URTEIL DES GERICHTS (Vierte Kammer)

10. November 2004 *

In der Rechtssache T-396/02

August Storck KG mit Sitz in Berlin (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte H. Wrage-Molkenthin, T. Reher, A. Heise und I. Rohr, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

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

Beklagter,

wegen Aufhebung der Entscheidung der Vierten Beschwerdekammer des HABM vom 14. Oktober 2002 (Sache R 187/2001-4), mit der die Anmeldung einer aus der Form eines hellbraunen Bonbons bestehenden dreidimensionalen Marke zurückgewiesen wurde,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ DER
EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten H. Legal, der Richterin V. Tiili und des Richters M. Vilaras,

Kanzler: B. Pastor, Hilfskanzlerin,

aufgrund der am 27. Dezember 2002 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 14. April 2003 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung,

auf die mündliche Verhandlung vom 16. Juni 2004,

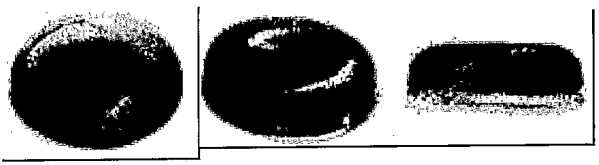
folgendes

Urteil

Sachverhalt

1 Die Klägerin meldete am 30. März 1998 beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (im Folgenden: Amt) nach der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) in geänderter Fassung eine Gemeinschaftsmarke an.

2 Bei der angemeldeten Marke handelt es sich um die nachstehend abgebildete dreidimensionale Form eines hellbraunen Bonbons:



3 Die Marke wurde für „Zuckerwaren" in Klasse 30 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 angemeldet.

4 Mit Entscheidung vom 25. Januar 2001 wies der Prüfer die Anmeldung mit der Begründung zurück, die angemeldete Marke habe keine Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94. Die Marke habe auch nicht durch Benutzung Unterscheidungskraft erworben.

5 Am 14. Februar 2001 legte die Klägerin gegen die Entscheidung des Prüfers nach Artikel 59 der Verordnung Nr. 40/94 beim Amt Beschwerde ein. In der Beschwerdeschrift beantragte die Klägerin, die Entscheidung des Prüfers abzuändern und die Marke für „Zuckerwaren, nämlich Karamellbonbons" zur Veröffentlichung zuzulassen. In der schriftlichen Beschwerdebegründung vom 14. Mai 2001 beantragte die Klägerin indessen, die Entscheidung des Prüfers insgesamt aufzuheben, und erklärte hilfsweise, „dass das Warenverzeichnis der Anmeldemarke auf ‚Karamellbonbons' beschränkt werden soll, soweit eine Ein-

tragung der Marke wegen fehlender Unterscheidungskraft und mangelnder Verkehrsdurchsetzung bei Zuckerwaren abgelehnt wird".

6 Mit Entscheidung vom 14. Oktober 2002 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung), der Klägerin am 18. Oktober 2002 per Fax und am 31. Oktober 2002 per Einschreiben übermittelt, wies die Vierte Beschwerdekammer des Amtes die Beschwerde zurück, da die angemeldete Marke keine Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 habe und auch nicht nach Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung eingetragen werden könne.

7 Die Beschwerdekammer war im Wesentlichen der Ansicht, dass die Kombination aus Form und Farbe der angemeldeten Marke nicht von Haus aus geeignet sei, als Hinweis auf die Herkunft der fraglichen Waren, also Zuckerwaren, zu dienen. Weiterhin werde durch die von der Klägerin eingereichten Nachweise nicht belegt, dass die Anmeldemarke durch Benutzung Unterscheidungskraft insbesondere für Karamellbonbons erlangt habe.

Verfahren und Anträge der Parteien

8 Mit Schreiben, das am 21. Mai 2003 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Klägerin nach Artikel 135 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts beantragt, ihr die Einreichung einer Erwiderung zu gestatten. Dieser Antrag ist vom Präsidenten der Vierten Kammer des Gerichts zurückgewiesen worden.

9 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

— dem Amt die Kosten aufzuerlegen.

10 Das Amt beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Zum Streitgegenstand

Vorbringen der Parteien

11 Ohne ausdrücklich auf den Streitgegenstand Bezug zu nehmen, erhebt die Klägerin gegen die angefochtene Entscheidung die Rüge, dass nach der Beschränkung des Warenverzeichnisses der Anmeldemarke, die sie mit dem Hilfsantrag in ihrer Beschwerdebegründung vom 14. Mai 2001 vorgenommen habe, als maßgebender Markt allein der besondere Markt für „Karamellbonbons" und nicht der „allgemeine Bonbonmarkt" anzusehen sei.

12 Das Amt verweist darauf, dass die Klägerin die fragliche Marke für „Zuckerwaren" angemeldet habe. Die Klägerin habe in ihrer Beschwerdeschrift und ihrer Beschwerdebegründung widersprüchliche Anträge gestellt (vgl. oben, Randnr. 5). Unter diesen Umständen habe die Beschwerdekammer diese widersprüchlich formulierten Anträge der Klägerin zu Recht dahin ausgelegt, dass die Entscheidung des Prüfers insgesamt angefochten werde. Da nämlich der Prüfer die Anmeldung für „Zuckerwaren" allgemein und nicht für „Zuckerwaren, nämlich Karamellbonbons" oder „Karamellbonbons" zurückgewiesen habe, habe die Klägerin den Umfang ihrer Beschwerde nicht auf die letztgenannten Waren beschränken können; die Entscheidung des Prüfers sei insofern „unteilbar".

