SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER vom 23. März 2006 [1]

I — Einführung

1. Das vorliegende Rechtsmittel richtet sich gegen das Urteil des Gerichts vom 10. November 2004 [2], mit dem es die Klage auf Aufhebung der Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) [3] abgewiesen hat, durch die die Anmeldung einer Marke, die eine zusammengedrehte Bonbonverpackung (Wicklerform) darstellt, zurückgewiesen worden war.

2. Das Rechtsmittel betrifft die grundlegende Eintragungsvoraussetzung der Unterscheidungskraft, die eine hinreichend umfassende Rechtsprechung zur Auslegung des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung über die Gemeinschaftsmarke [4] hervorgebracht hat, um das Vorbringen der Rechtsmittelführerin klären zu können; dabei hat die Rechtsmittelführerin allerdings auch den Erwerb von Unterscheidungskraft durch Benutzung in die streitig erörterten Fragen einbezogen.

3. Das Rechtsmittel betrifft weiterhin das Verfahren vor den Beschwerdekammern des HABM im Hinblick auf deren Verpflichtung zur Begründung von Entscheidungen und zur Amtsermittlung des Sachverhalts. Auch diese Aspekte werden in den vorliegenden Schlussanträgen angesprochen.

II — Rechtlicher Rahmen

4. Die erforderlichen Vorschriften für die Entscheidung über das Rechtsmittel sind in der Verordnung Nr. 40/94 enthalten.

5. Nach Artikel 4 der Verordnung können „Gemeinschaftsmarken ... alle Zeichen sein, die sich graphisch darstellen lassen, insbesondere Wörter einschließlich Personenna-

1 — Originalsprache: Spanisch.

2 — Urteil des Gerichts (Vierte Kammer) in der Rechtssache T-402/02 (Storck/HABM, Slg. 2004, II-0000).

3 — Entscheidung vom 18. Oktober 2002 (Sache R 256/2001-4).

4 — Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 (ABl. 1994, L 11, S. 1) in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 3288/94 des Rates vom 22. Dezember 1994 zur Umsetzung der im Rahmen der Uruguay-Runde geschlossenen Übereinkünfte (ABl. L 349, S. 83) und der Verordnung (EG) Nr. 422/2004 des Rates vom 19. Februar 2004 (ABl. L 70, S. 1).

men, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen und die Form oder Aufmachung der Ware, soweit solche Zeichen geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden".

6. Nach Artikel 7 Absatz 1 („Absolute Eintragungshindernisse") sind von der Eintragung ausgeschlossen

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

b) Marken, die keine Unterscheidungskraft haben".

7. Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung lautet:

„Die Vorschriften des Absatzes 1 finden auch dann Anwendung, wenn die Eintragungshindernisse nur in einem Teil der Gemeinschaft vorliegen."

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

9. Gemäß Artikel 73 der Verordnung, der die Überschrift „Begründung der Entscheidungen" trägt, sind „[d]ie Entscheidungen des Amtes ... mit Gründen zu versehen. Sie dürfen nur auf Gründe gestützt werden, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten."

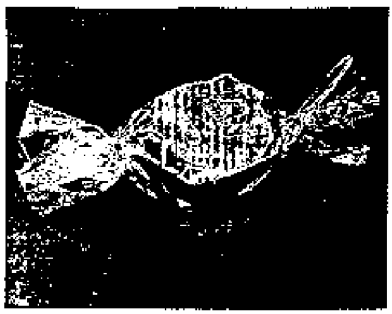
10. Hinsichtlich der Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen bestimmt Artikel 74 Absatz 1 der Verordnung:

„In dem Verfahren vor dem Amt ermittelt das Amt den Sachverhalt von Amts wegen. Soweit es sich jedoch um Verfahren bezüglich relativer Eintragungshindernisse handelt, ist das Amt bei dieser Ermittlung auf das Vorbringen und die Anträge der Beteiligten beschränkt."

III — Vorgeschichte des Rechtsmittels

A — *Sachverhalt des Verfahrens im ersten Rechtszug*

11. Am 30. März 1998 meldete die Rechtsmittelführerin gemäß der Verordnung Nr. 40/94 beim HABM eine Gemeinschaftsmarke an, die aus der nachstehend wiedergegebenen perspektivischen Darstellung einer zusammengedrehten Bonbonverpackung (Wicklerform) besteht:



12. Die Marke wurde für „Bonbons" in Klasse 30 des Abkommens von Nizza [5] angemeldet.

5 — Über die Internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken vom 15. Juni 1957 in revidierter und geänderter Fassung.

13. Mit Entscheidung vom 19. Januar 2001 wies der Prüfer die Anmeldung mit der Begründung zurück, dass das Zeichen keine Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 habe und Unterscheidungskraft auch nicht durch seine Benutzung für Karamellbonbons im Sinne von Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 erworben habe.

14. Mit einer am 13. März 2001 beim HABM nach Artikel 59 der Verordnung Nr. 40/94 eingereichten Beschwerde beantragte die Rechtsmittelführerin die Aufhebung der Entscheidung des Prüfers.

