URTEIL DES GERICHTS (Fünfte Kammer)

23. November 2004 *

In der Rechtssache T-360/03

Frischpack GmbH & Co. KG mit Sitz in Mailling bei Schönau (Deutschland), Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt P. Bornemann,

Klägerin,

gegen

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

Beklagter,

betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer des HABM vom 8. September 2003 (Sache R 236/2003-2) über die Anmeldung einer dreidimensionalen Marke (Käseschachtel)

* Verfahrenssprache: Deutsch.

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ DER
EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung der Präsidentin P. Lindh sowie der Richter R. García-Valdecasas und D. Šváby,

Kanzler: I. Natsinas, Verwaltungsrat,

aufgrund der am 30. Oktober 2003 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 21. Januar 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung,

auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 2004

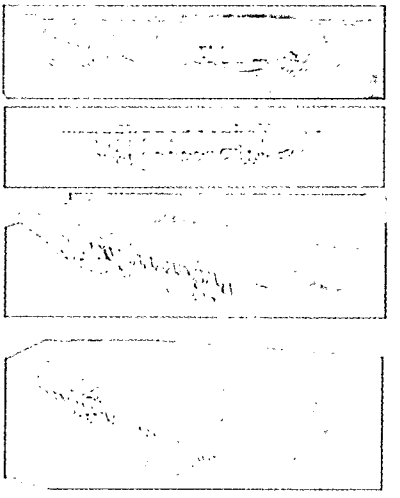
folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Am 26. März 2002 meldete die Klägerin beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (im Folgenden: Amt) gemäß 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 Die angemeldete Marke ist das nachstehend wiedergegebene dreidimensionale Zeichen:



3 Die angemeldete Marke wurde von der Klägerin wie folgt beschrieben:

„Das angemeldete Zeichen ist die dreidimensionale Form einer Verpackung für Lebensmittel in Scheibenform, insbesondere einer Käseschachtel für Käsescheiben. Bei den Wiedergaben des Zeichens handelt es sich um fotografische Aufnahmen aus verschiedenen Blickrichtungen, schräg von oben, von unten und seitlich. Die Verpackung zeichnet sich durch die Form eines Bootsrumpfes mit einem ebenen Boden, davon schräg seitlich nach oben verlaufenden Stirnwänden und trapezförmigen Seitenwänden aus, der an der Oberseite geschlossen ist und aus einer durchsichtigen Kunststofffolie gebildet ist. Die Seitenteile sind geriffelt oder wellenartig ausgebildet, wobei die Riffelungen bzw. die Gipfel und die Täler der wellenartigen Ausbildung von der Oberseite zur Unterseite verlaufen. Auch die Seitenwände verlaufen schräg unter einem Winkel zur Vertikalen von der Unterseite zur Oberseite."

4 Die Marke wurde für „Lebensmittel in Scheibenform, insbesondere Käsescheiben" in Klasse 29 des Abkommens von Nizza vom 15. Juni 1957 über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken in revidierter und geänderter Fassung angemeldet.

5 Mit Entscheidung vom 11. Februar 2003 wies der Prüfer die Anmeldung zurück, da das absolute Eintragungshindernis der fehlenden Unterscheidungskraft nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 vorliege.

6 Am 21. März 2003 legte die Klägerin gegen die Entscheidung des Prüfers nach den Artikeln 57 bis 62 der Verordnung Nr. 40/94 beim Amt eine Beschwerde ein.

7 Mit Entscheidung vom 8. September 2003 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) wies die Beschwerdekammer die Beschwerde mit der Begründung zurück, dass die Anmeldemarke keine Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 habe.

8 Die Beschwerdekammer führte im Wesentlichen aus, dass der Durchschnittsverbraucher in der Form, die für die in der Anmeldung genannten Waren beansprucht werde, nur eine übliche flächige Verpackung sehe. Die angemeldete Schachtel sei auf dem Lebensmittelmarkt keine „außerordentlich spezielle, eigentümliche oder ungewöhnliche Gestaltung", die sich von den auf diesem Markt vorhandenen Formen klar erkennbar unterscheide. Sie stelle nur eine „geringfügige und unauffällige Abwandlung der typischen Form" dar. Zwar werde die angemeldete Marke aufwändig beschrieben, doch bedürfe es einer erheblichen, analytischen Betrachtungsweise, um alle in der Anmeldung beschriebenen Merkmale zu erkennen. Diese intensive und komplexe Betrachtungsweise werde der Durchschnittsverbraucher nicht aufwenden.