13 Ferner habe die von der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 14. Mai 2001 hilfsweise erklärte Einschränkung des Warenverzeichnisses auf das Verfahren keinen Einfluss. Denn die Klägerin könne nicht hilfsweise das Warenverzeichnis für den Fall des Scheiterns des Hauptantrags einschränken (Urteil des Gerichts vom 27. Februar 2002 in der Rechtssache T-219/00, Ellos/HABM [ELLOS], Slg. 2002, II-753).

14 Streitgegenstand vor der Beschwerdekammer sei somit die Zurückweisung der Anmeldung für Zuckerwaren (Klasse 30) gewesen. Streitgegenstand im vorliegenden Verfahren sei die angefochtene Entscheidung der Beschwerdekammer, die sich zu Recht mit der Zurückweisung der Anmeldung für Zuckerwaren auseinander gesetzt habe.

Würdigung durch das Gericht

15 Die Entscheidungen der Prüfer sind nach den Artikeln 57 bis 61 der Verordnung Nr. 40/94 mit einer Beschwerde bei der Beschwerdekammer anfechtbar; dabei kann

jeder Beteiligte an einem Verfahren, das zu einer Entscheidung des Prüfers geführt hat, diese Entscheidung anfechten, soweit sie ihn beschwert. Nach Regel 48 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 2868/95 der Kommission vom 13. Dezember 1995 zur Durchführung der Verordnung Nr. 40/94 (ABl. L 303, S. 1) muss die Beschwerdeschrift eine Reihe von Angaben enthalten, darunter „eine Erklärung, in der die angefochtene Entscheidung und der Umfang genannt werden, in dem ihre Änderung oder Aufhebung begehrt wird".

16 Im vorliegenden Fall ist unstreitig, dass der Prüfer die von der Klägerin eingereichte Anmeldung für alle von ihr erfassten Waren zurückgewiesen hatte, also für „Zuckerwaren" in Klasse 30. Die Klägerin beschränkte den Umfang ihrer am 14. Februar 2001 bei der Beschwerdekammer eingelegten Beschwerde dadurch, dass sie sich gegen die Zurückweisung ihrer Anmeldung nur noch im Hinblick auf „Zuckerwaren, nämlich Karamellbonbons" wandte. Sie beantragte damit, die Entscheidung des Prüfers teilweise zu ändern und ihre Anmeldung für „Zuckerwaren, nämlich Karamellbonbons" zur Veröffentlichung zuzulassen. In ihrer Beschwerdebegründung vom 14. Mai 2001 begehrte die Klägerin jedoch in der Hauptsache, dass die Entscheidung des Prüfers insgesamt aufgehoben werde, und erklärte hilfsweise, dass das Warenverzeichnis der Anmeldemarke auf „Karamellbonbons" beschränkt werden solle, soweit eine Eintragung der Marke wegen fehlender Unterscheidungskraft und mangelnder Verkehrsdurchsetzung bei „Zuckerwaren" abgelehnt werde. Für Karamellbonbons lasse sich die ausreichende Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke nämlich schlechterdings nicht verneinen.

17 Die Beschwerdekammer führte in Randnummer 6 der angefochtenen Entscheidung aus, dass mit der Beschwerde in der Hauptsache beantragt werde, die Entscheidung des Prüfers abzuändern und die Anmeldemarke der Klägerin für „Zuckerwaren" insgesamt zur Veröffentlichung zuzulassen, da die Marke unterscheidungskräftig im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 sei. Hilfsweise werde mit der Beschwerde geltend gemacht, dass die Marke aufgrund von durch Benutzung erlangter Unterscheidungskraft für „Karamellbonbons" eintragbar sei. Nach Prüfung der Beschwerdegründe wies die Beschwerdekammer die Beschwerde insgesamt als unbegründet zurück.

18 Mit ihrem Antrag beim Gericht und in verschiedenen Passagen ihrer Klageschrift begehrt die Klägerin, dass die angefochtene Entscheidung insgesamt aufgehoben wird. In anderen Passagen ihrer Klageschrift (vgl. insbesondere Randnrn. 20, 21 und 30) trägt die Klägerin indessen vor, dass ihre Anmeldung nach ihrer mit Schriftsatz vom 14. Mai 2001 erklärten Einschränkung des Warenverzeichnisses nur noch Karamellbonbons betreffe. Die Beschwerdekammer habe daher für die Beurteilung der Unterscheidungskraft der Marke zu Unrecht nicht zwischen dem Markt für Karamellbonbons und dem allgemeinen Bonbonmarkt unterschieden.

19 Insoweit ist daran zu erinnern, dass der Anmelder einer Gemeinschaftsmarke nach Artikel 44 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 seine Anmeldung jederzeit zurücknehmen oder das darin enthaltene Waren- und Dienstleistungsverzeichnis jederzeit einschränken kann. Die Befugnis zur Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses hat somit nur der Anmelder der Gemeinschaftsmarke, der jederzeit einen entsprechenden Antrag an das Amt richten kann. Dabei ist die Zurücknahme oder Einschränkung einer Gemeinschaftsmarkenanmeldung oder die Einschränkung des darin enthaltenen Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses ausdrücklich und unbedingt zu erklären (in diesem Sinne Urteil ELLOS, Randnrn. 60 und 61).

20 Im vorliegenden Fall hat die Klägerin die Beschränkung des Warenverzeichnisses der Anmeldung auf „Karamellbonbons" nur hilfsweise für den Fall erklärt, dass die Beschwerdekammer beabsichtige, die Anmeldung für alle von ihr erfassten Waren (d. h. für „Zuckerwaren") zurückzuweisen. Die Klägerin erklärte diese Einschränkung des Warenverzeichnisses somit nicht ausdrücklich und unbedingt. Daher kann die Einschränkung nicht berücksichtigt werden (in diesem Sinne Urteil ELLOS, Randnr. 62).