15. Mit Entscheidung vom 18. Oktober 2002 wies die Zweite Beschwerdekammer die Beschwerde mit der gleichen Begründung zurück, die der Prüfer in seiner Entscheidung angeführt hatte.

16. Die Beschwerdekammer verwies darauf, dass die Farbe der Verpackung in der bildlichen Wiedergabe der Anmeldemarke nicht die drei von der Rechtsmittelführerin beanspruchten Farbtöne erkennen lasse und außerdem für Bonbonverpackungen im Handel üblich und häufig sei.

17. Weiterhin genügten die von der Rechtsmittelführerin vorgelegten Beweise nicht als Nachweise dafür, dass die angemeldete Marke durch Benutzung Unterscheidungskraft für Bonbons allgemein oder speziell für Karamellbonbons erworben habe.

18. Nach Ausschöpfung der Rechtsbehelfe im Verwaltungsverfahren hat die August Storck KG am 26. Mai 2003 bei der Kanzlei des Gerichts eine Aufhebungsklage eingereicht.

B — *Das angefochtene Urteil*

19. Die August Storck KG stützte ihre Klage auf vier Klagegründe, mit denen sie jeweils einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b, gegen Artikel 7 Absatz 3, gegen Artikel 74 Absatz 1 Satz 1 und gegen Artikel 73 der Verordnung Nr. 40/94 rügte.

20. Vor der Prüfung der Klagegründe grenzte das Gericht den Streitgegenstand ab, da die Rechtsmittelführerin und das HABM über das Zeichen unterschiedlicher Auffassung waren. Das Gericht stellte fest, dass es sich um eine Bildmarke handele, die aus der Darstellung der Form einer zusammengedrehten Verpackung (Wicklerform) bestehe [6], dass die Farbe in der Wiedergabe Gold sei [7] und dass die Anmeldemarke für „Bonbons" beansprucht werde [8].

21. Im Rahmen des ersten Klagegrundes prüfte das Gericht die Unterscheidungskraft im Hinblick auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen und auf die Wahrnehmung der angesprochenen Verkehrskreise [9]. Um beurteilen zu können, ob der Verbraucher die Kombination der Form und der Farbe der Verpackung als einen Herkunftshinweis wahrnimmt, prüfte das Gericht den durch die Kombination hervorgerufenen Gesamteindruck [10] und gelangte zu dem Ergebnis, dass die charakteristischen Merkmale dieser Kombination von den Grundformen, die für die Verpackung von Bonbons häufig verwendet würden, nicht hinreichend weit entfernt und damit nicht geeignet seien, sich dem Verkehr als Hinweise auf die betriebliche Herkunft einzuprägen.

22. Das Gericht pflichtete der Beschwerdekammer auch darin bei, dass die Gefahr einer Monopolisierung des Zeichens für Bonbons bestehe, die im Einklang mit dem allgemeinen Interesse, das dem absoluten Eintragungshindernis des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 zugrunde liege, bestätige, dass das Zeichen für Bonbons keine Unterscheidungskraft habe [11].

23. Im Licht dieser Erwägungen kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass das Zeichen aus der Sicht eines normal informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittverbrauchers nicht geeignet sei, die betreffenden Waren zu individualisieren und von Waren anderer betrieblicher Herkunft zu unterscheiden. Das Gericht wies daher den Klagegrund zurück.

6 — Randnrn. 21 und 22.
7 — Randnrn. 23 bis 28.
8 — Randnrn. 29 bis 38.
9 — Randnrn. 48 bis 53.
10 — Randnrn. 54 bis 58.
11 — Randnr. 60.

24. Es hielt auch den zweiten Klagegrund eines Verstoßes gegen Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 für nicht stichhaltig, da der Erwerb von Unterscheidungskraft durch Benutzung nicht nachgewiesen sei.

25. Einleitend resümierte das Gericht die in der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an eine Verkehrsdurchsetzung im Hinblick auf die Zuordnung einer bestimmten betrieblichen Herkunft [12], ihres Bezugs auf den Teil der Europäischen Union, in dem das Zeichen sonst keine Unterscheidungskraft besitzt [13], und schließlich hinsichtlich der Berücksichtigung bestimmter objektiver Faktoren für die Beurteilung, ob Verkehrsdurchsetzung eingetreten ist [14].

26. Das Gericht hat anschließend das Vorbringen der August Storck KG, das auf Daten zu den Verkaufszahlen und zu den hohen Werbeausgaben für den Karamellbonbon „Werther's Original" („Werther's Echte") gestützt war, mit der Begründung zurückgewiesen, dass das vorgelegte Werbematerial keinen Hinweis auf die Benutzung der Marke in der angemeldeten Form enthalte, weil sie darin begleitet von Wort- und Bildmarken erscheine, ohne dass eine Aufschlüsselung der Werbeaufwendungen nach den einzelnen Zeichen möglich sei [15]. Außerdem seien die Werbeaufwendungen kein Nachweis dafür, dass die Verbraucher die Verpackung in der gesamten Gemeinschaft als Hinweis auf ihre betriebliche Herkunft wahrnähmen [16].

