oder Verfälschung vorliege, keine Rechtsfrage, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofs im Rahmen eines Rechtsmittels unterläge.

30 Die verschiedenen angesprochenen Fragen (wie z. B. die Fragen, ob sich auf dem Markt eine Übung eingebürgert habe, infolge deren die Form und die Farbe der Tabletten eine herkunftshinweisende Funktion hätten, ob der Verkehr der unmittelbaren Produktabbildung einen eigenen Informationsgehalt im Sinne eines betrieblichen Herkunftshinweises entnehme oder ob es einen allgemeinen Erfahrungswert gebe, nach dem der Durchschnittsverbraucher dem Erscheinungsbild eines Produkts dann kein hohes Maß an Aufmerksamkeit entgegenbringe, wenn es in einer Verpackung verkauft werde, auf der sich auch sprachliche Hinweise auf die Zusammensetzung und den Verwendungszweck der Ware befänden) seien Tatsachenfragen. Das Gericht habe den Sachverhalt weder entstellt noch einzelne Merkmale des Zeichens (insbesondere die dritte Farbe des Produkts) übersehen.

31 Bestimmte Rügen von Henkel, die in der Erwiderung enthalten seien, könnten nach Art. 42 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs nicht geprüft werden, weil sie verspätet vorgebracht worden seien. Aber auch in der Sache gingen sie fehl.

Würdigung durch den Gerichtshof

32 Henkel rügt erstens, dass das Gericht die an die Unterscheidungskraft der Anmeldemarke zu stellenden Forderungen fehlerhaft beurteilt habe.

33 Nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 sind Marken, die keine Unterscheidungskraft haben, von der Eintragung ausgeschlossen.

34 Nach ständiger Rechtsprechung besagt die Unterscheidungskraft einer Marke im Sinne dieses Artikels, dass die Marke geeignet ist, die Ware, für die die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Ware somit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Urteile vom 29. April 2004, Procter & Gamble/HABM, C-473/01 P und C-474/01 P, Slg. 2004, I-5173, Randnr. 32, und vom 21. Oktober 2004, HABM/Erpo Möbelwerk, C-64/02 P, Slg. 2004, I-10031, Randnr. 42).

35 Die Unterscheidungskraft einer Marke ist zum einen im Hinblick auf die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet worden ist, und zum anderen im Hinblick auf die Anschauung der maßgeblichen Verkehrskreise zu beurteilen (Urteile vom 29. April 2004, Procter & Gamble/HABM, Randnr. 33, und vom 22. Juni 2006, Storck/HABM, C-25/05 P, Slg. 2006, I-5719, Randnr. 25).

36 Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung sind die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst bestehen, keine anderen als für die übrigen Markenkategorien. Jedoch ist im Rahmen der Anwendung dieser Kriterien zu berücksichtigen, dass eine dreidimensionale Marke, die aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst besteht, von den maßgeblichen Verkehrskreisen nicht notwendig in gleicher Weise wahrgenommen wie eine Wort- oder Bildmarke, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der mit der Marke bezeichneten Waren unabhängig ist. Denn wenn grafische oder Wortelemente fehlen, schließen die Durchschnittsverbraucher aus der Form der Waren oder der ihrer Verpackung gewöhnlich nicht auf die Herkunft dieser Waren; daher kann es schwieriger sein, die Unterscheidungskraft einer solchen dreidimensionalen Marke nachzuweisen als diejenige einer Wort- oder Bildmarke (Urteile vom 7. Oktober 2004, Mag Instrument/HABM, C-136/02 P, Slg. 2004, I-9165, Randnr. 30, und Storck/HABM, Randnrn. 26 und 27).

37 Unter solchen Umständen besitzt nur eine Marke, die erheblich von der Norm oder der Üblichkeit der Branche abweicht und deshalb ihre wesentliche herkunftskennzeichnende Funktion erfüllen kann, Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 (Urteile vom 12. Januar 2006, Deutsche SiSi-Werke/HABM, C-173/04 P, Slg. 2006, I-551, Randnr. 31, und Storck/HABM, Randnr. 28).