21 Im Übrigen muss nach der Rechtsprechung eine Einschränkung des in einer Gemeinschaftsmarkenanmeldung enthaltenen Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses nach besonderen Modalitäten vorgenommen werden; dazu bedarf es eines

Antrags auf Änderung der Anmeldung nach Artikel 44 der Verordnung Nr. 40/94 und Regel 13 der Verordnung Nr. 2868/95 (Urteile des Gerichts vom 5. März 2003 in der Rechtssache T-194/01, Unilever/HABM [ovoide Tablette], Slg. 2003, II-383, Randnr. 13, und vom 25. November 2003 in der Rechtssache T-286/02, Oriental Kitchen/HABM — Mou Dybfrost [KIAP MOU], Slg. 2003, II-4953, Randnr. 30).

22 Diese Modalitäten wurden im vorliegenden Fall nicht beachtet, da die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 14. Mai 2001 die Einschränkung des Warenverzeichnisses nur hilfsweise erklärte, ohne gemäß den vorgenannten Bestimmungen einen entsprechenden Antrag auf Änderung ihrer Anmeldung zu stellen.

23 Demnach ist die vorliegende Klage dahin auszulegen, dass mit ihr die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung wegen Verstoßes gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 hinsichtlich sämtlicher von der Anmeldemarke erfasster Waren (d. h. für „Zuckerwaren") und wegen Verstoßes gegen Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 hinsichtlich dieser Waren, insbesondere Karamellbonbons, begehrt wird.

Zur Zulässigkeit der erstmals beim Gericht eingereichten Beweismittel

24 Die der Klageschrift beigefügten Unterlagen, die von der Beschwerdekammer nicht geprüft wurden, nämlich die erstmals dem Gericht vorgelegten Ergebnisse einer 1997 in Deutschland durchgeführten Befragung zur Form des Bonbons „Werther's Echte", können nicht berücksichtigt werden, da die Klage beim Gericht auf die Rechtmäßigkeitskontrolle der von den Beschwerdekammern des Amtes erlassenen Entscheidungen im Sinne von Artikel 63 der Verordnung Nr. 40/94 gerichtet ist. Da es nicht die Aufgabe des Gerichts ist, im Licht erstmals bei ihm eingereichter Unterlagen den Sachverhalt zu überprüfen, sind die genannten Schriftstücke somit zurückzuweisen, ohne dass ihre Beweiskraft geprüft zu werden braucht (Urteile des

Gerichts vom 18. Februar 2004 in der Rechtssache T-10/03, Koubi/HABM – Flabesa [CONFORFLEX], Slg. 2004, II-719, Randnr. 52, und vom 29. April 2004 in der Rechtssache T-399/02, Eurocermex/HABM [Form einer Bierflasche], Slg. 2004, II-1391, Randnr. 52, und die dort zitierte Rechtsprechung).

Zur Begründetheit

25 Die Klägerin stützt ihre Klage auf zwei Klagegründe, mit denen sie erstens einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 und zweitens einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung rügt.

Zum ersten Klagegrund: Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94

Vorbringen der Parteien

26 Die Klägerin trägt vor, dass die angemeldete Marke, anders als die Beschwerdekammer annehme, das nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 erforderliche Mindestmaß an Unterscheidungskraft besitze.

27 Die falsche Würdigung durch die Beschwerdekammer beruhe zunächst auf der unzutreffenden Definition des zu berücksichtigenden Marktes. Da die Klägerin eine Beschränkung des Warenverzeichnisses der Markenanmeldung beabsichtigt habe,

sei im vorliegenden Fall nur der besondere Markt der Karamellbonbons und nicht der allgemeine Bonbonmarkt einschlägig. Denn das Marktsegment der Karamellbonbons habe Eigenschaften, die es von dem anderer Bonbons unterscheide. Die Wahl der einen (z. B. Gummibärchen, Frucht- oder Schokoladebonbons) oder anderen Bonbonsorte (z. B. kräftige Bonbons wie stark mentholhaltige Drops) hänge nämlich von den unterschiedlichen Bedürfnissen und Geschmacksrichtungen der Verbraucher ab. Daraus folge, dass ein Karamellbonbon nicht einem beliebigen anderen Bonbon gleichgestellt werden könne. Diese unterschiedlichen Eigenschaften, die der Verbraucher in seine Kaufentscheidung einfließen lasse, hätten Auswirkungen auf die Form der verschiedenen Bonbons, so dass sowohl die Beschwerdekammer als auch das nun erkennende Gericht erst nach Differenzierung der diese Bonbonsorte kaufenden Verbraucher Schlüsse über eine allgemeine Üblichkeit der Form für Karamellbonbons ziehen dürfe.

28 Weiter sei die angemeldete Marke in ihrer besonderen und einmaligen Kombination von Form und Farbe durchaus geeignet, die Bonbons der Klägerin von denen anderer Hersteller zu unterscheiden. Die Marke sei mehr als eine Kombination nicht schutzfähiger Merkmale. Denn die Grundform der angemeldeten Marke sei kein Kreis, sondern eine Ellipse mit einer flachen Unterseite, gewölbten Rändern und einer Oberseite, die durch eine kreisförmige Vertiefung in der Mitte geprägt werde. Es handele sich daher um eine für den Markt der Karamellbonbons untypische Form, die im Vergleich zu den anderen Bonbonformen (runde, rechteckige oder quadratische Bonbons, Bonbons in Barrenform oder ohne besondere Form) sehr aufwendig sei. Überdies habe diese Form keinen funktionellen Zweck; ihre Gestaltung sei weder durch technisch zwingende Vorgaben bedingt noch sei sie üblich.