27. Schließlich ist das Gericht auch nicht dem Vorbringen der Anmelderin gefolgt, es werde durch die von ihr zu den Akten gereichten Umfrageergebnisse belegt, dass die Bekanntheit ihres Bonbons als betriebliches Kennzeichen auf seiner Form beruhe. Das Gericht meinte, die Markenbekanntheit beruhe vielmehr eher auf seiner Bezeichnung „Werther's" [17].

28. Mit ihrem dritten Klagegrund rügte die Rechtsmittelführerin einen Verstoß gegen Artikel 74 Absatz 1 Satz 1 der Verordnung Nr. 40/94, da es seitens der Beschwerdekammer weiterer Aufklärung zum Nachweis der Benutzung der Anmeldemarke bedurft hätte.

29. Diese Rüge hat das Gericht mit dem Argument zurückgewiesen, dass das HABM die eine Verkehrsdurchsetzung der Marke begründenden Tatsachen im Sinne von Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 nur insoweit zu prüfen haben, als der Anmelder sie geltend gemacht habe. Da unstreitig sei, dass die Rechtsmittelführerin

12 — Urteile des Gerichtshofes vom 4. Mai 1999 in den verbundenen Rechtssachen C-108/97 und C-109/97 (Windsurfing Chiemsee, Slg. 1999, I-2779, Randnr. 52) und vom 18. Juni 2002 in der Rechtssache C-299/99 (Philips, Slg. 2002, I-5475, Randnrn. 61 und 62).

13 — Vgl. Urteile des Gerichts vom 30. März 2000 in der Rechtssache T-91/99 (Ford Motor/HABM [OPTIONS], Slg. 2000, II-1925, Randnr. 27) und vom 29. April 2004 in der Rechtssache T-399/02 (Eurocermex/HABM [Form einer Bierflasche], Slg. 2004, II-1391, Randnrn. 43 bis 47).

14 — Urteile des Gerichtshofes in den Rechtssachen Windsurfing Chiemsee (Randnrn. 51 und 52) und Philips (Randnrn. 60 und 61).

15 — Randnrn. 82 bis 84.

16 — Randnrn. 85 bis 87.

17 — Randnr. 88.

dem HABM bestimmte Beweismittel hierfür vorgelegt habe, auf die die Beschwerdekammer ihre Beurteilung gestützt habe, habe den Stellen des HABM insoweit keine zusätzliche Pflicht oblegen, insbesondere keine Pflicht zu weiteren Ermittlungen in dieser Hinsicht, um die mangelnde Beweiskraft der von der Rechtsmittelführerin vorgelegten Beweismittel auszugleichen [18].

30. Das Gericht hielt auch den vierten Klagegrund für nicht stichhaltig, mit dem dem HABM ein Verstoß gegen Artikel 73 der Verordnung Nr. 40/94 durch mangelnde Berücksichtigung aller von der Rechtsmittelführerin eingereichten Unterlagen und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorgeworfen wurden.

31. Das Gericht stellte insoweit zum einen fest, dass die Rüge auf einer unzutreffenden Prämisse beruhe, weil die Beschwerdekammer die Unterlagen durchaus geprüft, aber als Nachweis für die Verkehrsdurchsetzung der Marke als unzureichend erachtet habe. Zum anderen hat das Gericht darauf verwiesen, dass die Rechtsmittelführerin die fraglichen Unterlagen selbst zu den Akten gereicht habe, womit sie auch Gelegenheit gehabt habe, sich zu ihrer Aussagekraft zu äußern [19].

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

32. Die Rechtsmittelschrift der August Storck KG ist am 28. Januar 2005 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen. Das Amt hat am 15. April 2005 eine Rechtsmittelbeantwortung eingereicht. Es sind weder eine Erwiderung noch eine Gegenerwiderung eingereicht worden.

33. Am 16. Februar 2006 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden, in der beide Parteien vertreten waren; diese mündliche Verhandlung ist mit der Verhandlung in der zwischen denselben Parteien anhängigen Rechtssache C-24/05 P verbunden worden.

V — Prüfung der Rechtsmittelgründe

34. Die Rechtsmittelführerin stützt ihr Rechtsmittel auf die auch vor dem Gericht angeführten vier Gründe eines Verstoßes gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b, gegen Artikel 74 Absatz 1 Satz 1, gegen Artikel 73 und gegen Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94.

35. Das HABM hat beantragt, den dritten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes und den zweiten Rechtsmittelgrund insgesamt für unzulässig zu erklären. Diese Einrede ist daher zuerst zu prüfen.

18 — Randnr. 96.

19 — Randnrn. 100 und 101.