38 Diese Rechtsprechung, die für dreidimensionale Marken entwickelt wurde, welche aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst bestehen, ist ebenfalls einschlägig, wenn die angemeldete Marke, wie im vorliegenden Fall, eine Bildmarke ist, die aus der zweidimensionalen Darstellung der Ware besteht. Denn auch in einem solchen Fall besteht die Marke nicht aus einem Zeichen, das vom Erscheinungsbild der mit ihr gekennzeichneten Waren unabhängig ist (Urteil Storck/HABM, Randnr. 29).

39 Um zu beurteilen, ob einer Marke Unterscheidungskraft fehlt, ist auf den von ihr hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass nicht zunächst die einzelnen Gestaltungselemente der Marke nacheinander geprüft werden dürften. Es kann sich nämlich als zweckmäßig erweisen, im Zuge der Gesamtbeurteilung jeden einzelnen Bestandteil der betreffenden Marke zu untersuchen. (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Juni 2005, Eurocermex/HABM, C-286/04 P, Slg. 2005, I-5797, Randnrn. 22 und 23 und die dort angeführte Rechtsprechung).

40 Dem angefochtenen Urteil ist zu entnehmen, dass das Gericht die von der Rechtsprechung festgelegten Kriterien ordnungsgemäß herangezogen und auf den vorliegenden Fall angewandt hat.

41 Das Gericht hat zu Recht erst die verschiedenen Bestandteile geprüft, aus denen sich das von der Anmeldemarke wiedergegebene Erscheinungsbild zusammensetzt, wie die Form und die Farben der Tablette, und anschließend den hervorgerufenen Gesamteindruck untersucht, um zu beurteilen, ob die Marke die Funktion der Herkunftskennzeichnung erfüllt oder nicht.

42 So hat das Gericht zunächst in den Randnrn. 32 bis 35 des angefochtenen Urteils nacheinander die die Anmeldemarke bildende rechteckige Form, ihre beiden farbigen Schichten und ihren blauen ovalen Kern in der Mitte der roten Oberseite der Tablette geprüft und ist dann zu dem Ergebnis gelangt, dass diese Elemente nicht genügen, um der Marke Unterscheidungskraft zu verleihen.

43 Zur Beurteilung der Gesamtheit dieser Elemente hat das Gericht in Randnr. 39 des angefochtenen Urteils Folgendes festgestellt: „Der durch das streitige Zeichen hervorgerufene Gesamteindruck beschränkt sich ... auf die Darstellung eines Wasch- oder Geschirrspülmittels in Form einer Tablette, in der mehrere chemische Wirkstoffe auf dekorative und attraktive Art in zwei Farbschichten — einer roten und einer weißen — angeordnet sind und deren rote Schicht mit einem blauen ovalen Kern versehen ist. Da der Verbraucher nicht gewohnt ist, in der Form und den Farben der Ware einen Hinweis auf deren betriebliche Herkunft zu sehen ..., das Vorhandensein zweier Schichten und die Hinzufügung eines andersfarbigen ovalen Kerns zu den nächstliegenden Lösungen gehören, wenn es um die

Darstellung eines Wasch- oder Geschirrspülmittels in Tablettenform geht ..., und die gewählten Farben, bei denen es sich um in der betreffenden Branche üblicherweise verwendete Grundfarben handelt, nicht geeignet sind, die Aufmerksamkeit der Verbraucher auf sich zu ziehen ..., vermittelt der durch das Zeichen hervorgerufene Gesamteindruck den angesprochenen Verkehrskreisen nicht, dass die konkrete Darstellung der Ware Aufschluss über deren betriebliche Herkunft gibt. Die angemeldete Marke ermöglicht es einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der genannten Waren daher nicht, die betreffende Ware auch ohne analysierende und vergleichende Betrachtungsweise sowie ohne besondere Aufmerksamkeit von den Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden."

44 Folglich hat das Gericht zum einen seine Beurteilung der Unterscheidungskraft der Anmeldemarke auf den Gesamteindruck gestützt, der durch die Form und die Anordnung der Farben der Anmeldemarke hervorgerufen wird, und zum anderen festgestellt, dass es die Anmeldemarke nicht erlaubt, die betreffende Ware von den Waren der Mitbewerber in der fraglichen Branche zu unterscheiden.

45 Mit seiner Beurteilung, dass die angemeldete Marke keine Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 besitzt, ist dem Gericht daher im Hinblick auf diese Bestimmung und die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs kein Rechtsfehler unterlaufen.

