URTEIL DES GERICHTS (Zweite Kammer)

19. September 2001 *

In der Rechtssache T-337/99

Henkel KGaA, Düsseldorf (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte H. F. Wissel und C. Osterrieth, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM), vertreten durch A. von Mühlendahl, D. Schennen und S. Laitinen als Bevollmächtigte,

Beklagter,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

betreffend eine Klage gegen die der Klägerin am 28. September 1999 mitgeteilte Entscheidung der Dritten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) vom 21. September 1999 (Sache R 73/1999-3),

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten A. W. H. Meij sowie der Richter A. Potocki und J. Pirrung,

Kanzler: D. Christensen, Verwaltungsrätin

aufgrund der am 26. November 1999 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 17. Februar 2000 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung,

auf die mündliche Verhandlung vom 5. April 2001,

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Die Klägerin reichte am 15. Dezember 1997 gemäß der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) in ihrer geänderten Fassung die Anmeldung einer Gemeinschaftsmarke beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (im Folgenden: Amt) ein.

2 Die angemeldete dreidimensionale Marke weist nach ihrer von der Klägerin vorgelegten grafischen Darstellung die Form einer runden Tablette auf, die aus zwei Schichten besteht, deren Farben Weiß (unterer Teil) und Rot (oberer Teil) ebenfalls beansprucht werden.

3 Die Waren, für die die Eintragung begehrt wird, gehören zur Klasse 3 im Sinne des Abkommens von Nizza über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken vom 15. Juni 1957 in seiner revidierten und geänderten Fassung und entsprechen folgender Beschreibung: „Wasch- und Geschirrspülmittel in Tablettenform".

4 Mit Bescheid vom 28. September 1998 beanstandete der Prüfer die Anmeldung gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 und setzte der Klägerin eine Äußerungsfrist von zwei Monaten; die Klägerin äußerte sich mit Eingabe vom 9. Oktober 1998.

5 Mit Eingabe vom 6. Januar 1999 an das Amt wies die Klägerin darauf hin, dass eine Markenanmeldung eines Wettbewerbers für ähnliche Waschmitteltabletten im Blatt für Gemeinschaftsmarken veröffentlicht worden sei.

6 Mit Entscheidung vom 26. Januar 1999 wies der Prüfer die Anmeldung gemäß Artikel 38 der Verordnung Nr. 40/94 zurück. Im ersten Teil der Entscheidung wiederholte er die Begründung der Beanstandungen im Bescheid vom 28. September 1998. Im zweiten Teil legte er dar, dass die Klägerin zu diesem Bescheid nicht innerhalb der darin gesetzten Frist von zwei Monaten Stellung genommen habe und dass deshalb nach Aktenlage entschieden werde. Im dritten Teil wies er darauf hin, dass die Argumente der Eingabe vom 6. Januar 1999 in Erwägung gezogen worden seien, dass sie jedoch nicht durchgriffen.

7 Mit Schreiben vom 3. Februar 1999 übersandte der Prüfer der Klägerin eine Kopie der Entscheidung vom 26. Januar 1999, über der folgender Text angebracht war: „Die untenstehende, Ihnen am 26.1.1999 zugesandte Mitteilung trifft offensichtlich nicht zu, da das Amt Ihre Stellungnahme rechtzeitig erhalten hat. Bitte betrachten Sie deshalb die Mitteilung als gegenstandslos." Am selben Tag übersandte er eine weitere Entscheidung über die Zurückweisung der Gemeinschaftsmarkenanmeldung.

8 Am 5. Februar 1999 legte die Klägerin gemäß Artikel 59 der Verordnung Nr. 40/94 Beschwerde gegen die Entscheidung des Prüfers beim Amt ein.

9 Die Beschwerde wurde mit Entscheidung vom 31. September 1999 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) zurückgewiesen.