A — *Prüfung der Zulässigkeit verschiedener Rechtsmittelgründe*

1. Zur Unzulässigkeit des dritten Teils des ersten Rechtsmittelgrundes

36. Mit dieser Rüge wirft die August Storck KG dem Gericht eine fehlerhafte Beurteilung der Unterscheidungskraft der Wicklerform vor, durch die es gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen habe.

37. Die Rechtsmittelführerin rügt, dass die Farbkombination der Verpackung nicht im gebotenen Maße berücksichtigt und das Käuferverhalten nicht hinreichend gewürdigt worden sei. Das HABM hält dies für Tatsachenfeststellungen, die damit dem Rechtsmittelverfahren entzogen seien.

38. Die Lektüre der Rechtsmittelschrift zeigt klar, dass sich die Rechtsmittelführerin gegen die Ergebnisse der Beurteilung bestimmter Tatsachen wendet. Der Gerichtshof kann jedoch diese tatsächlichen Gegebenheiten und Beweise nach Artikel 58 seiner Satzung nicht prüfen, sofern nicht ihre Verfälschung oder tatsächliche Unrichtigkeit vorliegt [20], weshalb der dritte Teil des ersten Rechtsmittelgrundes für unzulässig erklärt werden sollte.

2. Zur Unzulässigkeit des zweiten Rechtsmittelgrundes

39. Das HABM hält der August Storck KG entgegen, sie wiederhole nur einen bereits im ersten Rechtszug geltend gemachten Klagegrund, und beruft sich insoweit auf eine ständige Rechtsprechung [21], wonach diese Rüge unzulässig sei.

40. Gewiss bedient sich die Rechtsmittelführerin, um einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Satz 1 der Verordnung Nr. 40/94 durch das angefochtene Urteil darzutun, des gleichen Vortrags wie im ersten Rechtszug. Abgesehen davon jedoch, dass ihr insoweit auch keine andere Möglichkeit blieb, wirft sie dem Gericht im letzten Satz der Randnummer 32 ihrer Rechtsmittelschrift gerade vor, dass es das vom HABM zugrunde gelegte Kriterium bestätigt habe.

41. Obgleich sich das Vorbringen der August Storck KG vor dem Gericht mit ihrem jetzigen Vortrag im Rechtsmittelverfahren

20 — Urteil vom 19. September 2002 in der Rechtssache C-104/00 P (DKV, Slg. 2002, I-7561, Randnr. 22). Vgl. zur Reichweite der Nachprüfung im Rechtsmittelverfahren auch meine Schlussanträge in dieser Rechtssache (Nrn. 58 bis 60).

21 — Das HABM zitiert insoweit die Urteile des Gerichtshofes vom 24. April 1996 in der Rechtssache C-87/95 P (CNPAAP/Rat, Slg. 1996, I-2003, Randnrn. 29 ff.) und vom 17. Oktober 1995 in der Rechtssache C-62/94 P (Turner/Kommission, Slg. 1995, I-3177, Randnr. 17).

deckt, war es unter diesen Umständen legitim, eine Verletzung des Artikels 74 durch das Gericht mit identischen Ausführungen darzutun. Deshalb ist auch der Vorwurf des HABM unerheblich, dass die Rechtsmittelführerin im Rahmen dieses Rechtsmittelgrundes nicht die einzigen in diesem Zusammenhang neuen Darlegungen in dem Urteil angegriffen habe, denn es ist Sache jeder Partei, was sie in den Mittelpunkt ihrer Rüge stellt.

42. Hinsichtlich dieser Rüge schlage ich daher vor, die Unzulässigkeitseinrede des HABM zurückzuweisen.

B — *Prüfung der Stichhaltigkeit der Rechtsmittelgründe*

1. Zu den ersten beiden Teilen des ersten Rechtsmittelgrundes: Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94

a) Zum ersten Teil des Rechtsmittelgrundes

43. Die Rechtsmittelführerin rügt, das Gericht habe die an die Unterscheidungskraft des Zeichens zu stellenden Anforderungen dadurch erhöht, dass es ihre Bejahung davon abhängig gemacht habe, dass sich die Marke wesentlich von anderen Verpackungen abhebe, obwohl Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b schon geringe Unterscheidungskraft ausreichen lasse, um eine Gemeinschaftsmarke zur Eintragung zuzulassen.

44. Nach Meinung des HABM wird mit dieser Rüge die ständige Rechtsprechung zu der in Frage stehenden Art von Marken verkannt, auch wenn es sich im vorliegenden Fall um die zweidimensionale Wiedergabe (Fotografie) eines dreidimensionalen Zeichens handele.

45. Zweifellos scheint der Wortlaut der streitigen Rechtsvorschrift für die Zulassung jedes Zeichens zur Eintragung zu sprechen, das ein Minimum an Unterscheidungskraft besitzt.

46. Wie der Gerichtshof festgestellt hat, unterscheiden sich zwar die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die aus der Form der Ware selbst bestehen, nicht von denjenigen, die auf andere Kategorien von Marken Anwendung finden [22]. Jedoch besteht ein gewisser Konsens darüber, dass es in der Praxis schwieriger sein kann, die Unterscheidungskraft einer dreidimensionalen Marke nachzuweisen als die einer Wort- oder Bildmarke [23].