29 Das Amt tritt der Argumentation der Klägerin entgegen und macht geltend, dass die angemeldete Marke keine Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 habe; das gelte selbst dann, wenn der Streitgegenstand auf „Karamellbonbons" beschränkt werden könnte.

Würdigung durch das Gericht

30 Nach Artikel 4 der Verordnung Nr. 40/94 kann die Form oder die Aufmachung einer Ware eine Gemeinschaftsmarke sein, wenn sie geeignet ist, die Waren eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 sind „Zeichen, die keine Unterscheidungskraft haben", von der Eintragung ausgeschlossen. Nach Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung finden „[d]ie Vorschriften des Absatzes 1 ... auch dann Anwendung, wenn die Eintragungshindernisse nur in einem Teil der Gemeinschaft vorliegen".

31 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 insbesondere solche Marken erfasst, die aus der Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise im geschäftlichen Verkehr gewöhnlich für die Präsentation der betreffenden Waren oder Dienstleistungen verwendet werden oder bei denen zumindest aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass sie in dieser Weise verwendet werden können. Die von dieser Bestimmung erfassten Zeichen sind im Übrigen ungeeignet, die wesentliche Funktion der Marke zu erfüllen, nämlich auf die Herkunft der Ware oder der Dienstleistung hinzuweisen, um den Verbraucher, der die durch die Marke bezeichnete Ware oder Dienstleistung erwirbt, in die Lage zu versetzen, bei einem späteren Erwerb die gleiche Wahl zu treffen, wenn sich die Erfahrung als positiv erweist, oder sich anders zu entscheiden, wenn sie negativ war (Urteil ovoide Tablette, Randnr. 39, Urteile des Gerichts vom 20. April 2003 in den Rechtssachen T-324/01 und T-110/02, Axions und Belce/HABM [Form einer braunen Zigarre und Form eines Goldbarrens], Slg. 2003, II-1897, Randnr. 29, und vom 3. Dezember 2003 in der Rechtssache T-305/02, Nestlé Waters France/HABM [Form einer Flasche], Slg. 2003, II-5207, Randnr. 28, und Urteil Form einer Bierflasche, Randnr. 18).

32 Die Unterscheidungskraft einer Marke kann daher nur im Hinblick auf die von Anmeldung erfassten Waren oder Dienstleistungen und auf die Wahrnehmung der Marke durch die maßgeblichen Verkehrskreise beurteilt werden (vgl. analog Urteile des Gerichtshofes vom 8. April 2003 in den Rechtssachen C-53/01 bis C-55/01, Linde u. a., Slg. 2003, I-3161, Randnr. 41, vom 12. Februar 2004 in den Rechtssachen

C-218/01, Henkel, Slg. 2004, I-1725, Randnr. 50, und C-363/99, Koninklijke KPN Nederland, Slg. 2004, I-1619, Randnr. 34, vom 29. April 2004 in den Rechtssachen C-456/01 P und C-457/01 P, Henkel/HABM, Slg. 2004, I-5089, Randnr. 35, C-468/01 P bis C-472/01 P, Procter & Gamble/HABM, Slg. 2004, I-5141, Randnr. 33, und C-473/01 P und C-474/01 P, Procter & Gamble/HABM, Slg. 2004, I-5173, Randnr. 33; Urteile ovoide Tablette, Randnr. 40, Form einer braunen Zigarre und Form eines Goldbarrens, Randnr. 30, und Form einer Flasche, Randnr. 29).

33 Was den erstgenannten Aspekt der Beurteilung angeht, so besteht das angemeldete Zeichen aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst, d. h. aus der Darstellung eines ovalen, hellbraunen Bonbons, für den gewölbte Ränder, eine kreisförmige Vertiefung in der Mitte und eine flache Unterseite kennzeichnend sind.

34 Was die maßgeblichen Verkehrskreise anbelangt, so hat die Beschwerdekammer zutreffend darauf hingewiesen, dass die von der Anmeldung erfassten Waren, nämlich Zuckerwaren, „ein potenziell unbegrenztes Kundenspektrum aller Altersklassen, Kulturen und Bildungsstände ansprechen sollen" und „essbare Massenprodukte" sind, womit „die angesprochenen Verkehrskreise ... alle Verbraucher" sind (Randnr. 11 der angefochtenen Entscheidung). Bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke ist daher auf die mutmaßliche Erwartung eines normal informierten und ausreichend aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen (vgl. analog Urteile des Gerichtshofes in den Rechtssachen Linde u. a., Randnr. 41, Koninklijke KPN Nederland, Randnr. 34, Henkel/HABM, Randnr. 35, C-468/01 P bis C-472/01 P, Procter & Gamble/HABM, Randnr. 33, und C-473/01 P und C-474/01 P, Procter & Gamble/HABM, Randnr. 33; Urteile ovoide Tablette, Randnr. 42, Form einer braunen Zigarre und Form eines Goldbarrens, Randnr. 31, und Form einer Flasche, Randnr. 33).

35 Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung für die Beurteilung der Unterscheidungskraft von dreidimensionalen Marken, die aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst bestehen, keine anderen Kriterien gelten als für andere Markenkategorien (vgl. analog Urteile des Gerichtshofes vom 18. Juni 2002 in den

Rechtssachen C-299/99, Philips, Slg. 2002, I-5475, Randnr. 48, und Linde u. a., Randnrn. 42 und 46; Urteile ovoide Tablette, Randnr. 44, Form einer braunen Zigarre und Form eines Goldbarrens, Randnr. 32, Form einer Flasche, Randnr. 35, und Form einer Bierflasche, Randnr. 22).