10 Die Beschwerdekammer vertrat im Wesentlichen die Auffassung, Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 stehe der Eintragung der angemeldeten Marke entgegen. Um eintragungsfähig zu sein, müsse eine Marke die angemeldeten Waren nach ihrer betrieblichen Herkunft und nicht nach ihrer Beschaffenheit unterscheidbar machen. Dies setze bei einer dreidimensionalen Marke, die eine bloße Reproduktion der Ware darstelle, voraus, dass die Form eine hinreichend eigenartige und einprägsame Ausgestaltung aufweise und aus dem verkehrsüblichen Rahmen falle. Angesichts zum einen des Risikos, das damit verbunden sei, dass dem Markeninhaber durch den Formenschutz für die Ware ein Monopol für diese eingeräumt werde, und zum anderen der Notwendigkeit, die Wesensverschiedenheit von Markenrecht und Gebrauchsmuster- bzw. Geschmacksmusterrecht zu beachten, sei bei der Beurteilung der Frage der Unterscheidungskraft ein eher strenger Maßstab anzulegen. Diesen erhöhten Anforderungen genüge die Markenanmeldung im vorliegenden Fall nicht. Die von der Klägerin angemeldete Form weise keine außerordentlich spezielle oder ungewöhnliche Gestaltung auf, sondern gehöre in den Bereich der auf dem fraglichen Markt typischen Grundformen. Auch die farbliche Gestaltung — rot und weiß — könne der angemeldeten Form keine Eigentümlichkeit vermitteln. Außerdem könnten weder die mangelnde Einheitlichkeit der Entscheidungspraxis des Amtes noch die von der Klägerin angeführten Voreintragungen für die Entscheidung des Amtes eine bindende Wirkung haben.

Anträge der Parteien

11 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

— dem Amt die Kosten aufzuerlegen.

12 Das Amt beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— die Kosten der Klägerin aufzuerlegen.

Rechtslage

13 Die Klägerin macht drei Klagegründe geltend. Der erste Klagegrund wird auf einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 gestützt, der zweite auf einen Ermessensmissbrauch und eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und der dritte auf eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Der dritte Klagegrund ist zuerst zu prüfen.

Zum Klagegrund der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

14 Nach Ansicht der Klägerin hat die Beschwerdekammer nicht die Argumente in ihrer Eingabe vom 9. Oktober 1998 geprüft, was eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör darstelle.

15 Aus Nummer 3 der angefochtenen Entscheidung geht indessen hervor, dass die Beschwerdekammer von der Eingabe der Klägerin vom 9. Oktober 1998 Kenntnis genommen hat. Die von der Klägerin in dieser Eingabe angeführten Argumente sind von der Beschwerdekammer im Rahmen der Gründe der angefochtenen Entscheidung im Wesentlichen berücksichtigt worden. Dieser Klagegrund ist daher unbegründet.

Zum Klagegrund des Verstoßes gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94

Vorbringen der Parteien

16 Die Klägerin trägt vor, die Beschwerdekammer habe verkannt, dass die von ihr angemeldete Marke Unterscheidungskraft habe; denn schon ein geringer Grad an Unterscheidungskraft genüge für die Schutzfähigkeit einer Marke nach der Verordnung Nr. 40/94.

17 Die angemeldete Marke sei aufgrund ihrer Farbgebung unterscheidungskräftig; auch Farben seien nach der Verordnung Nr. 40/94 als Marken eintragungsfähig. Nach einer Literaturmeinung dürfe die Zulassung von Farben und Farbzusammenstellungen als Marke nicht durch eine restriktive Anwendung der Schutzhindernisse konterkariert werden.

18 Die angemeldete Marke habe auch wegen ihrer Form Unterscheidungskraft; daher sei die Auffassung der Beschwerdekammer zu beanstanden, dass eine dreidimensionale Form eine eigenartige und einprägsame Ausgestaltung, d. h. eine Originalität aufweisen müsse, die aus dem verkehrsüblichen Rahmen falle. Ob eine dreidimensionale Form besondere Eigentümlichkeit oder Originalität auf-

weise, sei nur bei der Prüfung der Schutzvoraussetzungen für ein Geschmacksmusterrecht (Designschutz) entscheidend. Für die Unterscheidungskraft einer Marke komme es hingegen nur darauf an, ob die Form einer Ware oder die bei dieser gegebene Kombination bestimmter Farben vom Verkehr als Herkunftshinweis für diese Ware aufgefasst werden könne.

19 Die Klägerin beschreibt die Entwicklung der verschiedenen Darreichungsformen von Wasch- und Geschirrspülmitteln. Sie weist darauf hin, dass die Darreichung in der Form zweifarbiger Tabletten recht neu sei und dass bei solchen Tabletten vielfältige Formen möglich seien. Auch bei der Wahl der Farben und ihrer Anordnung auf der Tablette gebe es viele verschiedene Möglichkeiten.