22 — Urteile Philips (Randnr. 48) und vom 8. April 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-53/01 bis C-55/01 (Linde u. a. Slg. 2003, I-3161, Randnr. 42).

23 — Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Linde u. a. (Randnr. 48).

47. Der Gerichtshof hat außerdem verschiedentlich hervorgehoben, dass die Wahrnehmung des Durchschnittsverbrauchers als entscheidendes Kriterium für die Beurteilung der Unterscheidungskraft von angemeldeten Zeichen im Fall einer dreidimensionalen Marke nicht notwendig die Gleiche ist wie im Fall einer Marke anderer Art, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der mit der Marke gekennzeichneten Waren unabhängig ist, da die Durchschnittsverbraucher nicht daran gewöhnt sind, aus der Form von Waren ohne grafische oder Wortelement auf die Herkunft dieser Waren zu schließen [24].

48. Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof entschieden, dass ein bloßes Abweichen von der Norm oder der Branchenüblichkeit noch nicht genügt, um das Eintragungshindernis des Artikels 3 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 89/104/EWG [25] entfallen zu lassen, während hingegen eine Marke, die von der Norm oder der Branchenüblichkeit erheblich abweicht und deshalb ihre wesentliche Herkunftsfunktion erfüllt, nicht ohne Unterscheidungskraft ist [26].

49. In den Randnummern 56 bis 58 des angefochtenen Urteils hat sich das Gericht jedoch, wie zuvor das HABM, auf die Form bezogen, die der streitige Gegenstand am Wahrscheinlichsten haben wird, und ist damit eindeutig und präzise den vorstehend referierten Vorgaben der Rechtsprechung gefolgt, die es auf den konkreten Fall angewandt hat, ohne sie zu verzerren oder die Anforderungen an dreidimensionale Marken zu erhöhen. Der Vorwurf, den die August Storck KG gegen das Gericht erhebt, entbehrt daher der Grundlage.

50. Ich schlage daher vor, den ersten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes als nicht stichhaltig zurückzuweisen.

b) Zum zweiten Teil des Rechtsmittelgrundes

51. Die Rechtsmittelführerin wendet sich dagegen, dass in Randnummer 60 des angefochtenen Urteils auf die Gefahr einer Monopolisierung der Wicklerform verwiesen wird. Damit habe das Gericht entgegen der Rechtsprechung in die Prüfung der Unterscheidungskraft gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung sachfremde Erwägungen eingeführt.

52. Das HABM meint, dass die Monopolisierungsgefahr nicht erwähnt worden sei, um die Zurückweisung der Anmeldung zu begründen, sondern dass das Gericht damit nur den Hinweis der Beschwerdekammer auf die

24 — Urteile des Gerichtshofes vom 12. Februar 2004 in der Rechtssache C-218/01 (Henkel, Slg. 2004, I-1725, Randnr. 52) zu Verpackungen und vom 6. Mai 2003 in der Rechtssache C-104/01 (Libertel, Slg. 2003, I-3793, Randnr. 65) zu einer Farbe.

25 — Erste Richtlinie 89/904/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. 1989, L 40, S. 1).

26 — Urteil Henkel (Randnr. 49) zu Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 89/104, der Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 entspricht.

Monopolisierungsgefahr im Sinne einer bloßen Bestätigung der mit negativem Ergebnis vorausgegangenen Prüfung der Unterscheidungskraft gebilligt habe.

53. Insoweit stimme ich völlig mit der Auffassung des HABM überein, denn der Aufbau des angefochtenen Urteils zeigt, dass diese auf den Wettbewerb zwischen Unternehmen und das Freihaltebedürfnis abstellende Erwägung bloß im Sinne einer zusätzlichen Bekräftigung in das Urteil aufgenommen wurde, auch wenn sein Wortlaut dies nicht ausdrücklich sagt, so dass das von der Rechtsmittelführerin benannte Kriterium die Sache deshalb nicht trifft, weil das Fehlen der Unterscheidungskraft bereits in den vorangegangenen Randnummern des Urteils dargetan wurde.

54. Ohne in die Erörterung einzutreten, inwieweit das Allgemeininteresse das Eintragungshindernis des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 prägt [27], schlage ich daher vor, die Rüge zurückzuweisen.

55. Gemäß dem zum ersten Rechtsmittelgrund Gesagten schlage ich vor, seinen ersten Teil als unbegründet und zweiten Teil als unerheblich zurückzuweisen.

27 — Die Rechtsmittelführerin hat unter Bezugnahme auf meine Schlussanträge vom 6. November 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-456/01 P und C-457/01 P (Henkel und Procter & Gamble/HABM, Slg. 2004, I-5089, Nrn. 78 bis 80) und die des Generalanwalts Jacobs vom 11. März 2004 in der Rechtssache C-329/02 (SAT.1/HABM, Slg. 2004, I-8317, Nr. 24), vorgetragen, dass das Allgemeininteresse und das Freihaltebedürfnis dem Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 nicht zugrunde lägen. Während ich an meiner in den genannten Schlussanträgen zum Ausdruck gebrachten Auffassung festhalte, hat der Gerichtshof anders entschieden (Urteil SAT.1/HABM vom 16. September 2004, Randnr. 25, und Urteil Henkel/HABM vom 29. April 2004, Randnrn. 45 und 46).