46 Diese Rüge ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

47 Zweitens ist zu der Rüge, die die konkrete Anwendung der sich aus Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 und der zitierten Rechtsprechung ergebenden Kriterien durch das Gericht zum Gegenstand hat, festzustellen, dass sie die Würdigung von Tatsachen betrifft.

48 So hängt insbesondere die Feststellung, ob eine erhebliche Abweichung im Sinne der obigen Randnr. 37 vorliegt, von einer Tatsachenwürdigung ab.

49 Allein das Gericht ist aber dafür zuständig, die Tatsachen festzustellen — sofern sich nicht aus den Prozessakten ergibt, dass seine Feststellungen tatsächlich falsch sind — und diese zu würdigen. Die Tatsachenwürdigung stellt, vorbehaltlich einer Entstellung des dem Gericht unterbreiteten Sachvortrags, keine Rechtsfrage dar, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofs im Rechtsmittelverfahren unterläge (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 19. September 2002, DKV/HABM, C-104/00 P, Slg. 2002, I-7561, Randnr. 22, und vom 29. April 2004, Henkel/HABM, C-456/01 P und C-457/01 P, Slg. 2004, I-5089, Randnr. 41).

50 Eine Entstellung von Tatsachen oder Beweismitteln hat Henkel jedoch erstmals im Stadium der Erwiderung behauptet. Gemäß Art. 42 § 2 der Verfahrensordnung, der nach deren Art. 118 auf das Rechtsmittelverfahren entsprechende Anwendung findet, kann folglich in der vorliegenden Rechtssache die Entstellung von Tatsachen keinen zulässigen Rechtsmittelgrund bilden.

51 Hinzuzufügen ist, dass die in dem angefochtenen Urteil getroffenen Feststellungen zu den Merkmalen des relevanten Publikums und zu der Aufmerksamkeit, der Wahrnehmung oder der Einstellung der Verbraucher ebenfalls in den Bereich der Tatsachenwürdigung fallen.

52 Demnach ist die Rüge, wonach das Gericht die an die Unterscheidungskraft der Anmeldemarke zu stellenden Anforderungen in tatsächlicher Hinsicht fehlerhaft gewürdigt habe, als unzulässig anzusehen.

53 Henkel beanstandet schließlich, dass das Gericht nicht über die Frage entschieden habe, ob für die Beurteilung der Unterscheidungskraft auf den Anmeldetag der Markenanmeldung oder den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung abzustellen ist. Dazu trägt Henkel vor, dass sie fortwährend die Aufmerksamkeit auf den Umstand gelenkt habe, dass sie als erstes Unternehmen Reinigungsmitteltabletten in der streitigen Form angeboten und vertrieben habe. Im Zeitpunkt der Anmeldung habe für das Publikum nicht die geringste Schwierigkeit bestanden, das konkrete Produkt „Reinigungsmitteltablette für das Spülen von Geschirr und für Wäsche" mit Henkel als Hersteller in Verbindung zu bringen.

54 Es ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht zu dieser Rüge in den Randnrn. 41 und 42 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, dass die im Wege einer Prognose und unabhängig von ihrer Benutzung im Sinne von Art. 7 Abs. 3 der Verordnung Nr. 40/94 festgestellte fehlende Eignung der Marke, auf die Herkunft der Ware hinzuweisen, nicht durch die mehr oder weniger große Zahl ähnlicher Tabletten beeinflusst wird, die auf dem Markt bereits vertrieben werden, und dass folglich nicht über die Frage entschieden zu werden braucht, welches der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Unterscheidungskraft der in Frage stehenden Marke ist.

55 Henkel hat ihre Rüge durch keine substantiierten Darlegungen untermauert, durch die belegt würde, dass das Gericht diese Frage fehlerhaft beurteilt hat. Diese Rüge ist daher zurückzuweisen.

56 Da der von Henkel geltend gemachte Rechtsmittelgrund teils unbegründet, teils unzulässig ist, ist das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Kosten

57 Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung, der gemäß Art. 118 der Verfahrensordnung auf das Rechtsmittelverfahren entsprechende Anwendung findet, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da das HABM beantragt hat, Henkel die Kosten aufzuerlegen, und diese mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Achte Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

1. Das Rechtsmittel wird zurückgewiesen.

2. Die Henkel KGaA trägt die Kosten.

Unterschriften