20 Die Marktsituation bei diesen Erzeugnissen sei dadurch gekennzeichnet, dass es nur wenige größere Hersteller gebe und dass die Zahl der auf den einzelnen nationalen Märkten in Form von zweifarbigen Tabletten angebotenen Erzeugnisse sehr begrenzt sei. Daher hätten die Verbraucher die in Form von zweifarbigen Tabletten dargereichten Waschmittelprodukte von Anfang an einer ganz begrenzten Zahl von Markenartikelherstellern zugeordnet, zu denen auch die Klägerin zähle. Diese Erwartungshaltung des Verbrauchers sei durch intensive und nachhaltige Werbung bestärkt und verfestigt worden, bei der die zweifarbige Darreichungsform hervorgehoben worden sei, die für das Aussehen der Ware und die spezifische Form der Waschmitteltabletten charakteristisch sei. Die Klägerin verweist auf die für diese Werbung aufgewandten hohen Kosten und auf den mit den betreffenden Erzeugnissen erzielten Umsatz.

21 Die Verhältnisse auf dem Markt seien überschaubar; alle Hersteller hätten ein Interesse daran, ihre Produkte durch eine bestimmte Form- und Farbgebung von denjenigen anderer Hersteller zu unterscheiden und ihre Produkte in dieser Form auch auf den Verpackungen sichtbar zu machen. Die Auffassung, dass eine spezifische Form- und Farbkombination als solche ungeeignet sei, als Herkunftshinweis für die betreffende Ware zu dienen, sei daher nicht vertretbar. Hiervon sei die Frage nach dem Schutzbereich einer solchen Marke zu trennen. Dass dieser im

Einzelfall sehr eng sein könne, rechtfertige es nicht, einer bestimmten Form- und Farbkombination von vornherein jede Unterscheidungskraft abzusprechen.

22 Die Klägerin bezieht sich unter Vorlage einer umfangreichen Dokumentation auf verschiedene nationale und internationale Markenanmeldungen für Wasch- und Geschirrspülmittel in Tablettenform, von denen einige zu Eintragungen geführt hätten. Daraus folge, dass alle namhaften Markenartikelhersteller von Wasch- und Geschirrspülmitteln in der Form- und Farbgebung der Tabletten stets einen klaren Hinweis auf den Hersteller im Sinne einer Unterscheidungskraft erblickt und dass mehrere Markenämter die Markenfähigkeit der Tabletten anerkannt hätten. Die Klägerin verweist auf eine Entscheidung eines italienischen Gerichts, in der die Schutzfähigkeit einer Marke anerkannt worden sei, die der ihren ähnlich sei.

23 Die Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke sei zum Zeitpunkt der Anmeldung zu prüfen, so dass derjenige, der diese Unterscheidungskraft bestreiten wolle, nicht geltend machen könne, die Wettbewerber der Klägerin hätten nach diesem Zeitpunkt ähnliche Formen und Farben verwendet. Auf diesen Punkt komme es in der vorliegenden Rechtssache jedoch nicht entscheidend an, da sie der einzige Hersteller von Tabletten für Wasch- und Geschirrspülmaschinen sei, die aus einer roten und einer weißen Schicht bestünden.

24 Schließlich habe die angemeldete Marke insbesondere angesichts ihrer einmaligen Farbkombination (rot/weiß) für ihr Produkt Persil Color Unterscheidungskraft aufgrund Benutzung gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 erlangt.

25 Das Amt legt erstens die für die Eintragung dreidimensionaler Marken geltenden Grundsätze dar, wobei es auf die verschiedenen Eintragungshindernisse Bezug nimmt, die in diesem Zusammenhang von Bedeutung sein können.

26 Nach Ansicht des Amtes hat eine Marke dann Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94, wenn sie die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet worden ist, nach ihrer Herkunft und nicht nach ihrer Beschaffenheit oder sonstigen Merkmalen unterscheidbar macht.

27 Die rechtlichen Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die, wie im vorliegenden Fall, aus der Form der Ware selbst bestünden, seien keine anderen und keine strengeren als die, die für andere Marken gälten. Die von der Beschwerdekammer in der angefochtenen Entscheidung verwendeten Formulierungen, die dahin gehend verstanden werden könnten, dass bei dreidimensionalen Marken strengere Maßstäbe anzulegen seien (Randnrn. 23 und 24 der angefochtenen Entscheidung), seien missverständlich, doch komme es auf diesen Punkt für die angefochtene Entscheidung nicht an. Die Form einer Ware weise indessen nicht in der gleichen Art und Weise auf deren Herkunft hin wie Wörter und Bildelemente, die auf der Ware oder ihrer Verpackung angebracht seien.