36 Bei der Anwendung dieser Kriterien ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Wahrnehmung der maßgeblichen Verkehrskreise im Fall einer dreidimensionalen Marke, die aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst besteht, nicht notwendig die gleiche ist wie bei einer Wortmarke, einer Bildmarke oder einer nicht aus dem Erscheinungsbild der Ware bestehenden dreidimensionalen Marke. Während nämlich diese Marken von den angesprochenen Verkehrskreisen gewöhnlich unmittelbar als herkunftskennzeichnende Zeichen wahrgenommen werden, gilt nicht notwendig das Gleiche für den Fall, dass das Zeichen mit dem Erscheinungsbild der Ware selbst übereinstimmt (vgl. analog Urteile des Gerichtshofes in der Rechtssache Linde u. a., Randnr. 48, vom 6. Mai 2003 in den Rechtssachen C-104/01, Libertel, Slg. 2003, I-3793, Randnr. 65, Henkel, Randnr. 52, Henkel/HABM, Randnr. 38, C-468/01 P bis C-472/01 P, Procter & Gamble/HABM, Randnr. 36, und C-473/01 P und C-474/01 P, Procter & Gamble/HABM, Randnr. 36; Urteile ovoide Tablette, Randnr. 45, und Form einer Bierflasche, Randnr. 23).

37 Ferner ist nach ständiger Rechtsprechung zu berücksichtigen, dass die Wahrnehmung der Marke durch das maßgebliche Publikum, hier also seitens des Durchschnittsverbrauchers, je nach Art der betreffenden Waren oder Dienstleistungen unterschiedlich hoch sein kann (Urteile ovoide Tablette, Randnr. 42, und Form einer Flasche, Randnr. 34).

38 Um zu beurteilen, ob die Kombination der Form und der Farbe des in Frage stehenden Erzeugnisses vom Publikum als eine Herkunftsbezeichnung wahrgenommen werden kann, ist demnach der Gesamteindruck zu prüfen, den diese Kombination hervorruft; dies ist nicht unvereinbar damit, dass die einzelnen verwendeten Gestaltungselemente, also die beanspruchte Form und die beanspruchte Farbe, nacheinander geprüft werden (Urteil des Gerichts vom 19. September 2001 in der Rechtssache T-337/99, Henkel/HABM [runde, rot-weiße Tablette], Slg. 2001, II-2597, Randnr. 49, und Urteil ovoide Tablette, Randnr. 54).

39 Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdekammer zutreffend festgestellt, dass der Verbraucher, da es sich um weit verbreitete Konsumartikel handelt, „der Form und Farbe von Süßwaren keine hohe Aufmerksamkeit schenkt" und es deshalb „unwahrscheinlich [ist], dass die Wahl des Durchschnittsverbrauchers von der Bonbonform diktiert wird" (Randnr. 12 der angefochtenen Entscheidung).

40 Überdies hat die Beschwerdekammer rechtlich hinreichend dargelegt, dass keines der Formmerkmale der Marke einzeln oder in ihrer Verbindung miteinander Unterscheidungskraft besitzt. So hat die Beschwerdekammer zunächst darauf verwiesen, dass „[d]ie fast runde Form ... an einen Kreis [erinnert], eine der geometrischen Grundformen", und dass „[d]er Durchschnittsverbraucher ... an den Anblick von Süßwaren, einschließlich Bonbons, in runder Form (ob kreisförmig, oval, elliptisch oder zylindrisch) gewöhnt" ist. Zu den gewölbten oberen Rändern des Bonbons hat die Beschwerdekammer bemerkt, dass aus funktionellen Gründen „[g]ewölbte Ränder ... bei Bonbons unabhängig von ihrer Form häufig vor [kommen]". Zu der runden Mulde in der Mitte des Bonbons und seiner flachen Unterseite hat die Kammer festgestellt, dass diese Merkmale „nicht wesentlich den Gesamteindruck der Form [ändern]" und dass es „unwahrscheinlich [ist], dass der Verbraucher seine Aufmerksamkeit auf diese beiden Merkmale als Hinweis auf einen bestimmten Hersteller richtet" (Randnr. 13 der angefochtenen Entscheidung).

41 Auch zur Farbe des fraglichen Produktes, also Hellbraun oder verschiedene Brauntöne, hat die Beschwerdekammer darauf verwiesen, dass es sich um „eine übliche Bonbonfarbe" handelt (Randnr. 13 der angefochtenen Entscheidung). Tatsächlich ist das maßgebliche Publikum bei Zuckerwaren an die Präsenz dieser Farbe gewöhnt.

42 Bei der angemeldeten dreidimensionalen Form handelt es sich somit um eine geometrische Grundform, die zu den Formen gehört, an die der Verbraucher bei Artikeln des ständigen Verbrauchs wie Bonbons in selbstverständlicher Weise denkt.

43 Das Vorbringen der Klägerin, wonach zwischen der Form und Farbe der Anmeldemarke und der Form und Farbe von anderen Zuckerwaren erhebliche Unterschiede bestünden, ist daher zurückzuweisen.

44 Demnach ist festzustellen, dass die angemeldete dreidimensionale Marke aus einer Kombination von Gestaltungselementen besteht, die nahe liegend und für die betreffenden Waren typisch sind. Tatsächlich unterscheidet sich die fragliche Form nicht wesentlich von anderen handelsüblichen Grundformen der betreffenden Produkte, sondern wirkt wie eine ihrer Varianten. Da die behaupteten Unterschiede nicht leicht wahrnehmbar sind, unterscheidet sich die fragliche Form nicht hinreichend von anderen üblichen Bonbonformen und ermöglicht es den maßgeblichen Verkehrskreisen nicht, die Bonbons der Klägerin auf Anhieb und mit Gewissheit von Bonbons anderer betrieblicher Herkunft zu unterscheiden.