Anträge der Parteien

9 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung abzuändern und teilweise, nämlich für die Waren „Käsescheiben in Großpackungen, nicht für den Endverbraucher bestimmt", aufzuheben;

— dem Amt die Kosten aufzuerlegen.

10 Das Amt beantragt,

— die Klage als unzulässig abzuweisen;

— hilfsweise, die Klage als unbegründet abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

11 In der mündlichen Verhandlung ist die Klägerin vom Gericht ersucht worden, den Zweck ihres auf eine Teilaufhebung der angefochtenen Entscheidung gerichteten Antrags zu erläutern, und hat dazu erklärt, dass sie in erster Linie eine Änderung der

angefochtenen Entscheidung und in zweiter Linie deren vollständige Aufhebung begehre. Das Amt hält dies für eine Änderung des Antrags der Klägerin und erhebt dagegen die Einrede der Unzulässigkeit. Das Gericht hat dies im Sitzungsprotokoll vermerkt.

Entscheidungsgründe

Vorbringen der Parteien

Zur Zulässigkeit

12 Das Amt betrachtet den von der Klägerin gestellten Antrag, die angefochtene Entscheidung hinsichtlich der Waren „Käsescheiben in Großpackungen, nicht für Endverbraucher bestimmt" aufzuheben, als unzulässig. Nach Artikel 63 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 dürfe das Gericht eine angefochtene Entscheidung zwar aufheben oder abändern, der Streitgegenstand jedoch werde durch diese Entscheidung und die Anmeldung bestimmt, und die Anmeldung sei erfolgt für „Lebensmittel in Scheibenform, insbesondere Käsescheiben".

13 Diese Einschränkung des von der Anmeldung erfassten Warenbereichs stelle eine Änderung des Streitgegenstands dar. Nach dem Urteil des Gerichts vom 5. März 2003 in der Rechtssache T-194/01 (Unilever/HABM [ovoide Tablette], Slg. 2003, II-383, Randnr. 16) erstrecke sich die vom Gericht ausgeübte Rechtmäßigkeitskontrolle der Entscheidungen der Beschwerdekammer auf den rechtlichen und tatsächlichen Rahmen des Rechtsstreits, mit dem die Beschwerdekammer befasst gewesen sei; diesen Rahmen könne die Klägerin nicht mehr ändern, indem sie ihre geltend gemachten Ansprüche nachträglich ändere.

14 Im Übrigen hätte die Klägerin, wenn sie eine Entscheidung über die nunmehr beanspruchten Waren hätte herbeiführen wollen, die Einschränkung des Warenverzeichnisses auf diese Waren nach Artikel 44 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 ausdrücklich gegenüber dem Amt spätestens im Verfahren vor der Beschwerdekammer erklären müssen.

Zur Begründetheit

15 Die Klägerin macht als einzigen Klagegrund einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 geltend. Sie rügt, dass die Beschwerdekammer die Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke verkannt habe.

16 Durch ihre Form und die gefächerte Anordnung der Käsescheiben, die nicht gebräuchlich sei und sich deutlich von anderen Großpackungen für Käsescheiben unterscheide, habe die fragliche Verpackung Unterscheidungskraft. Dass es schwieriger sei, die Unterscheidungskraft einer Verpackung nachzuweisen als die einer Wort- oder Bildmarke, dürfe dem Anmelder nicht zum Nachteil gereichen. Es gebe keine Rechtfertigung für die Ablehnung einer Eintragung, nur weil die Beurteilungslage hinsichtlich der Unterscheidungskraft einer Verpackung schwierig sei.

17 Im vorliegenden Fall sei die Verpackung ausschließlich für ein Fachpublikum bestimmt, das es gewohnt sei, Verpackungen als Zeichen für die betriebliche Herkunft der darin verpackten Waren aufzufassen. Die Verpackung sei keine beliebige oder gebräuchliche Verpackung und rage deutlich aus dem normalen Angebot an Großverpackungen für Fachbetriebe heraus.