28 In der Regel bringe aber der Verbraucher die Form der Ware nicht mit ihrer Herkunft in Verbindung. Damit er die Form der Ware selbst als herkunftskennzeichnend wahrnehmen könne, müsse diese Form eine wie auch immer geartete „Besonderheit" aufweisen, die die Aufmerksamkeit der Verbraucher errege.

29 Diese Beurteilung der Unterscheidungskraft der Form einer Ware müsse in drei Schritten erfolgen. Zunächst sei zu prüfen, welche Formen es für die betreffende Ware gebe, sodann, ob sich die angemeldete Form daraus für den Verbraucher erkennbar heraushebe, und schließlich, ob diese besondere Gestaltung die Herkunft der Ware erkennen lasse.

30 Im Rahmen des dritten Prüfungsschritts seien die Art der Ware und die Art und Weise ihrer Verwendung durch den Verbraucher von Bedeutung. Tabletten für Wasch- oder Geschirrspülmaschinen würden vom Verbraucher aus ihrer Verpackung genommen, um sofort in diese Maschinen eingefüllt zu werden; der Verbraucher richte sein Augenmerk somit auf die Verpackung der Ware, die die Wortmarke des Herstellers trage, und nicht auf ihre genaue Form und Farbe, um sie bei einem späteren Einkauf wiederzuerkennen.

31 Zweitens wendet sich das Amt der Prüfung der angemeldeten Marke zu.

32 Die Form der angemeldeten Marke — Scheibenform — sei nicht ungewöhnlich, sondern vielmehr banal und marktüblich.

33 Was die Farbgebung angehe, so verleihe die Hinzufügung einer roten Farbschicht dem angemeldeten Zeichen keine Unterscheidungskraft. Eine Farbkombination liege nicht vor, wenn der Grundfarbe (weiß oder grau) des Wasch- oder Geschirrspülmittels eine einzige weitere Farbe hinzugefügt worden sei.

34 Die beanspruchte Farbe sei eine der Grundfarben. Alle auf dem Markt vorhandenen zweischichtigen Tabletten wiesen eine Schicht auf, die mit einer der Grundfarben (rot, grün oder blau) eingefärbt sei. Wenn das Amt solchen banalen Farbgebungen Unterscheidungskraft zuerkennen müsste, würden die bei ihm anhängigen Anmeldungen für Waschmitteltabletten in roter, blauer oder grüner Färbung praktisch jede normale Farbgebung abdecken und zu einer Monopolisierung der Produktform selbst führen.

35 Die auf den einzelnen Schichten oder Teilen der Tabletten angebrachten Farben wiesen auf das Vorhandensein verschiedener Wirkstoffe hin und dienten somit der Information des Verbrauchers über die Eigenschaften der Ware, was durch die Werbung für die fraglichen Tabletten hervorgehoben werde. Außerdem ergebe sich aus der Art und Weise der Verwendung der Tabletten, dass der Verbraucher deren Farben nicht als Hinweis auf die Herkunft der Ware ansehe.

36 Das Argument der Klägerin, sie sei das einzige Unternehmen, das rot-weiße Tabletten herstelle, gehe fehl. Erwägungen, die die Benutzung der Marke beträfen, gehörten zur Prüfung nach Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94; diese Bestimmung sei von der Klägerin erstmals in der Klageschrift und damit verspätet angeführt worden.

37 Daraus, dass die Wettbewerber der Klägerin für ihre Tabletten andere Farben gewählt hätten, lasse sich nicht herleiten, dass diese Farben es ermöglichten, diese Waren nach ihrer Herkunft zu unterscheiden. Die Wahl unterschiedlicher Farben

erkläre sich aus den zahlreichen Markenanmeldungen, die für Wasch- und Geschirrspülmittel seit ihrer nur kurze Zeit zurückliegenden Einführung auf dem Markt bei den verschiedenen Markenämtern der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft eingereicht worden seien. Da einige nationale Markenämter Markenschutz gewährt hätten, sei es für einen Hersteller unangebracht, seine Ware vor einer gerichtlichen Klärung in einer Form darzubieten, die einer für einen Wettbewerber eingetragenen oder von diesem auch nur angemeldeten Marke entspreche.