45 Daher ist die Anmeldemarke aus der Sicht eines normal informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers nicht geeignet, die betreffenden Waren zu individualisieren und von Waren anderer betrieblicher Herkunft zu unterscheiden. Sie hat daher für diese Waren keine Unterscheidungskraft.

46 Der erste Klagegrund, mit dem ein Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 gerügt wird, ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

Zum zweiten Klagegrund: Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94

Vorbringen der Parteien

47 Die Klägerin trägt vor, dass die angemeldete Marke zumindest wegen ihrer Verkehrsdurchsetzung auf dem Karamellbonbonmarkt zur Eintragung zuzulassen

sei. Die Benutzung der Marke ergebe sich aus den mit ihr erzielten hohen Umsätzen, den für sie aufgewandten Werbekosten und den verschiedenen Umfragen zur Bekanntheit der Marke, deren Ergebnisse sie dem Amt vorgelegt habe.

48 Die Verwendung nicht nur des Namens, sondern auch der Form der Ware als Herkunftshinweis sei auf dem Süßwarenmarkt eine verbreitete Praxis. Deshalb sei auf den Verpackungen, d. h. den Tüten mit der Aufschrift „Werther's Original" („Werther's Echte"), die angemeldete Marke jeweils gezielt mit ihren besonders kennzeichnenden Merkmalen dargestellt, nämlich der charakteristischen Einbuchtung mit einem Stempel in der Mitte des Bonbons und den abgerundeten Rändern. Diese Verwendung könne nicht auf eine Darstellung des Inhalts der Verpackung ohne Hinweis auf die Herkunft reduziert werden. Da Formmarken einen doppelten Zweck hätten, nämlich die Darstellung sowohl der Marke als auch des Produktes, könne das eine vom anderen nicht strikt getrennt werden, da die Marke auch immer dem Produkt entspreche. Die Beschwerdekammer habe im vorliegenden Fall diese Doppelfunktion der Marke verkannt.

49 Schließlich vermöge die Tatsache, dass weitere Marken und Produktbeschreibungen auf der Verpackung zu sehen oder zu lesen seien, an der Markendarstellung der Produktform nichts zu ändern. Denn mehrere Marken könnten durchaus gleichzeitig und nebeneinander für ein Produkt verwendet werden, insbesondere für Produkte, die nur durch eine Formmarke gekennzeichnet seien. Der Verkehr erkenne eine Formmarke trotz der Produkthinweisinformationen. Daher überzeugten die Ausführungen der Beschwerdekammer zur Markendarstellung nicht.

50 Nach Auffassung des Amtes, das auf die in der Rechtsprechung entwickelten Beurteilungskriterien für durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft Bezug nimmt, kann die Anmeldemarke nicht nach Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 zur Eintragung zugelassen werden.

51 Der Prüfer und die Beschwerdekammer seien zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die von der Klägerin vorgelegten Beweismittel nicht ausreichend seien, um eine durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke für Karamellbonbons nachzuweisen.

52 So seien die von der Klägerin vorgelegten Umsatzzahlen für die Jahre 1994 bis 1998, aus denen sich der Marktanteil nicht abschätzen lasse, allein nicht genügend. Denn bei Massenwaren, wie sie hier in Frage stünden, sei das maßgebende Kriterium der Marktanteil und nicht bloße Verkaufszahlen, die als Nachweis der Bekanntheit keinesfalls ausreichten.

53 Ebenso wenig beweiskräftig seien die Werbeaufwendungen in Höhe von 27 729 000 DM, die die Klägerin 1998 für den Bonbon „Werther's Original" in mehreren Mitgliedstaaten der Europäischen Union getätigt habe. Denn aus der Tabelle über angebliche Werbeausgaben für die fraglichen Bonbons von 1994 bis 1998, auf die die Klägerin ihr Vorbringen stütze, sei nicht zu erkennen, wofür diese Aufwendungen tatsächlich vorgenommen worden seien: für das Zeichen „Werther's Original", für die Form des Bonbons oder für ein sonstiges Zeichen.

54 Schließlich bezögen sich die in sieben Mitgliedstaaten der Europäischen Union und in Norwegen durchgeführten Befragungen auf die Zeichen „WERTHER'S", „Werther's Original" oder „W. O." und enthielten keinen Hinweis auf die streitige Form. Demzufolge sei der Beweis, dass die streitige Bonbonform Verkehrsbekanntheit erzielt hätte, nicht erbracht worden. Außerdem reiche es für die Anwendung von Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 nicht aus, die Benutzung einer bestimmten Produktform nachzuweisen, sondern es sei darüber hinaus erforderlich, den Markencharakter dieser Benutzungsform darzulegen (Urteil Philips, Randnr. 65).

Würdigung durch das Gericht

55 Gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 stehen die absoluten Eintragungshindernisse des Artikels 7 Absatz 1 Buchstaben b bis d der Verordnung der Eintragung einer Marke nicht entgegen, wenn diese für die Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird, infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat. Die Tatsache, dass das Zeichen, das die betreffende Marke bildet, von den maßgeblichen Verkehrskreisen tatsächlich als Angabe der betrieblichen Herkunft einer Ware oder einer Dienstleistung wahrgenommen wird, ist nämlich im Fall des Artikels 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 das Ergebnis einer wirtschaftlichen Anstrengung des Anmelders der Marke. Dieser Umstand erlaubt es, die Erwägungen des Allgemeininteresses hintanzustellen, die Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b bis d zugrunde liegen und die verlangen, dass die von diesen Bestimmungen erfassten Zeichen von allen frei verwendet werden können, um einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil für einen einzelnen Wirtschaftsteilnehmer zu vermeiden (Urteil Form einer Bierflasche, Randnr. 41).