18 So zeichne sie sich schon auf den ersten Blick durch eine von den üblichen Verpackungen abweichende Form aus, die bei den beteiligten Verkehrskreisen eine Assoziation zu schiffsrumpfartigen Gestaltungen hervorrufen werde (ebener Unterboden, ebene Oberseite und zwei Bordwände). Dieser Eindruck werde verstärkt durch die riffel- oder wellenartige Ausbildung der Seitenwände, die an Schiffsspanten erinnerten. Der Gesamteindruck, den die Verpackungsform hervorrufe, entspreche dem einer schiffsrumpfartigen Form.

19 Die besondere Gestaltung der in Frage stehenden Form ergebe sich nicht erst aus ihrer eingehenden Beschreibung und erschließe sich auch nicht erst, wie die Beschwerdekammer formuliert habe, aus „einer detailverliebten und von erheblicher Fantasiekraft beflügelten Betrachtungsweise". Es bedürfe keiner analytischen und aufwändigen Betrachtungsweise der Form, um ihre Unterscheidungskraft zu erkennen.

20 Die Frage der Unterscheidungskraft einer Marke sei unter Berücksichtigung der Waren, für die sie eingetragen werden solle, und daher vor dem Hintergrund der beteiligten Verkehrskreise zu beantworten. Die Beschwerdekammer sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass sich die als Marke angemeldete Verpackung unmittelbar an das ganz allgemeine Verbraucherpublikum richte. Die Klägerin betreibe einen Abpackbetrieb für Käseprodukte, und für Verpackungen, die an Endverbraucher verkauft würden, setze sie die üblichen Verpackungen ein, in denen gewöhnlich Wurst oder Käse in Scheiben enthalten seien. Die in Rede stehende Verpackung enthalte jedoch mindestens 500 g Ware und sei nur für Großverbraucher, nicht für Endverbraucher bestimmt. Sie werde daher nicht im Einzelhandel verkauft, sondern entweder durch Bezug direkt vom Hersteller oder Großhändler oder über Großverbrauchermärkte vertrieben.

21 Die angesprochenen Verkehrskreise seien daher nicht die Durchschnittsverbraucher, sondern auf dem Gebiet der Gastronomie erfahrene Fachleute, die überdurchschnittlich informiert, überdurchschnittlich aufmerksam und überdurchschnittlich verständig seien. Sie seien es gewohnt, auch geringe Unterschiede zu Verpackungen anderer Hersteller wahrzunehmen. Für die Eintragbarkeit der angemeldeten Marke reiche aber ein Mindestmaß an Unterscheidungskraft aus.

22 Die fragliche Verpackung werde ausschließlich für Käsescheiben in Großpackungen benutzt, die nicht für den Endverbraucher bestimmt seien und ihm auch nicht angeboten würden. Sie habe somit lediglich den Warenbereich präzisiert, für den um Markenschutz nachgesucht werde. Diese Einschränkung des Warenbereichs habe auch nicht früher vorgenommen werden können, da sich ihre Zweckmäßigkeit erst aus der Begründung der Entscheidung der Beschwerdekammer ergeben habe.

23 Das Amt hält dem im Wesentlichen entgegen, dass sich, falls die Klägerin nach Auffassung des Gerichts den Streitgegenstand nicht geändert haben sollte, jedenfalls die fragliche Einschränkung nicht aus dem Warenverzeichnis der Anmeldung ergebe. Die Beschwerdekammer sei daher zu Recht davon ausgegangen, dass für die Prüfung der Unterscheidungskraft der Anmeldemarke auf den durchschnittlichen Endverbraucher abzustellen sei.

24 Im Übrigen sei die Präzisierung, die die Klägerin hinsichtlich der beanspruchten Waren vorgenommen habe, für die Prüfung der Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke unerheblich. Die Klägerin habe nämlich nicht dargetan, dass gewerbliche Abnehmer die Unterscheidungskraft der Marke anders beurteilten als private Endverbraucher.