38 Was drittens die Eintragung von Marken durch nationale Markenämter der Mitgliedstaaten angehe, die der im vorliegenden Fall angemeldeten Marke entsprächen, so sei die Praxis dieser Ämter nicht einheitlich.

39 Für die Beurteilung der Unterscheidungskraft der Marke sei auf den Zeitpunkt der Eintragung abzustellen. Bereits vor der vorliegenden Markenanmeldung hätten Wettbewerber der Klägerin scheibenförmige Tabletten auf den Markt gebracht.

Würdigung durch das Gericht

40 Die Unterscheidungskraft einer Marke ist im Hinblick auf die Waren oder Dienstleistungen zu beurteilen, für die die Eintragung der Marke beantragt wurde.

41 Im vorliegenden Fall besteht die Marke, deren Eintragung begehrt wird, aus der Form und der Farbgebung einer Waschmittel- oder einer Geschirrspülmitteltablette, d. h. der Gestaltung der Ware selbst.

42 Aus Artikel 4 der Verordnung Nr. 40/94 ergibt sich, dass sowohl die Form der Ware als auch die Farben zu den Zeichen gehören, die eine Gemeinschaftsmarke sein können. Daraus, dass eine Kategorie von Zeichen allgemein geeignet ist, eine Marke auszumachen, folgt jedoch nicht, dass die zu dieser Kategorie gehörenden Zeichen im Hinblick auf eine bestimmte Ware oder Dienstleistung notwendig Unterscheidungskraft gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 haben.

43 Nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 sind „Marken, die keine Unterscheidungskraft haben", von der Eintragung ausgeschlossen. Bei Marken, die eine Unterscheidung der Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung begehrt wird, ihrer Herkunft nach zulassen, ist die Unterscheidungskraft zu bejahen. Dabei ist es nicht notwendig, dass die Marke genaue Angaben über die Identität des Herstellers der Ware oder des Erbringers der Dienstleistungen vermittelt. Es genügt vielmehr, dass sie den angeprochenen Verkehrskreisen eine Unterscheidung der mit ihr bezeichneten Ware oder Dienstleistung von den Waren oder Dienstleistungen anderer betrieblicher Herkunft ermöglicht und den Schluss zulässt, dass alle mit ihr bezeichneten Waren oder Dienstleistungen unter der Kontrolle des Inhabers dieser Marke hergestellt, vertrieben oder geliefert bzw. erbracht worden sind, der für ihre Qualität verantwortlich gemacht werden kann (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofes vom 29. September 1998 in der Rechtssache C-39/97, Slg. 1998, I-5507, Randnr. 28).

44 Dem Wortlaut des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 ist zu entnehmen, dass das in diesem Artikel bezeichnete Eintragungshindernis schon bei einem Mindestmaß an Unterscheidungskraft nicht greift. Es ist daher — im Wege einer Prognose und ohne Berücksichtigung der etwaigen Benutzung des Zeichens im Sinne von Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 — zu prüfen, ob die angemeldete Marke es den angesprochenen Verkehrskreisen zum Zeitpunkt der Kaufentscheidung ermöglicht, die fraglichen Waren von denjenigen anderer betrieblicher Herkunft zu unterscheiden.

45 Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 unterscheidet nicht zwischen verschiedenen Markenkategorien. Die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die aus der Form der Ware selbst bestehen, sind somit keine anderen als die für die übrigen Markenkategorien geltenden.

46 Im Rahmen der Anwendung dieser Kriterien ist jedoch zu berücksichtigen, dass im Fall einer dreidimensionalen Marke, die aus der Form und den Farben der Ware selbst besteht, die Wahrnehmung durch die angesprochenen Verkehrskreise nicht notwendig die gleiche ist wie bei einer Wort- oder Bildmarke oder einer dreidimensionalen Marke, die nicht aus der Form der Ware besteht. 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 äußeren Erscheinungsbild der Ware selbst übereinstimmt.

47 Die Beschwerdekammer hat, was die Wahrnehmung durch die angesprochenen Verkehrskreise angeht, zu Recht darauf hingewiesen, dass die Waren, für die die Marke im vorliegenden Fall angemeldet worden ist, nämlich Wasch- und Geschirrspülmittel in Tablettenform, weit verbreitete Konsumgüter seien. Die von diesen Waren angesprochenen Verkehrskreise sind alle Verbraucher. Bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke ist daher auf die mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen (vgl. in diesem Sinn Urteil des Gerichtshofes vom 16. Juli 1998 in der Rechtssache C-210/96, Gut Springenheide und Tusky, Slg. 1998, I-4657, Randnrn. 30 bis 32).