2. Zum zweiten und dritten Rechtsmittelgrund

56. In den Randnummern 55 bis 58 des angefochtenen Urteils hat das Gericht die Ausführungen der Beschwerdekammer bestätigt, dass die Verpackung in der Wicklerform üblich sei, da sie sich von anderen auf dem Markt für Bonbons gebräuchlichen Gestaltungen nicht hinreichend abhebe.

57. Die August Storck KG sieht hierdurch den Grundsatz der Amtsermittlung des Sachverhalts gemäß Artikel 74 Absatz 1 Satz 1 der Verordnung Nr. 40/94 (zweiter Rechtsmittelgrund) sowie den in Artikel 73 Satz 2 der Verordnung niedergelegten Grundsatz verletzt, wonach die Entscheidungen des Amtes nur auf Gründe gestützt werden dürfen, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten; hierdurch sei der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden (dritter Rechtsmittelgrund).

58. Der Rechtsmittelgegner, der die Erklärung des zweiten Rechtsmittelgrundes für unzulässig beantragt hat, beantragt hilfsweise, den Rechtsmittelgrund als nicht stichhaltig zurückzuweisen, und ebenso den dritten Rechtsmittelgrund, da die Entscheidung des Gerichts insoweit fehlerfrei sei.

59. Ich denke, dass die Auslegung der Rechtsmittelführerin auf einem falschen Verständnis der genannten Randnummern des Urteils beruht, und zwar aus folgenden Gründen.

60. So gilt erstens für das Verfahren vor dem HABM im Bereich der absoluten Eintragungshindernisse zwar der Grundsatz der Amtsermittlung, wonach die Verwaltung von Amts wegen nicht nur das Verfahren betreibt, sondern auch die ihrer Entscheidung zugrunde liegenden Tatsachen unabhängig vom Parteivorbringen überprüft [28].

61. Diese Leitlinie gilt für das HABM jedoch nicht unbegrenzt, sondern findet gewisse Grenzen etwa in dem Beurteilungsspielraum, den es bei seiner Entscheidung darüber besitzt, in welchem Umfang eine objektive Nachprüfung des tatsächlichen Rahmens genügt [29], oder in der Mitwirkungspflicht der Beteiligten.

62. Zweitens *kann* das HABM bei der ordnungsgemäßen Wahrnehmung dieser Ermittlungsbefugnis nicht nur, wie das Gericht in Randnummer 58 des angefochtenen Urteils festgestellt hat, sondern *muss* es seine Prüfung auf Tatsachen stützen, die sich aus der allgemeinen praktischen Erfahrung im Handel mit gängigen Konsumartikeln ergeben, die jeder Bürger kennt. Folgte man dem nicht, so blieben entgegen der Maxime *facta pro infectis haberi non possunt* („Gegebene Tatsachen dürfen nicht übergangen werden.") für den Fall relevante Umstände außer Betracht.

63. Im Ergebnis ist daher den Beschwerdekammern aus allgemeinen Vernunftsgründen und gemäß den in Artikel 79 der Verordnung über die Gemeinschaftsmarke genannten allgemein anerkannten Grundsätzen der Mitgliedstaaten die Befugnis zuzuerkennen, bei ihrer Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen „allgemein bekannte Tatsachen" zu verwerten.

64. Bekanntlich bedürfen diese allgemeinen Tatsachen keinerlei Beweises, sondern ist nach der Maxime *res ipsa loquitur* („Die Sache selbst redet.") derjenige beweispflichtig, der sie bestreiten will. Selbst wenn man das Vorbringen der Rechtsmittelführerin als richtig unterstellt, sie habe sich zu den von der Beschwerdekammer angenommenen offenkundigen Tatsachen nicht äußern können, hatte sie somit doch Gelegenheit, zu ihnen vor dem Gericht Stellung zu nehmen, das in Wahrnehmung seiner Befugnis zur eigenständigen Prüfung des Sachverhalts ihr Vorbringen für unzureichend erachtete. Damit wird die Rüge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs gegenstandslos, ohne dass angesichts der beschränkten Reichweite der Überprüfung im Rechtsmittelverfahren die Richtigkeit der in Frage stehenden Beurteilung zu überprüfen ist.

65. Nach alledem ist festzustellen, dass das Gericht mit der Bestätigung der Beurteilung,

28 — Martín Mateo, R./Díez Sánchez, J. J., *La marca comunitaria. Derecho público*, Madrid 1996, S. 111.