Würdigung durch das Gericht

Zur Zulässigkeit

25 Zunächst ist daran zu erinnern, dass nach Artikel 63 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 die Entscheidung einer Beschwerdekammer nur aufgehoben

oder geändert werden kann, wenn sie in materiell-rechtlicher oder verfahrensrechtlicher Hinsicht rechtswidrig ist (Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache T-247/01, eCopy/HABM [ECOPY], Slg. 2002, II-5301, Randnr. 46).

26 Im Übrigen können nach Artikel 135 § 4 der Verfahrensordnung des Gerichts die Schriftsätze der Parteien den vor der Beschwerdekammer verhandelten Streitgegenstand nicht ändern.

27 Nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 sind „Marken, die keine Unterscheidungskraft haben", von der Eintragung ausgeschlossen.

28 Nach ständiger Rechtsprechung ist die Unterscheidungskraft einer Marke im Hinblick auf die von der Anmeldung erfassten Waren oder Dienstleistungen und auf die Wahrnehmung der Marke durch die maßgeblichen Verkehrskreise, d. h. die Verbraucher dieser Waren oder Dienstleistungen, zu beurteilen (vgl. — zur Auslegung von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken [ABl. 1989, L 40, S. 1] — Urteil 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, und — zur Auslegung von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 — Urteil des Gerichts vom 7. Februar 2002 in der Rechtssache T-88/00, Mag Instrument/HABM [Form von Taschenlampen], Slg. 2002, II-467, Randnr. 30).

29 Nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 haben der Prüfer und gegebenenfalls die Beschwerdekammer nämlich — im Wege einer Prognose und unabhängig von jeder tatsächlichen Benutzung des Zeichens im Sinne von Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung — zu prüfen, ob es ausgeschlossen erscheint,

dass das fragliche Zeichen geeignet ist, in den Augen der maßgeblichen Verkehrskreise die betreffenden Waren oder Dienstleistungen von denen anderer Herkunft zu unterscheiden, wenn diese Verkehrskreise ihre Entscheidung im Geschäftsleben zu treffen haben (Urteil des Gerichts vom 5. April 2001 in der Rechtssache T-87/00, Bank für Arbeit und Wirtschaft/HABM [EASYBANK], Slg. 2001, II-1259, Randnr. 40).

30 Im vorliegenden Fall wendet sich die Klägerin gegen die vom Amt zugrunde gelegte Definition der maßgeblichen Verkehrskreise. So stellten der Prüfer des Amtes und anschließend die Beschwerdekammer bei ihrer Prüfung, ob die Anmeldemarke unterscheidungskräftig ist, darauf ab, dass Käse ein gängiger Konsumartikel ist und daher das relevante Publikum aus Durchschnittsverbrauchern bestehe. Dagegen macht die Klägerin mit ihrer Klage geltend, dass die maßgeblichen Verkehrskreise im vorliegenden Fall ein Fachpublikum seien, weil die fragliche Ware ausschließlich im Großhandel an gewerbliche Abnehmer von Lebensmitteln abgegeben werde.

31 Das Amt meint, dass die Klägerin damit den Streitgegenstand ändere und ihr Antrag auf Änderung der angefochtenen Entscheidung deshalb wegen Verstoßes gegen Artikel 135 § 4 der Verfahrensordnung unzulässig sei.

32 Dazu ist festzustellen, dass der vor der Beschwerdekammer verhandelte Streitgegenstand durch die von der Klägerin eingereichte Anmeldung ihres Zeichens für Waren der Klasse 29 des Nizzaer Abkommens gebildet wurde.

33 Mit ihrem Vorbringen vor dem Gericht, dass die Anmeldemarke für ein Fachpublikum durchaus Unterscheidungskraft habe, hat die Klägerin den Streitgegenstand, mit dem das Amt befasst war, nicht geändert.

34 Denn wie oben in Randnummer 29 erwähnt, hat das Amt im Rahmen seiner Prüfung der Unterscheidungskraft eines angemeldeten Zeichens im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 die maßgeblichen Verkehrskreise zu bestimmen.

35 Indem sich die Klägerin gegen die Definition der maßgeblichen Verkehrskreise wendet, die die Beschwerdekammer ihrer Prüfung der Unterscheidungskraft der Anmeldemarke zugrunde legte, begehrt sie daher vom Gericht keine Entscheidung über andere Fragen als die, mit denen die Beschwerdekammer befasst war.

36 Die Rüge dieser von der Beschwerdekammer gewählten Definition der maßgeblichen Verkehrskreise kann, anders als im Entscheidungssachverhalt des Urteils ovoide Tablette (Randnrn. 16 und 17), auch nicht als ein Antrag angesehen werden, der auf eine Aufhebung der angefochtenen Entscheidung nur für bestimmte Waren aus dem Warenverzeichnis der Anmeldung der in Frage stehenden Verpackung gerichtet ist.

37 Ebenso wenig kann dieses Vorbringen als eine Einschränkung des Warenverzeichnisses der Gemeinschaftsmarkenanmeldung im Sinne von Artikel 44 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 betrachtet werden. Denn die Klägerin begehrt, wie sie im Übrigen in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat, weiterhin die Eintragung der fraglichen Marke für die Waren der Klasse 29 des Nizzaer Abkommens.

38 Die Unzulässigkeitseinrede des Amtes ist daher zurückzuweisen.

Zur Begründetheit

39 Hinsichtlich der Frage, ob die von der Klägerin erhobene Rüge, wonach die Beschwerdekammer ihrer Beurteilung der Unterscheidungskraft der Anmeldemarke eine verfehlte Definition der maßgeblichen Verkehrskreise zugrunde gelegt habe, in der Sache durchgreift, ist zu prüfen, ob die Annahme der Beschwerdekammer, diese Verkehrskreise bestünden aus den Durchschnittsverbrauchern, auf einem Rechtsfehler beruht.

40 Dazu ist festzustellen, dass das in der angemeldeten Verpackung abgepackte Produkt, also Käsescheiben, ein gängiger Konsumartikel ist. Die Abnehmer dieses Produkts ebenso wie der übrigen Waren der Klasse 29 des Nizzaer Abkommens sind grundsätzlich alle Verbraucher.

41 Wie in diesem Zusammenhang weiter festzustellen ist, hat die Klägerin im Verwaltungsverfahren vor dem Amt zu keiner Zeit geltend gemacht, dass die Käsescheiben, die in der als Marke angemeldeten Verpackung abgepackt werden, ausschließlich für den Verkauf im Großhandel an gewerbliche Abnehmer von Lebensmitteln bestimmt sind. Im Übrigen hatte bereits der Prüfer des Amtes für seine Beurteilung der Unterscheidungskraft dieser Verpackung in seiner Entscheidung vom 11. Februar 2003 auf die mutmaßliche Erwartung eines Durchschnittsverbrauchers abgestellt, ohne dass die Klägerin diesen Punkt im Rahmen ihrer bei der Beschwerdekammer erhobenen Beschwerde gerügt hätte.

42 Da jedoch das Amt nach Artikel 74 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 Tatsachen und Beweismittel, die von den Beteiligten verspätet vorgebracht werden, nicht zu berücksichtigen braucht, konnte die Beschwerdekammer angesichts des Sachvortrags der Klägerin fehlerfrei annehmen, dass die maßgeblichen Verkehrskreise aus den Durchschnittsverbrauchern bestehen.

43 Die Beschwerdekammer konnte somit für ihre Beurteilung, ob die fragliche Verpakkung unterscheidungskräftig ist, rechtmäßig auf die mutmaßliche Erwartung eines normal informierten und ausreichend aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abstellen. Die Klägerin macht indessen nicht geltend, dass ihre Anmeldemarke im Hinblick auf die mutmaßliche Erwartung des Durchschnittsverbrauchers Unterscheidungskraft habe.

44 Nach alledem enthält die angefochtene Entscheidung keinen rechtlichen Mangel und kann daher, ohne dass eine Entscheidung über die Zulässigkeit der von der Klägerin gegebenen Erläuterung zu ihren Anträgen (vgl. oben, Randnr. 11) zweckmäßig erscheint, nicht nach Artikel 63 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 40/94 aufgehoben oder abgeändert werden.

Kosten

45 Nach Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

46 Da die Klägerin unterlegen ist, sind ihr gemäß dem Antrag des Amtes die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Lindh García-Valdecasas Šváby

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 23. November 2004.

Der Kanzler

H. Jung

Die Präsidentin

P. Lindh