56 Insoweit ergibt sich aus der Rechtsprechung erstens, dass der Erwerb von Unterscheidungskraft durch Benutzung der Marke es erfordert, dass zumindest ein erheblicher Teil der maßgeblichen Verkehrskreise die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt. Jedoch können die Umstände, unter denen die Voraussetzung des Erwerbs von Unterscheidungskraft durch Benutzung als erfüllt anzusehen ist, nicht nur anhand von generellen und abstrakten Angaben, wie z. B. bestimmten Prozentsätzen, festgestellt werden (vgl. analog Urteile des Gerichtshofes vom 4. Mai 1999 in den Rechtssachen C-108/97 und C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Slg. 1999, I-2779, Randnr. 52, und in der Rechtssache Philips, Randnrn. 61 und 62; Urteil Form einer Bierflasche, Randnr. 42).

57 Zweitens muss für die Zulassung einer Marke zur Eintragung nach Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 die durch ihre Benutzung erlangte Unterscheidungskraft in dem wesentlichen Teil der Gemeinschaft nachgewiesen werden, in dem die Marke nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b, c und d der Verordnung

nicht unterscheidungskräftig wäre (Urteil des Gerichts vom 30. März 2000 in der Rechtssache T-91/99, Ford Motor/HABM [OPTIONS], Slg. 2000, II-1925, Randnr. 27, und Urteil Form einer Bierflasche, Randnrn. 43 und 47).

58 Drittens sind für die Beurteilung, ob eine Marke im Einzelfall Unterscheidungskraft durch Benutzung erworben hat, Gesichtspunkte wie der von der Marke gehaltene Marktanteil, die Intensität, die geografische Verbreitung und die Dauer ihrer Benutzung, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke, der Anteil der beteiligten Verkehrskreise, der die Ware aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt, sowie Erklärungen von Industrie- und Handelskammern oder anderen Berufsverbänden zu berücksichtigen. Ist anhand dieser Gesichtspunkte festzustellen, dass die beteiligten Verkehrskreise oder zumindest ein erheblicher Teil von ihnen die Ware aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen, so ist daraus der Schluss zu ziehen, dass die Voraussetzung, die Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 für die Eintragung der Marke aufstellt, erfüllt ist (Urteile Windsurfing Chiemsee, Randnrn. 51 und 52, Philips, Randnrn. 60 und 61, und Form einer Bierflasche, Randnr. 44).

59 Viertens ist die Unterscheidungskraft einer Marke einschließlich der durch ihre Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft in Bezug auf die Waren oder Dienstleistungen, für die die Marke angemeldet worden ist, sowie im Hinblick darauf zu beurteilen, wie ein normal informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher die in Rede stehende Kategorie von Waren oder Dienstleistungen vermutlich wahrnimmt (in diesem Sinne Urteil Philips, Randnrn. 59 und 63).

60 Im Licht dieser Erwägungen ist zu prüfen, ob die Beschwerdekammer im vorliegenden Fall rechtsfehlerfrei das Vorbringen der Klägerin zurückgewiesen hat, wonach die Marke gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 zur Eintragung zuzulassen sei.

61 Dazu ist erstens festzustellen, dass die Argumente der Klägerin, die sie aus den hohen Verkaufszahlen und Werbeausgaben für den Karamellbonbon „Werther's Original" („Werther's Echte") herleitet, nicht geeignet sind, eine durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft der Anmeldemarke darzutun.

62 Insoweit hat die Beschwerdekammer zwar anerkannt, dass die Umsatzzahlen und Werbeausgaben für die in Frage stehende Bonbonsorte deren weite Verbreitung auf dem Markt belegen, aber auch darauf verwiesen, dass diese Angaben nicht den — jedoch essenziellen — Nachweis dafür darstellen, dass das angemeldete Zeichen als dreidimensionale Marke zur Kennzeichnung der Bonbons der Klägerin verwendet wurde (Randnr. 16 der angefochtenen Entscheidung).

63 In den Randnummern 17 bis 21 der angefochtenen Entscheidung begründete die Beschwerdekammer diese Beurteilung wie folgt:

„17. Die Beschwerdeführerin hat Muster der Kunststofftüten vorgelegt, in der die Bonbons verpackt sind, und argumentiert, dass die dort abgebildete Form als ‚zentrales Hinweismittel und Orientierungspunkt' für den Verbraucher eingesetzt wird. Sie führt dies als Beweis dafür an, dass die Form als Produktmarke beworben und vom Verbraucher als solche verstanden wird. Die Kammer stimmt dem nicht zu, da diese Aussagen der Art und Weise widersprechen, in der die Bonbons im Wesentlichen auf der Verpackung gezeigt werden.

18. Es ist richtig, dass die Bonbons mit der braunen Form, wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht, auf der Verpackung abgebildet sind. Man

muss jedoch prüfen, welchen Zweck diese Bonbons auf der Verpackung eigentlich erfüllen. Diese Prüfung darf nicht abstrakt durchgeführt werden, sondern im Hinblick auf die wahrscheinliche Wahrnehmung des Durchschnittsverbrauchers in Bezug auf die konkrete Darstellung der Bonbons.

19. Wenn ein solcher Verbraucher eine Bonbontüte der Beschwerdeführerin betrachtet, sieht er zunächst den Namen ‚Werther's Original', der in großen Buchstaben fast die Hälfte der Verpackung einnimmt, umgeben von ergänzenden Elementen wie einem kleinen ovalen Zeichen mit dem Namen ‚Storck' und einer stilisierten Zeichnung eines kleinen Dorfes mit der Unterschrift ‚Traditional Werther's Quality'. Auf der unteren Hälfte der Verpackung sieht er ein Farbfoto von ca. fünfzehn zufällig angeordneten Bonbons mit der Legende ‚The classic candy made with real butter and fresh cream'.

20. Nach Aussage der Beschwerdeführerin entspricht diese Darstellung der angemeldeten dreidimensionalen Marke. Nach Auffassung der Kammer ist diese Position nicht begründet. Die Art, in der die Bonbons dargestellt sind, entspricht nicht der herkömmlichen Art einer Markendarstellung auf einem Produkt und dürfte viel mehr dem (anderen) Zweck dienen, den Inhalt der Tüte zu veranschaulichen. Auf der Verpackung wird nicht, wie die Beschwerdeführerin argumentiert, eine Form dargestellt, sondern eine realistische Abbildung durch Anhäufung unverpackter Bonbons. Es ist erwähnenswert, dass in der Darstellung nicht versucht wird, die Merkmale hervorzuheben, die der Marke der Beschwerdeführerin ihrer Ansicht nach Unterscheidungskraft verleihen (die Mulde in der Mitte, die flache Unterseite und die gewölbten Ränder). Aus diesem Grund stellt die Kammer fest, dass die Art der Darstellung der Bonbons auf der Verpackung dem Argument widerspricht, dass diese Darstellung eine dreidimensionale Marke ist — und vom Durchschnittsverbraucher als solche wahrgenommen wird. Nach Bewertung der Kammer ist es wahrscheinlicher, dass der Verbraucher die abgebildeten Bonbons lediglich als Veranschaulichung des Packungsinhalts sieht. Die Illustration von Verpackungen in einer ansprechenden Form, die zeigt, wie das Erzeugnis aussieht oder serviert werden kann, ist in der Nahrungsmittelindustrie, und auch in der Süßwarenindustrie, weit verbreitet und hat eher etwas mit Produktmarketing

als mit Produkt-Markenkennzeichnung zu tun. Nach Auffassung der Kammer erfüllt die Abbildung daher keine Markenfunktion, sondern dient lediglich zur Veranschaulichung des Produkts. Dass dies die wahrscheinliche Wahrnehmung eines durchschnittlich aufmerksamen Bonbonkäufers ist, wird durch den Begleitsatz zum Bild ‚The classic candy made with real butter and fresh cream' bestätigt. Satz und Bild ergänzen sich: der Satz beschreibt die Bonbonsorte und das Bild zeigt sie. Die Kammer stimmt überein, dass ein Produkt mehrere Marken gleichzeitig haben kann. Nach ihrer Auffassung, die sie mit dem Erscheinungsbild der Verpackungstüten der Beschwerdeführerin begründet, entspricht die Darstellung der Bonbons jedoch nicht der einer Markendarstellung.

21. Aus den obigen Ausführungen folgt, dass die als Beweismittel vorgelegten Umsatz- und Werbezahlen zwar belegen, dass Werther's Bonbons auf dem Markt angeboten werden, jedoch nicht, dass die Bonbonform als Marke benutzt worden ist. Gleiches gilt für die Meinungsumfragen, da die Markenbekanntheit der Bonbons in Bezug auf ‚Werther's' untersucht wurde."

64 Diese Ausführungen sind nicht zu beanstanden. Das von der Klägerin vorgelegte Werbematerial enthält keinen Nachweis für die Benutzung der Marke in der angemeldeten Form. Denn auf allen vorgelegten Bildern wird die Wiedergabe der beanspruchten Form und Farbe von Wortmarken und Bildmarken begleitet. Daher kann dieses Material keinen Beweis dafür bilden, dass die maßgeblichen Verkehrskreise die angemeldete Marke als solche und unabhängig von den Wort- und Bildmarken, die sie in der Werbung und beim Verkauf der Waren begleiten, als Angabe der betrieblichen Herkunft der betreffenden Waren und Dienstleistungen ansehen (in diesem Sinne Urteil Form einer Bierflasche, Randnr. 51).

65 Im Übrigen hat die Klägerin in ihrer Klageschrift selbst erwähnt, dass der fragliche Bonbon nicht als lose Ware, sondern abgepackt in Tüten verkauft wird, in denen

überdies jeder Bonbon einzeln verpackt ist. Folglich ist der Durchschnittsverbraucher bei seiner Kaufentscheidung mit der fraglichen Bonbonform nicht unmittelbar konfrontiert, wodurch er aber nur in die Lage versetzt würde, ihr die Funktion eines Herkunftshinweises beizumessen.

66 Zweitens ist festzustellen, dass das Gleiche für die Umfrageergebnisse gilt, die die Klägerin der Beschwerdekammer als Nachweis für die Verkehrsdurchsetzung der Anmeldemarke vorlegte. Denn Randnummer 21 (a. E.) der angefochtenen Entscheidung ist klar zu entnehmen, dass die Markenbekanntheit des von der Klägerin vermarkteten Bonbons nicht auf der Grundlage der fraglichen Form nachgewiesen wurde, sondern auf der Grundlage seiner Bezeichnung als „Werther's".

67 Nach alledem ist die Beschwerdekammer rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass die Klägerin eine durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke weder für Karamellbonbons noch für Zuckerwaren im Allgemeinen nachgewiesen hat.

68 Auch der zweite Klagegrund ist daher zurückzuweisen. Damit ist die Klage insgesamt abzuweisen.

Kosten

69 Nach Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin unterlegen ist, sind ihr gemäß dem Antrag des Beklagten die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Vierte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Legal Tiili Vilaras

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 10. November 2004.

Der Kanzler

H. Jung

Der Präsident

H. Legal