29 — V. Mühlendahl, A./Ohlgart, D. C., *Die Gemeinschaftsmarke*, Bern/München 1998, S. 93, Randnr. 9. Vgl. auch Bender, A., in: Ekey, D. L./Klippel, D., *Heidelberger Kommentar zum Markenrecht*, Heidelberg 2003, Artikel 74, Randnr. 3.

die die Beschwerdekammer auf allgemein bekannte Tatsachen stützte, nicht gegen Artikel 74 Absatz 1 Satz 1 der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen hat und dass die August Storck KG auch Gelegenheit hatte, sich hierzu spätestens im Verfahren vor dem Gericht zu äußern. Ihre Verteidigungsrechte sind damit vom Gericht nicht verletzt worden sind.

66. Daher schlage ich vor, den zweiten und den dritten Rechtsmittelgrund als nicht stichhaltig zurückzuweisen.

3. Zum vierten Rechtsmittelgrund

67. Dieser Rechtsmittelgrund, mit dem ein Rechtsfehler des Gerichts durch seine Verneinung einer Verkehrsdurchsetzung gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 geltend gemacht wird, beruht im Wesentlichen auf zwei Gesichtspunkten, die zum einen die Bewertung bestimmter Beweisunterlagen für die Verkehrsdurchsetzung und zum anderen den räumlichen Umfang der Benutzung der Marke ebenfalls im Hinblick auf die Verkehrsdurchsetzung betreffen.

a) Die Bewertung bestimmter geschäftlicher Daten

68. Um die Verkehrsdurchsetzung der Verpackung zu belegen, hat die Rechtsmittelführerin verschiedene Unterlagen über die Verkaufszahlen und die Werbeausgaben, die zur Förderung der Verbreitung und der Bekanntheit der Wicklerverpackung aufgewandt wurden, zu den Akten gereicht.

69. Die August Storck KG wendet sich gegen die von der Beschwerdekammer gestellte und vom Gericht bestätigte Anforderung, dass aus den Umsatzzahlen der Marktanteil der mit der Marke gekennzeichneten Waren errechenbar sein müsse, was aber anhand der von der Rechtsmittelführerin beigebrachten Unterlagen weder die Beschwerdekammer noch das Gericht für möglich hielten. Die Rechtsmittelführerin meint dagegen, es genüge der Nachweis einer weiten Verbreitung der Marke anhand hoher Verkaufszahlen über einen langen Zeitraum.

70. Soweit mit diesem Teil des Rechtsmittelgrundes die vom Gericht vorgenommene Beweiswürdigung angegriffen wird, wäre er für unzulässig zu erklären. Versteht man ihn hingegen als Rüge eines Rechtsfehlers, der in der Zurückweisung angeblich nicht hinreichend beweiskräftiger Unterlagen etwa zum Marktanteil liege, so ist er differenziert zu beurteilen.

71. Nach ständiger Rechtsprechung können bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft einer Marke u. a. der von der Marke gehaltene Marktanteil, die Intensität, die geografische Verbreitung und die Dauer der Benutzung dieser Marke, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke, der Teil der beteiligten Verkehrskreise, der die Ware aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt, sowie Erklärungen von Industrie- und Handelskammern oder von anderen Berufsverbänden berücksichtigt werden [30].

72. Jedoch ist die Beurteilung der Relevanz und des Beweiswertes dieser Daten ausschließlich Sache des Gerichts, ohne dass insoweit irgendeine Kontrolle im Rechtsmittelverfahren stattfindet. Im vorliegenden Fall hat das Gericht in tatsächlicher Hinsicht alles geprüft, was die August Storck KG zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung ihres Zeichens in das Verfahren eingeführt hatte, und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass dieses Vorbringen unzureichend sei, wobei das Gericht hervorgehoben hat, dass der Marktanteil für diesen Nachweis ein geeignetes Mittel wäre.

73. Da der Gerichtshof dieses Kriterium als eines der Kriterien anerkannt hat, die für den von der Rechtsmittelführerin angestrebten Nachweis geeignet sind, ist in dem angefochtenen Urteil insoweit kein Rechtsfehler erkennbar, sondern folgt es der genannten Rechtsprechung.

74. Daher ist der erste Teil des vierten Rechtsmittelgrundes als nicht stichhaltig anzusehen.

b) Zum räumlichen Umfang der Markenbenutzung

75. Nach Auffassung der Rechtsmittelführerin hat das Gericht Artikel 7 Absatz 3 dadurch verletzt, dass es der Auffassung der Beschwerdekammer beipflichtete, der Nachweis der durch Markenbenutzung erlangten Unterscheidungskraft sei für sämtliche Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu führen. Nach Auffassung der Rechtsmittelführerin läuft diese Auffassung dem Geist von Artikel 142a der Verordnung Nr. 40/94 [31] zuwider, aus dessen teleologischer Auslegung erhelle, dass diese Bedingung nur in einem „wesentlichen Teil" des Gemeinschaftsgebiets erfüllt sein müsse.

76. Nach Auffassung des Amtes geht es nicht um die Benutzung des Zeichens in einem „wesentlichen Teil", sondern in dem Teil der Union, in dem die Marke aufgrund ihrer Eigenschaften keine Markenfunktion erfüllen könne.