48 Die Wahrnehmung der Marke durch die angesprochenen Verkehrskreise wird zunächst durch den Grad der Aufmerksamkeit des durchschnittlichen Verbrauchers beeinflusst, der je nach Art der betreffenden Waren oder Dienstleistungen unterschiedlich hoch sein kann (vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 22. Juli 1999 in der Rechtssache C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Slg. 1999, I-3819, Randnr. 26). Hierzu hat die Beschwerdekammer zu Recht die Auffassung vertreten, dass der Grad der Aufmerksamkeit des durchschnittlichen Verbrauchers in Bezug auf Form und Farben von Wasch- und Geschirrspülmitteln, bei denen es sich um Waren des täglichen Verbrauchs handelt, nicht hoch ist.

49 Um beurteilen zu können, ob die Kombination von Form und Farbgebung der streitigen Tabletten im Verkehr als Herkunftshinweis wahrgenommen werden kann, ist der von dieser Kombination hervorgerufene Gesamteindruck zu untersuchen (vgl. in diesem Sinn Urteil des Gerichtshofes vom 11. November 1997 in der Rechtssache C-251/95, SABEL, Slg. 1997, I-6191, Randnr. 23), was nicht unvereinbar damit ist, die einzelnen verwendeten Gestaltungselemente nacheinander zu prüfen.

50 Die dreidimensionale Form, deren Eintragung beantragt worden ist, d. h., die einer runden Tablette, zählt zu den geometrischen Grundformen und stellt für Wasch- und Geschirrspülmittel eine der nahe liegenden Formen dar.

51 Was das Vorhandensein zweier Schichten, einer weißen und einer roten, angeht, so sind die angesprochenen Verkehrskreise bei Reinigungsmitteln an das Vorliegen verschiedenfarbiger Bestandteile gewöhnt. Pulver, die der herkömmlichen Aufmachung dieser Waren entsprechen, sind meistens grau oder hellbeige und wirken fast weiß. Sie enthalten oft Teilchen von einer oder mehreren anderen Farben. Die Klägerin und die übrigen Reinigungsmittelhersteller stellen in ihrer Werbung heraus, dass diese Teilchen das Vorhandensein verschiedener Wirkstoffe verkörperten. Die farbigen Teilchen weisen somit, ohne dass sie deshalb als beschreibende Angabe im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 40/94 angesehen werden können, auf bestimmte Eigenschaften der Ware hin. Daraus, dass dieses Eintragungshindernis nicht greift, kann jedoch nicht geschlossen werden, dass die farbigen Bestandteile der angemeldeten Marke notwendig Unterscheidungskraft verliehen. Die Unterscheidungskraft ist nämlich zu verneinen, wenn die angesprochenen Verkehrskreise, wie im vorliegenden Fall, dazu veranlasst werden, das Vorhandensein der farbigen Elemente als Andeutung bestimmter Eigenschaften der Ware und nicht als Hinweis auf ihre Herkunft aufzufassen. Die Möglichkeit allein, dass es den Verbrauchern gleichwohl zur Gewohnheit wird, die Waren an ihren Farben zu erkennen, genügt nicht, um das Eintragungshindernis des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 aus dem Weg zu räumen. Eine solche Entwicklung der Wahrnehmung des Zeichens im Verkehr kann, sofern sie feststeht, nur im Rahmen von Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 Berücksichtigung finden.

52 Der Umstand, dass im vorliegenden Fall die farbigen Teilchen nicht gleichmäßig über die ganze Tablette verteilt sind, sondern sich konzentriert in ihrem oberen Teil befinden, genügt nicht für die Annahme, dass das äußere Erscheinungsbild der Tablette als Hinweis auf die Herkunft der Ware aufgefasst werden kann. Bei der Kombination verschiedener Stoffe in einem tablettenförmigen Wasch- oder Geschirrspülmittel stellt nämlich die Hinzufügung einer Schicht eine der am nächsten liegenden Lösungen dar.

53 Hierbei ist es unerheblich, dass die Klägerin das einzige Unternehmen ist, das für aus zwei Schichten bestehende Tabletten die Farbe Rot verwendet. Die Verwendung von Grundfarben wie Blau oder Grün ist bei Reinigungsmitteln üblich und sogar typisch. Der Rückgriff auf andere Grundfarben, wie Rot oder Gelb, gehört zu den nahe liegenden Abwandlungen der typischen Aufmachung dieser Waren.

54 Daraus folgt, dass die angemeldete dreidimensionale Marke aus einer Kombination nahe liegender und für die fragliche Ware typischer Gestaltungselemente besteht.

55 Zudem sind andere Kombinationen dieser Gestaltungselemente möglich, die durch eine Abwandlung der geometrischen Grundformen oder dadurch erreicht werden können, dass der Grundfarbe der Ware eine weitere Grundfarbe hinzugefügt wird, die in einer Schicht der Tablette oder in Sprenkeln sichtbar wird. Aus den sich hieraus ergebenden Abweichungen des äußeren Erscheinungsbilds der verschiedenen Tabletten kann noch nicht geschlossen werden, dass jede einzelne dieser Tabletten einen Hinweis auf die Herkunft der Ware enthält, wenn es sich — wie im vorliegenden Fall — um nahe liegende Abwandlungen der Grundformen der Ware handelt.

56 Angesichts des durch die Form und die farbliche Gestaltung der streitgegenständlichen Tablette hervorgerufenen Gesamteindrucks ermöglicht die angemeldete Marke es den angesprochenen Verkehrskreisen zum Zeitpunkt der Kaufentscheidung nicht, die fraglichen Waren von solchen anderer betrieblicher Herkunft zu unterscheiden.

57 Die im Wege einer Prognose und unabhängig von ihrer Benutzung im Sinne von Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 festgestellte fehlende Eignung der angemeldeten Marke, auf die Herkunft der Ware hinzuweisen, wird auch nicht durch die mehr oder weniger große Zahl ähnlicher Tabletten beeinflusst, die es auf dem Markt bereits gibt. Im vorliegenden Fall braucht daher nicht entschieden zu werden, ob die Unterscheidungskraft der Marke zum Zeitpunkt der Anmeldung oder zu dem der tatsächlichen Eintragung zu beurteilen ist.

58 Was sodann die Argumente angeht, die von der Klägerin auf die Entscheidungspraxis der nationalen Markenämter und die Anerkennung der Unterscheidungskraft eines ähnlichen Zeichens durch die Entscheidung eines italienischen Gerichts gestützt werden, so stellen die in den Mitgliedstaaten bereits vorliegenden Eintragungen nur einen Umstand dar, der für die Eintragung einer Gemeinschaftsmarke lediglich berücksichtigt werden kann, ohne entscheidend zu sein (Urteile des Gerichts vom 16. Februar 2000 in der Rechtssache T-122/99, Procter & Gamble/HABM [Form einer Seife], Slg. 2000, II-259, Randnr. 61, und vom 31. Januar 2001 in der Rechtssache T-24/00, Sunrider/HABM [VITALITE], Slg. 2001, II-449, Randnr. 33). Gleiches gilt für die Rechtsprechung der Gerichte der Mitgliedstaaten. Außerdem ist den Antworten des Amtes auf die Fragen des Gerichts zu entnehmen, dass die Entscheidungspraxis der nationalen Markenämter in Bezug auf dreidimensionale Marken, die aus Wasch- und Geschirrspülmitteltabletten bestehen, nicht einheitlich ist. Infolgedessen kann der Beschwerdekammer nicht vorgeworfen werden, diese Praxis und die nationale Rechtsprechung missachtet zu haben.

59 Demgemäß ist die Beschwerdekammer zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die angemeldete dreidimensionale Marke keine Unterscheidungskraft hat.

60 Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft einer aus der Form der Ware selbst bestehenden dreidimensionalen Marke nicht strenger sind als diejenigen, die für andere Kategorien von Marken gelten.

61 Die Erwägungen, die die Beschwerdekammer zu der Feststellung veranlasst haben, dass der angemeldeten Marke die Unterscheidungskraft fehlt, rechtfertigen nämlich die gleiche Schlussfolgerung im Hinblick auf die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft, die für alle Marken unabhängig davon gelten, ob es sich um Wort-, Bild- oder dreidimensionale Marken handelt.

62 Die Klägerin macht, ohne ausdrücklich einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 zu rügen, weiter geltend, die angemeldete Marke habe Unterscheidungskraft aufgrund ihrer Benutzung. Da dieses Vorbringen vor der Beschwerdekammer nicht geltend gemacht worden ist, ist dem Gericht seine Prüfung verwehrt (vgl. Urteil des Gerichts vom 8. Juli 1999 in der Rechtssache T-163/98, Procter & Gamble/HABM [BABY-DRY], Slg. 1999, II-2383, Randnrn. 48 bis 51).

Zum Klagegrund eines Ermessensmissbrauchs und einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung

Vorbringen der Parteien

63 Die Klägerin stützt den Klagegrund eines Ermessensmissbrauchs darauf, dass das Amt die Veröffentlichung bestimmter Anmeldungen von ihrer Marke ähnlichen Gemeinschaftsmarken für die gleichen oder im näheren Umfeld liegende Waren zugelassen habe. Sie führt insbesondere die Gemeinschaftsmarkenanmeldung Nr.

809 830 der Firma Benckiser N.V. an. Damit habe die Beschwerdekammer den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt.

64 Außerdem stehe die angefochtene Entscheidung im Widerspruch zu dem obersten Sinn und Zweck allen Gemeinschaftsrechts im Allgemeinen und der Gemeinschaftsmarkenverordnung im Besonderen, die die Harmonisierung des Markenrechts auf Gemeinschaftsebene bezwecke. Dieses Ziel einer Harmonisierung könne nur dann wirklich erreicht werden, wenn das Markenrecht einheitlich ausgelegt werde.

65 Das Amt weist darauf hin, dass die Markenanmeldung, auf die sich die Klägerin stützt, nicht zu einer Eintragung geführt habe. Aber selbst wenn es die Marke tatsächlich eingetragen hätte, wäre eine solche Entscheidung jedenfalls fehlerhaft und könnte von der Klägerin nicht herangezogen werden, um den Erlass einer Entscheidung zu verlangen, die eine Wiederholung des Fehlers darstellen würde.

Würdigung durch das Gericht

66 Der Begriff des Ermessensmissbrauchs hat im Gemeinschaftsrecht eine präzise Bedeutung; er bezieht sich auf eine Situation, in der eine Verwaltungsbehörde ihre Befugnisse zu einem anderen Zweck als demjenigen ausübt, zu dem sie ihr übertragen worden sind. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Entscheidung nur dann ermessensmissbräuchlich, wenn aufgrund objektiver, schlüssiger und übereinstimmender Indizien anzunehmen ist, dass sie zu anderen als den angegebenen Zwecken getroffen wurde (vgl. u. a. Urteil des Gerichts vom 24. April 1996 in den verbundenen Rechtssachen T-551/93, T-231/94, T-232/94, T-233/94 und T-234/94, Industrias Pesqueras Campos u. a./Kommission, Slg. 1996, II-247, Randnr. 168). Die Klägerin hat nichts dafür vorgetragen, dass der Erlass der

angefochtenen Entscheidung einem anderen Zweck als dem gedient hätte, nachzuprüfen, ob die angemeldete Marke die in der Verordnung Nr. 40/94 vorgesehenen Eintragungsvoraussetzungen erfüllte.

67 Soweit mit dem vorliegenden Klagegrund eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung geltend gemacht wird, geht aus den Antworten des Amtes auf die Fragen des Gerichts hervor, dass die Markenanmeldung, auf deren Veröffentlichung sich die Klägerin beruft, vom Prüfer nach Erhebung der vorliegenden Klage zurückgewiesen worden ist und dass diese Entscheidung derzeit durch eine Beschwerdekammer überprüft wird. Damit ist das auf die Veröffentlichung dieser Markenanmeldung gestützte Argument jedenfalls gegenstandslos geworden. Dieser Klagegrund ist daher unbegründet.

68 Nach alledem ist die Klage abzuweisen.

Kosten

69 Nach Artikel 87 § 3 der Verfahrensordnung kann das Gericht die Kosten teilen oder beschließen, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt oder wenn ein außergewöhnlicher Grund gegeben ist. Da der Wortlaut der angefochtenen Entscheidung zu Zweifeln Anlass geben konnte, ob die Beschwerdekammer Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 im vorliegenden Fall richtig angewendet hat, sind jeder Partei ihre eigenen Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Jede Partei trägt ihre eigenen Kosten.

Meij Potocki Pirrung

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 19. September 2001.

Der Kanzler

H. Jung

Der Präsident

A. W. H. Meij