30 — Urteile des Gerichtshofes in den Rechtssachen Windsurfing Chiemsee (Randnrn. 51 und 52) und Philips (Randnrn. 60 und 61).

31 — In der vom HABM erstellten konsolidierten Fassung ist dies der Artikel 159a (http://oami.eu.int/de/mark/aspects/reg/reg4094.htm).

77. Die Klärung dieser Streitfrage erfordert eine systematische Auslegung des Artikels 7 der Verordnung Nr. 40/94.

78. So kann seinem Absatz 1 Buchstabe b in Verbindung mit seinem Absatz 2 entnommen werden, dass diese Vorschriften bei fehlender Unterscheidungskraft in nur einem Teil der Gemeinschaft ohne weiteres eingreifen und die Anmeldung zurückzuweisen ist.

79. Auch wenn überdies in Absatz 2 nicht auf Absatz 3 verwiesen wird, ist dies nicht dahin zu verstehen, dass die Anforderung an die Reichweite der Unterscheidungskraft insoweit von geringerer Intensität sei, denn es erschiene unlogisch, sie für Zeichen, für die der Erwerb von Unterscheidungskraft durch häufige Nutzung behauptet wird, gegenüber solchen Zeichen herabzusetzen, die erstmals ohne vorherige Erprobung auf dem Markt zur Eintragung gelangen. Es erscheint schwerlich ein Grund denkbar, aus dem der Gesetzgeber eine solche unterschiedliche Behandlung hätte normieren wollen. In Wirklichkeit wäre eine solche Argumentation systemwidrig, denn würden die Anforderungen an eine durch dauerhafte Benutzung des Zeichens erworbene Unterscheidungskraft herabgesetzt, so ergäbe es im Zweifelsfall keinen Sinn mehr, zunächst eine Zulassung des Zeichen zur Eintragung als Gemeinschaftsmarke durch das HABM anzustreben.

80. Das auf Artikel 159a der Verordnung Nr. 40/94 gestützte Vorbringen der Rechtsmittelführerin entbehrt jeder Grundlage, da diese Vorschrift eine — wenngleich selbstverständlich mit Rechtswirkungen ausgestattete — politische Lösung des Problems widerspiegelt, dass hinsichtlich der Gültigkeit der vor dem 1. Mai 2004 eingetragenen oder angemeldeten Gemeinschaftsmarken aus der Erweiterung der Gemeinschaft entstanden ist. Durch diese Lösung sollte die erforderliche Rechtssicherheit sowohl für die Inhaber solcher Marken als auch für die durch die Rechtsvorschriften der neuen Mitgliedstaaten geschützten Zeichen sichergestellt werden. Dies ergibt sich aus Artikel 159a Absatz 2, wonach „[d]ie Eintragung einer Gemeinschaftsmarke, die am Tag des Beitritts bereits angemeldet war, ... nicht aufgrund der in Artikel 7 Absatz 1 aufgeführten absoluten Eintragungshindernisse abgelehnt werden [darf], *wenn diese Hindernisse lediglich durch den Beitritt eines neuen Mitgliedstaats entstanden sind*".

81. Außerdem kann, wie das HABM amtlich mitgeteilt hat [32], der Inhaber eines in einem neuen Mitgliedstaat geschützten Rechtes, das älter ist als eine Gemeinschaftsmarke, deren Benutzung im Konfliktfall in dem Gebiet seines Staates nach den Artikeln 106 und 107 der Verordnung Nr. 40/94 untersagen, die bereits Vorschriften über die Lösung von Konfliktfällen enthielten, die sich aus dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 40/94 im Hinblick auf nach nationalen Rechtsvorschriften eingetragene Zeichen ergaben.

32 — Mitteilung Nr. 5 des Präsidenten des Amtes vom 16. Oktober 2003 (einsehbar unter http://oami.eu.int/de/office/aspects/communications/05-03.htm).

82. Daher sind die Schlüsse, die die Rechtsmittelführerin für den Geltungsumfang von Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 aus einer Auslegung des Artikels 159a herzuleiten versucht, nicht am Platze und unerheblich.

83. Demnach kann auch dieses Vorbringen nicht durchgreifen, womit auch der vierte Rechtsmittelgrund und damit das Rechtsmittel insgesamt zurückzuweisen sind.

VI — Kosten

84. Nach Artikel 122 in Verbindung mit Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung, der nach Artikel 118 im Rechtsmittelverfahren Anwendung findet, trägt die unterliegende Partei die Kosten des Verfahrens. Werden, wie ich vorschlage, die von der Rechtsmittelführerin angeführten Rechtsmittelgründe zurückgewiesen, so sind ihr die Kosten des Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen.

VII — Ergebnis

85. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, das Rechtsmittel der August Storck KG gegen das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 10. November 2004 in der Rechtssache T-402/02 zurückzuweisen und der Rechtsmittelführerin die Kosten des Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen.