URTEIL DES GERICHTS (Zweite Kammer)

15. März 2006 *

In der Rechtssache T-129/04

Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG mit Sitz in Unterhaching (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte R. Kunz-Hallstein und H. P. Kunz-Hallstein,

Klägerin,

gegen

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

Beklagter,

betreffend eine Klage auf Aufhebung der Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer des HABM vom 20. Januar 2004 (Sache R 367/2003-2), mit der die Anmeldung eines dreidimensionalen Zeichens in Form einer Flasche als Gemeinschaftsmarke zurückgewiesen wurde,

erlässt

* Verfahrenssprache: Deutsch.

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten J. Pirrung sowie des Richters A. W. H. Meij und der Richterin I. Pelikánová,

Kanzler: C. Kristensen, Verwaltungsrätin,

aufgrund der am 1. April 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 28. Juli 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung,

aufgrund der schriftlichen Fragen des Gerichts vom 23. Mai 2005 an die Parteien,

auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli 2005

folgendes

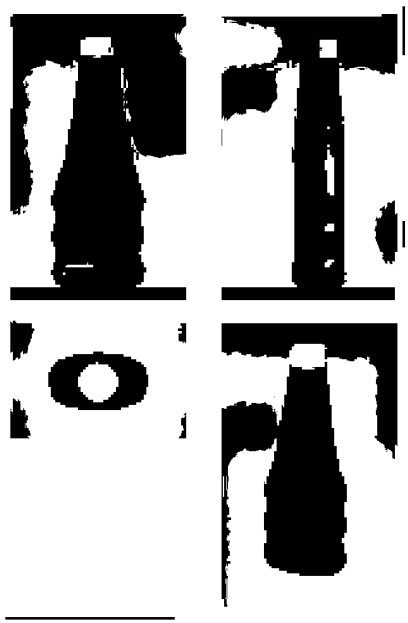
Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Am 14. Februar 2002 meldete die Klägerin beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) 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 unter Inanspruchnahme der Priorität einer früheren deutschen Anmeldung vom 16. August 2001 eine Gemeinschaftsmarke an.

2 Dabei handelt es sich um das nachstehend wiedergegebene dreidimensionale Zeichen in Form einer Flasche:



3 Die Marke wurde u. a. für folgende Waren in den Klassen 29, 30 und 32 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:

— Klasse 29: „Tomatenpaprika, Tomatenmark, Milch und Milchprodukte, Joghurt, Sahne, Speiseöle und -fette";

— Klasse 30: „Gewürze; Würzmittel; Senf, Senferzeugnisse; Mayonnaisen, damit hergestellte Zubereitungen; Essig, Essigzubereitungen, Getränke unter Verwendung von Essig; Remouladen; Relish; Aromen und Essenzen für Nahrungszwecke; Zitronensäure, Apfelsäure, Weinsäure als Geschmacksstoffe für die Lebensmittelherstellung; zubereiteter Meerrettich; Ketchup und daraus hergestellte Zubereitungen, Fruchtsaucen; Salatdressings, Salatsaucen, Salatcreme";

— Klasse 32: „Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken".

4 Mit Bescheid vom 1. April 2003 wies die Prüferin die Anmeldung gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 zurück. Sie verwies darauf, dass das HABM nicht durch frühere nationale Eintragungen gebunden sei und dass die angemeldete Flaschenform keine derartig eigenartige und einprägsame Gestaltung aufweise, dass sie sich von den auf dem Markt üblichen Formen so abhebe, dass ihr dadurch eine herkunftshinweisende Funktion zukomme.

5 Die von der Klägerin eingelegte Beschwerde, mit der sie geltend machte, die in Rede stehende Flaschenform sei unüblich und eigenwillig, wurde von der Zweiten Beschwerdekammer mit Entscheidung vom 20. Januar 2004 (im Folgenden:

angefochtene Entscheidung) zurückgewiesen. Die Beschwerdekammer, die sich der Argumentation der Prüferin anschloss, hob hervor, es sei im Fall einer aus der Form der Verpackung bestehenden Marke zu berücksichtigen, dass ihre Wahrnehmung durch die angesprochenen Verkehrskreise nicht zwangsläufig die gleiche sei wie bei einer Wort-, Bild- oder dreidimensionalen Marke, die vom Erscheinungsbild der Ware unabhängig sei. Denn der angesprochene Endverbraucher wende gewohnheitsmäßig seine Aufmerksamkeit mehr dem Etikett auf der Flasche zu als ausschließlich der bloßen, farblosen Form des Behältnisses.

6 Der angemeldeten Flasche fehle jedes Beiwerk, durch das sie sich von dem geläufigen Formenschatz erkennbar abheben und dem Verbraucher als Herkunftshinweis in Erinnerung bleiben könnte. Die von der Klägerin behauptete besondere Gestaltung erschließe sich erst nach einer intensiven analytischen Betrachtung, die der Durchschnittsverbraucher aber nicht vornehme.

7 Schließlich könne sich die Klägerin auch nicht auf die Eintragung der angemeldeten Marke im deutschen Markenregister stützen, denn eine solche nationale Eintragung könne zwar berücksichtigt werden, sei aber nicht bindend. Zudem ergebe sich aus den vorgelegten Eintragungsunterlagen nicht, aus welchen Gründen die Eintragung des fraglichen Zeichens akzeptiert worden sei.

Anträge der Parteien

8 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

— dem HABM die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

9 Das HABM beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Entscheidungsgründe

10 Die Klägerin stützt ihre Klage auf vier Gründe: Verstoß des HABM gegen die Regeln der Beweislastverteilung und damit gegen Artikel 74 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 (erster Klagegrund), Verstoß gegen Artikel 6quinquies Teil A Absatz 1 der letztmalig am 14. Juli 1967 in Stockholm revidierten und am 28. September 1979 geänderten Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883 (*Recueil des traités des Nations unies*, Band 828, Nr. 11847, S. 108, im Folgenden: Pariser Verbandsübereinkunft) dadurch, dass das HABM der älteren nationalen Eintragung den Schutz versagt habe (zweiter Klagegrund), Verstoß gegen Artikel 73 der Verordnung Nr. 40/94, Artikel 6quinquies der Pariser Verbandsübereinkunft und Artikel 2 Absatz 1 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums vom 15. April 1994 (im Folgenden: TRIPS-Abkommen) dadurch, dass sich das HABM nicht ausreichend mit der nationalen Voreintragung auseinander gesetzt habe (dritter Klagegrund), und schließlich Verletzung von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 dadurch, dass das HABM die Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke und insbesondere die technische Funktionslosigkeit ihrer Merkmale verkannt habe (vierter Klagegrund).

Zum ersten Klagegrund: Verstoß gegen Artikel 74 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94

Vorbringen der Parteien

11 Nach Ansicht der Klägerin hat die Beschwerdekammer, indem sie, ohne dies durch konkrete Beispiele zu belegen, angenommen habe, die fragliche Form werde als die einer gewöhnlichen Flasche und nicht als Hinweis auf die betriebliche Herkunft wahrgenommen werden, ihre aus der Verordnung Nr. 40/94 folgende Verpflichtung verkannt, das Fehlen von Unterscheidungskraft nachzuweisen. Es sei jedoch Sache des HABM, das den Sachverhalt bei der Prüfung der absoluten Eintragungshindernisse von Amts wegen ermitteln müsse, das Fehlen von Unterscheidungskraft nachzuweisen. Erst wenn dem HABM der Nachweis gelungen sei, dass die angemeldete Marke keine originäre Unterscheidungskraft besitze, könne der Anmelder seinerseits den Erwerb von Unterscheidungskraft durch Benutzung nachweisen.

12 In der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin ergänzend vorgetragen, dass sich diese Nachweispflicht des HABM auch aus Artikel 6quinquies der Pariser Verbandsübereinkunft ergebe. Danach sei nämlich der Schutz einer in einem Verbandsland der Pariser Verbandsübereinkunft eingetragenen Marke die Regel, die Schutzversagung dagegen die Ausnahme, für die eine restriktive Auslegung gelten müsse.

13 Das HABM hält dem entgegen, dass die Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen nicht die Beweislastverteilung betreffe. Zur Führung eines negativen Beweises, d. h. des Nachweises fehlender Unterscheidungskraft, könne es nicht verpflichtet sein. Nach der Rechtsprechung des Gerichts brauche es im Hinblick auf die fehlende Unterscheidungskraft vielmehr nur seiner Begründungspflicht nachzukommen. Dabei dürfe es sich nach der Rechtsprechung auf allgemeine Erfahrungswerte verlassen, wie es dies im vorliegenden Fall getan habe, und es sei gegebenenfalls Sache des Antragstellers, durch konkrete und fundierte Angaben darzulegen, dass die betroffenen Verbraucher bestimmte Zeichen als Hinweis auf die betriebliche Herkunft wahrnähmen.

Würdigung durch das Gericht

14 Hierzu ist erstens festzustellen, dass der in der mündlichen Verhandlung geäußerte Hinweis der Klägerin auf die Pariser Verbandsübereinkunft nicht durchgreift, da deren Artikel 6quinquies, der den Schutz und die Eintragung von in einem anderen Verbandsland eingetragenen Marken betrifft, keine Regelung über die Beweislastverteilung im gemeinschaftsmarkenrechtlichen Eintragungsverfahren enthält.

15 Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass die Rolle des HABM bei der Prüfung der Frage, ob absolute Eintragungshindernisse nach Artikel 7 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 vorliegen, darin besteht, nach objektiver und unparteiischer Beurteilung der Umstände des konkreten Falles anhand der anwendbaren Vorschriften der Verordnung Nr. 40/94 und ihrer Auslegung durch den Gemeinschaftsrichter — wobei der Antragsteller seinen Standpunkt geltend machen und Kenntnis von den Gründen der erlassenen Entscheidung erhalten können muss — zu entscheiden, ob der Markenanmeldung ein absolutes Eintragungshindernis entgegensteht. Diese Entscheidung ergibt sich aus einer rechtlichen Wertung, die schon ihrer Natur nach einem Beweise nicht zugänglich ist und deren materielle Richtigkeit im Übrigen mit einer Klage vor dem Gericht angefochten werden kann (vgl. unten, Randnr. 18).

16 Nach Artikel 74 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 hat das HABM bei der Prüfung der absoluten Eintragungshindernisse von Amts wegen den relevanten Sachverhalt zu ermitteln, aus dem sich seine Feststellung ergeben könnte, dass ein absolutes Eintragungshindernis vorliegt.

17 Stellt das HABM Tatsachen fest, die ein absolutes Eintragungshindernis begründen, muss es den Antragsteller hierüber unterrichten und ihm nach Artikel 38 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 Gelegenheit geben, die Anmeldung zurückzunehmen, zu ändern oder eine Stellungnahme einzureichen.

18 Schließlich hat das HABM, wenn es die Zurückweisung der Anmeldung wegen eines absoluten Eintragungshindernisses beabsichtigt, seine Entscheidung nach Artikel 73 Satz 1 der Verordnung mit Gründen zu versehen. Diese Begründung dient dem doppelten Ziel, die Beteiligten über die Gründe für die erlassene Maßnahme zu unterrichten, damit sie ihre Rechte verteidigen können, und es außerdem dem Gemeinschaftsrichter zu ermöglichen, die Rechtmäßigkeit der Entscheidung zu überprüfen (vgl. Urteil des Gerichts vom 28. April 2004 in den Rechtssachen T-124/02 und T-156/02, Sunrider/HABM — Vitakraft-Werke Wührmann und Friesland Brands [VITATASTE und METABALANCE 44], Slg. 2004, II-1149, Randnrn. 72 und 73 und die dort zitierte Rechtsprechung).

19 Drittens ist festzustellen, dass die Beschwerdekammer, wenn sie zu dem Ergebnis gelangt, dass es der angemeldeten Marke von Haus aus an Unterscheidungskraft fehlt, ihre Beurteilung auf Tatsachen stützen darf, die auf der allgemeinen praktischen Erfahrung mit der Vermarktung von Massenkonsumgütern beruhen und die jedermann und insbesondere den Verbrauchern dieser Waren bekannt sein können (vgl. analog Urteil des Gerichts vom 22. Juni 2004 in der Rechtssache T-185/02, Ruiz-Picasso u. a./HABM — DaimlerChrysler [PICARO], Slg. 2004, II-1739, Randnr. 29). In einem solchen Fall ist die Beschwerdekammer nicht verpflichtet, eine derartige praktische Erfahrung mit Beispielen zu belegen.

20 Auf eine solche Erfahrung hat sich die Beschwerdekammer gestützt, soweit sie in Randnummer 52 der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat, dass der angesprochene Verbraucher die angemeldete Marke als Form einer beliebigen Flasche für Getränke, Würzmittel und flüssige Nahrungsmittel wahrnehme, nicht aber als Marke eines bestimmten Herstellers.

21 Da die Klägerin entgegen der auf eine solche Erfahrung gestützten Beurteilung der Beschwerdekammer geltend macht, dass die Anmeldemarke Unterscheidungskraft besitze, ist es, weil sie dazu wegen ihrer genauen Marktkenntnis wesentlich besser in der Lage ist, ihre Sache, durch konkrete und fundierte Angaben darzulegen, dass die Anmeldemarke Unterscheidungskraft entweder von Haus aus besitzt oder durch Benutzung erworben hat (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 5. März 2003 in der Rechtssache T-194/01, Unilever/HABM [Ovoide Tablette], Slg. 2003, II-383, Randnr. 48).

22 Folglich rügt die Klägerin zu Unrecht, dass die Beschwerdekammer dadurch gegen Artikel 74 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen habe, dass sie ihrerseits keine solchen Angaben gemacht habe. Somit ist der erste Klagegrund zurückzuweisen.

Zum zweiten Klagegrund: Verstoß gegen Artikel 6quinquies Teil A Absatz 1 der Pariser Verbandsübereinkunft

Vorbringen der Parteien

23 Die Klägerin macht geltend, das HABM habe mit seiner Entscheidung, dass es der angemeldeten Marke im Gemeinschaftsgebiet an Unterscheidungskraft fehle, letztlich die ältere deutsche Marke, als die dasselbe Zeichen beim Deutschen Patent- und Markenamt eingetragen sei, für ungültig erklärt und dieser damit im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland den Schutz abgesprochen. Dieses Verhalten des HABM stelle einen Verstoß gegen Artikel 6quinquies Teil A Absatz 1 der Pariser Verbandsübereinkunft dar, der es dem HABM verwehre, eine Marke für das Gebiet eines Verbandslandes dieser Übereinkunft, in dem die Marke eingetragen sei, für schutzunfähig zu erklären.

24 Das HABM trägt vor, dass nach Artikel 6quinquies Teil A Absatz 1 der Pariser Verbandsübereinkunft die im Ursprungsland eingetragene Marke „telle quelle", d. h. so, wie sie eingetragen worden sei, Auslandsschutz genieße, jedoch nur unter den in diesem Artikel genannten Vorbehalten. Artikel 6quinquies Teil B Nummer 2 sehe aber die Versagung der Eintragung bei mangelnder Unterscheidungskraft ausdrücklich vor. Die Zurückweisung einer angemeldeten Gemeinschaftsmarke führe nicht zur Ungültigerklärung einer nationalen Eintragung, die dasselbe Zeichen schütze.

Würdigung durch das Gericht

25 Unterstellt, das HABM sei an Artikel 6quinquies der Pariser Verbandsübereinkunft gebunden, ist erstens festzustellen, dass die Klägerin von einer falschen Voraussetzung ausgeht, wenn sie vorträgt, das HABM habe eine in einem Verbandsland der Pariser Verbandsübereinkunft bestehende Eintragung für ungültig erklärt. Denn nach der fünften Begründungserwägung der Verordnung Nr. 40/94 tritt das gemeinschaftliche Markenrecht nicht an die Stelle der Markenrechte der Mitgliedstaaten. Daher berührt die angefochtene Entscheidung, mit der die angemeldete Gemeinschaftsmarke zurückgewiesen worden ist, weder die Gültigkeit noch den Schutz der älteren nationalen Eintragung im deutschen Staatsgebiet. Daraus folgt, dass das HABM entgegen dem Vorbringen der Klägerin mit dem Erlass der angefochtenen Entscheidung der älteren nationalen Eintragung nicht ihren Schutz im deutschen Staatsgebiet genommen und daher nicht gegen Artikel 6quinquies der Pariser Verbandsübereinkunft verstoßen hat.

26 Zweitens ist, soweit die Klägerin mit dem zweiten Klagegrund dem HABM vorwirft, dass es die angemeldete Marke nicht nach Artikel 6quinquies Teil A Absatz 1 der Pariser Verbandsübereinkunft zur Eintragung zugelassen habe, in Übereinstimmung mit dem HABM festzustellen, dass Artikel 6quinquies Teil B Nummer 2 die Zurückweisung einer angemeldeten Marke erlaubt, wenn diese keine Unterscheidungskraft besitzt. Folglich hat das HABM nicht schon dadurch gegen Artikel 6quinquies Teil A Absatz 1 der Pariser Verbandsübereinkunft verstoßen, dass es die angemeldete Marke wegen des in Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 vorgesehenen absoluten Eintragungshindernisses der fehlenden Unterscheidungskraft von der Eintragung ausgeschlossen hat. Da die Richtigkeit der Annahme der Beschwerdekammer, dass die Anmeldemarke keine Unterscheidungskraft habe, Gegenstand des vierten Klagegrundes ist, ist diese Frage im Rahmen des vorliegenden Klagegrundes nicht zu prüfen.

27 Der zweite Klagegrund ist somit zurückzuweisen.

Zum dritten Klagegrund: Verstoß gegen Artikel 73 der Verordnung Nr. 40/94, Artikel 6quinquies der Pariser Verbandsübereinkunft und Artikel 2 des TRIPS-Abkommens

Vorbringen der Parteien

28 Die Klägerin meint, das HABM habe sich mit der nationalen Voreintragung eines mit der Anmeldemarke identischen Zeichens durch das Deutsche Patent- und Markenamt nur unzureichend auseinander gesetzt. Die Gemeinschaftsmarke und die nationalen Eintragungen seien durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Zeitrangs miteinander verzahnt. Daraus folge, dass das HABM nationale Voreintragungen berücksichtigen müsse. Jedenfalls müssten das HABM und die zuständigen nationalen Behörden wegen der übereinstimmenden Rechtsgrundlage in Form 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) und nach der Verordnung Nr. 40/94 die gleichen Kriterien anwenden, wie sie beide Regelungen vorsähen. Das HABM müsse daher, wozu es die Verordnung Nr. 40/94, die Pariser Verbandsübereinkunft und das TRIPS-Abkommen verpflichteten, die Gründe darlegen, aus denen es diese Kriterien anders anwende als die nationale Verwaltung.

29 Das HABM hält diese Bezugnahme auf die Pariser Verbandsübereinkunft und das TRIPS-Abkommen für irrelevant, weil diese Übereinkommen nicht die Begründungspflicht beträfen. Die Begründung einer Entscheidung müsse die zugrunde liegenden Erwägungen der zuständigen Behörde klar und eindeutig zum Ausdruck bringen. Die angefochtene Entscheidung entspreche diesen Anforderungen, denn die Beschwerdekammer habe darin ausgeführt, dass die nationale Voreintragung für das System der Gemeinschaftsmarken keine Bindungswirkung entfalte.

Würdigung durch das Gericht

30 Zunächst ist die Bezugnahme der Klägerin auf die Pariser Verbandsübereinkunft und auf das TRIPS-Abkommen zurückzuweisen. Denn diese beiden Verträge sehen im Gegensatz zur Verordnung Nr. 40/94 keine Begründungspflicht für Entscheidungen vor und sind daher im Rahmen des vorliegenden Klagegrundes nicht einschlägig.

31 Die Klägerin kann sich auch nicht darauf berufen, dass der Inhaber einer nationalen Marke deren Zeitrang für eine angemeldete oder eingetragene Gemeinschaftsmarke in Anspruch nehmen kann, sofern es sich um dasselbe Zeichen und identische Waren und Dienstleistungen handelt. Zwar gilt nach den Artikeln 34 und 35 der Verordnung Nr. 40/94, wie die Klägerin vorgetragen hat, der Inhaber einer Gemeinschaftsmarke, der den Zeitrang einer identischen älteren nationalen Marke in Anspruch genommen hat, auch dann, wenn er auf diese verzichtet oder sie erlöschen lässt, weiter als Inhaber der Rechte, die er hätte, wenn die ältere Marke weiterhin eingetragen wäre. Jedoch können die genannten Vorschriften weder bezwecken noch bewirken, dass dem Inhaber einer nationalen Marke deren Eintragung als Gemeinschaftsmarke ungeachtet des Vorliegens eines absoluten oder relativen Eintragungshindernisses garantiert wird.

32 Was weiterhin die angeblich unzureichende Berücksichtigung der deutschen Voreintragung anbelangt, so ist darauf hinzuweisen, dass die Gemeinschaftsregelung für Marken ein autonomes System ist, das aus einer Gesamtheit von ihm eigenen Zielsetzungen und Vorschriften besteht und dessen Anwendung von jedem nationalen System unabhängig ist. Folglich ist die Eintragungsfähigkeit eines Zeichens als Gemeinschaftsmarke ausschließlich auf der Grundlage der einschlägigen Gemeinschaftsregelung zu prüfen, so dass das HABM und gegebenenfalls der Gemeinschaftsrichter nicht durch eine Entscheidung gebunden sind, die auf der Ebene eines Mitgliedstaats ergangen ist und nach der das betreffende Zeichen als nationale Marke eintragungsfähig ist. Dies ist selbst dann der Fall, wenn eine solche

Entscheidung unter Anwendung durch die Richtlinie 89/104 harmonisierter nationaler Rechtsvorschriften ergangen ist (Urteil des Gerichts vom 27. Februar 2002 in der Rechtssache T-106/00, Streamserve/HABM [STREAMSERVE], Slg. 2002, II-723, Randnr. 47).

33 Jedoch stellen die in den Mitgliedstaaten bereits vorliegenden Eintragungen einen Umstand dar, der für die Eintragung einer Gemeinschaftsmarke, ohne entscheidend zu sein, berücksichtigt werden kann (Urteile des Gerichts vom 16. Februar 2000 in der Rechtssache T-122/99, Procter & Gamble/HABM [Form einer Seife], Slg. 2000, II-265, Randnr. 61, vom 31. Januar 2001 in der Rechtssache T-24/00, Sunrider/HABM [VITALITE], Slg. 2001, II-449, Randnr. 33, und vom 19. September 2001 in der Rechtssache T-337/99, Henkel/HABM [Runde, rotweiße Tablette], Slg. 2001, II-2597, Randnr. 58). Solche Eintragungen können demnach bei der Beurteilung der Anmeldung einer Gemeinschaftsmarke in die Prüfung mit einbezogen werden (Urteil des Gerichts vom 26. November 2003 in der Rechtssache T-222/02, HERON Robotunits/HABM [ROBOTUNITS], Slg. 2003, II-4995, Randnr. 52).

34 Die Beschwerdekammer hat in Randnummer 55 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt:

„[D]ie Registrierung [der] Anmeldung im deutschen Markenregister ... [ist] für das Gemeinschaftsmarkensystem nicht bindend ..., das ein eigenständiges, von den nationalen Markensystemen unabhängiges Rechtsinstitut darstellt. Im Übrigen stellen die in den Mitgliedstaaten bereits vorliegenden Eintragungen einen Umstand dar, der für die Eintragung einer Gemeinschaftsmarke lediglich berücksichtigt werden kann, ohne entscheidend zu sein. Aus den von der Anmelderin vorgelegten Eintragungsunterlagen ergibt sich zudem nicht, aus welchen Gründen die Eintragung des fraglichen Zeichens akzeptiert wurde ...“

35 Somit hat die Beschwerdekammer das Vorliegen der nationalen Eintragung ordnungsgemäß berücksichtigt, ohne jedoch die genauen Gründe prüfen zu können,

die das Deutsche Patent- und Markenamt dazu veranlasst hatten, die nationale Marke zur Eintragung zuzulassen. Da die Beschwerdekammer diese Gründe nicht kannte, konnte sie sie auch nicht in ihre Prüfung mit einbeziehen.

36 Was schließlich die Begründungspflicht betrifft, deren Umfang oben in Randnummer 18 umrissen worden ist, so ist festzustellen, dass die oben in Randnummer 34 zitierte Randnummer 55 der angefochtenen Entscheidung klar und eindeutig die Gründe nennt, aus denen die Beschwerdekammer der Entscheidung des Deutschen Patent- und Markenamts nicht gefolgt ist. Darüber hinaus hat es diese Begründung zum einen der Klägerin ermöglicht, die Gründe für die angefochtene Entscheidung zur Kenntnis zu nehmen, um ihre Rechte verteidigen zu können, wovon ihre Rügen im Rahmen des zweiten und dritten Klagegrundes zeugen, und es zum anderen dem Gemeinschaftsrichter erlaubt, die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung zu prüfen.

37 Demnach ist auch der dritte Klagegrund zurückzuweisen.

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

Vorbringen der Parteien

38 Die Klägerin ist der Auffassung, dass die angemeldete Marke das von der Rechtsprechung geforderte Minimum an Unterscheidungskraft aufweise. So werde der durch die angemeldete Marke hervorgerufene Gesamteindruck durch einen schlanken Flaschenhals, einen abgeflachten, breiten Flaschenhauptteil, dessen größter Teil der Vorder- und Hinteransicht ausgewölbt sei, einen wulstigen Unterteil und symmetrische Mulden an den Flaschenseiten geprägt.

39 Die Klägerin wendet sich gegen die Ausführungen des HABM, wonach die angemeldete Marke nur eine geringfügige und unauffällige Abwandlung der typischen Formen darstelle, es ihr aber an jedem Beiwerk fehle, das als auffallend, eigentümlich oder originell angesehen werden könne. Die Klägerin macht geltend, dass weder das Vorliegen von Eigentümlichkeit noch das von Originalität ein Kriterium für die Unterscheidungskraft einer Marke sei. Vielmehr genüge ein Minimum an Unterscheidungskraft, um die Eintragungsfähigkeit einer Marke zu begründen. Auch sei bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken kein strengerer Maßstab anzulegen.

40 Die Klägerin tritt auch dem Vorbringen entgegen, dass sich der Verbraucher bei der Produktwahl an dem auf der Ware angebrachten Etikett oder Logo und nicht an der Flaschenform orientiere. Der Verbraucher treffe beim Kauf seine Wahl nach der Flaschenform, und erst nachdem er das gewünschte Produkt anhand der Form identifiziert habe, überprüfe er seine Wahl anhand des Etiketts. Die Klägerin fügt hinzu, dass der Durchschnittsverbraucher vollauf in der Lage sei, die Form der Verpackung der betreffenden Waren als Hinweis auf deren betriebliche Herkunft wahrzunehmen.

41 Vorsorglich trägt die Klägerin schließlich vor, dass keines der kennzeichnenden Elemente der angemeldeten Marke eine technische Funktion habe.

42 Das HABM trägt vor, dass der Verbraucher die Form oder Verpackung der Ware üblicherweise nicht mit ihrer Herkunft in Verbindung bringe, sondern sich hinsichtlich der betrieblichen Herkunft gewöhnlich an den Etiketten auf der Verpackung orientiere.

43 Die von der Klägerin angeführten kennzeichnenden Elemente der angemeldeten Marke seien entweder nur übliche Gestaltungsmerkmale oder könnten dem angesprochenen Verbraucher nur aufgrund einer analytischen Betrachtung bewusst werden, die dieser aber nicht vornehme. Daraus folgert das HABM, dass die angemeldete Marke als eine Variante der gewöhnlichen Verpackungsform der entsprechenden Ware wahrgenommen werde und nicht als Hinweis auf deren betriebliche Herkunft.

44 Schließlich sei bei der Prüfung der Unterscheidungskraft ohne Bedeutung, ob die Gestaltungsmerkmale, einzeln betrachtet, technische oder ergonomische Funktionen erfüllten.

Würdigung durch das Gericht

45 Vorab ist daran zu erinnern, dass die Unterscheidungskraft einer Marke zum einen im Hinblick auf die Waren und Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird, und zum anderen im Hinblick auf die Wahrnehmung der beteiligten Verkehrskreise beurteilt werden muss (Urteile des Gerichts vom 3. Dezember 2003 in der Rechtssache T-305/02, Nestlé Waters France/HABM [Form einer Flasche], Slg. 2003, II-5207, Randnr. 29, und vom 29. April 2004 in der Rechtssache T-399/02, Eurocermex/HABM [Form einer Bierflasche], Slg. 2004, II-1391, Randnr. 19). Die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die aus der Form der Waren bestehen, unterscheiden sich nicht von denjenigen, die auf andere Kategorien von Marken Anwendung finden (Urteile Form einer Flasche, Randnr. 35, und Form einer Bierflasche, Randnr. 22). Außerdem ist bei der Prüfung der Unterscheidungskraft einer Marke der durch sie hervorgerufene Gesamteindruck zu prüfen (vgl. Urteil Form einer Flasche, Randnr. 39 und die dort zitierte Rechtsprechung).

46 Im vorliegenden Fall sind die Waren, auf die sich die angemeldete Marke bezieht, Lebensmittel des täglichen Verbrauchs. Folglich umfassen die beteiligten Verkehrskreise alle Verbraucher. Daher ist die Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke unter Berücksichtigung der mutmaßlichen Erwartung eines durchschnittlich informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers zu beurteilen (Urteile Form einer Flasche, Randnr. 33, und Form einer Bierflasche, Randnrn. 19 und 20).

47 Was erstens die Auffassung der Klägerin betrifft, dass der Verbraucher im Fall von Waren wie den in Rede stehenden seine Wahl eher anhand der Form der Verpakkung als aufgrund des Etiketts trifft, so ist darauf hinzuweisen, dass die Durchschnittsverbraucher aus der Form der Waren oder der ihrer Verpackung, wenn grafische oder Wortelemente fehlen, gewöhnlich nicht auf die Herkunft dieser Waren schließen (vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 7. Oktober 2004 in der Rechtssache Mag Instrument/HABM, C-136/02 P, Slg. 2004, I-9165, Randnr. 30 und die dort zitierte Rechtsprechung). Auch schreibt der Durchschnittsverbraucher den Flaschen, die solche Waren enthalten, in erster Linie eine reine Verpackungsfunktion zu (Urteil des Gerichts vom 28. Januar 2004 in den Rechtssachen T-146/02 bis T-153/02, Deutsche SiSi-Werke/HABM [Standbeutel], Slg. 2004, II-447, Randnr. 38). Da die Klägerin keine Beweismittel vorgelegt hat, die gegen die Anwendung dieser Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall sprechen, ist die Auffassung der Klägerin zurückzuweisen.

48 Hinzuzufügen ist, dass die angefochtene Schlussfolgerung des HABM nicht mit dem von der Klägerin angeführten Umstand unvereinbar ist, wonach der Durchschnittsverbraucher vollauf in der Lage sei, die Form der Verpackung von Waren des täglichen Verbrauchs als Hinweis auf deren betriebliche Herkunft wahrzunehmen (Urteil Form einer Flasche, Randnr. 34). Selbst wenn dies der Fall ist, bedeutet diese allgemeine Gegebenheit nicht, dass jede Verpackung einer solchen Ware die für ihre Eintragung als Gemeinschaftsmarke erforderliche Unterscheidungskraft hätte. Die Unterscheidungskraft eines Zeichens ist vielmehr im Licht der oben in den Randnummern 45 und 46 dargelegten Kriterien in jedem Einzelfall zu beurteilen.

49 Was zweitens die vier Merkmale angeht, die nach Ansicht der Klägerin zur Unterscheidungskraft der Flasche beitragen, so ist zunächst daran zu erinnern, dass allein die Tatsache, dass eine Form die Variante einer der üblichen Formen einer bestimmten Warenart ist, nicht für die Feststellung ausreicht, dass diese Form als Marke keine Unterscheidungskraft hat. Es ist stets zu prüfen, ob es eine derartige Marke dem durchschnittlich informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher erlaubt, die fragliche Ware — ohne eine Prüfung vorzunehmen und ohne besonders aufmerksam zu sein — von Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden (Urteil Mag Instrument/HABM, Randnr. 32). Denn je mehr sich die für die Eintragung als Marke angemeldete Form der Form annähert, in der die betreffende Ware am wahrscheinlichsten in Erscheinung tritt, umso eher ist zu erwarten, dass dieser Form die Unterscheidungskraft fehlt (Urteil Mag Instrument/HABM, Randnr. 31).

50 Was den lang gestreckten Hals der Flasche und ihren abgeflachten Hauptteil angeht, so ist festzustellen, dass sich diese Merkmale der angemeldeten Marke nicht von der gewöhnlichen Form einer Flasche abheben, die Waren wie die hier für die Anmeldung beanspruchten enthält. Weder die Länge des Flaschenhalses oder sein Durchmesser noch das Verhältnis zwischen Breite und Dicke der Flasche sind in irgendeiner Weise auffällig.

51 Das Gleiche gilt für den Wulst der Flasche. Dabei handelt es sich nämlich um ein gewöhnliches Gestaltungsmerkmal der in dem betreffenden Sektor vermarkteten Flaschen.

52 Das einzige Merkmal, mit dem sich die angemeldete Marke von der üblichen Form abhebt, sind die seitlichen Mulden. Im Unterschied zu den vom HABM angeführten

Beispielen weist nämlich die angemeldete Marke enge, beinahe halbkreisartig anmutende Bögen auf.

53 Selbst wenn aber dieses Merkmal als ungewöhnlich angesehen werden könnte, wäre es allein nicht ausreichend, um den durch die angemeldete Marke hervorgerufenen Gesamteindruck so stark zu beeinflussen, dass die Marke damit erheblich von der Norm oder der Branchenüblichkeit abwiche und deshalb ihre wesentliche herkunftskennzeichnende Funktion erfüllen könnte (Urteil Mag Instrument/HABM, Randnr. 31).

54 In der Zusammenschau rufen die vier genannten Merkmale somit keinen Gesamteindruck hervor, der diese Feststellung in Frage stellen könnte. Folglich fehlt der angemeldeten Marke bei Würdigung des durch sie hervorgerufenen Gesamteindrucks die Unterscheidungskraft.

55 Dieses Ergebnis steht nicht im Widerspruch zu dem Vorbringen der Klägerin, wonach weder Eigentümlichkeit noch Originalität Kriterien für die Unterscheidungskraft einer Marke seien. Auch wenn das Vorhandensein eigentümlicher oder origineller Merkmale keine unerlässliche Eintragungsvoraussetzung ist, so kann es doch umgekehrt einer Marke den erforderlichen, ihr sonst fehlenden Grad an Unterscheidungskraft verleihen. Aus diesem Grund hat die Beschwerdekammer, nachdem sie den von der Flasche hervorgerufenen Gesamteindruck geprüft und in Randnummer 45 der angefochtenen Entscheidung festgestellt hatte, dass „[d]er Kunde ... der Flasche an sich in ihrer konkreten Gestaltung keinen betriebskennzeichnenden Herkunftshinweis entnehmen [werde]", weiter erwogen, ob die Marke spezifische Züge aufweist, die ihr das erforderliche Minimum an Unterscheidungs-

kraft vermitteln. Nachdem sie in Randnummer 49 der angefochtenen Entscheidung festgestellt hatte, dass dies nicht der Fall sei, hat sie daraus zutreffend gefolgert, dass die angemeldete Marke keine Unterscheidungskraft habe.

56 Was drittens den von der Klägerin angeführten Umstand betrifft, wonach die kennzeichnenden Elemente der angemeldeten Marke keine technische oder ergonomische Funktion hätten, so ist festzustellen, dass dieser Umstand, selbst wenn man seine Richtigkeit unterstellt, am Fehlen der Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke nichts ändern kann. Soweit nämlich das Zeichen von den maßgeblichen Verkehrskreisen als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Waren oder Dienstleistungen wahrgenommen wird, ist es für seine Unterscheidungskraft unerheblich, ob es gleichzeitig noch eine andere Funktion als die eines betrieblichen Herkunftshinweises, z. B. eine technische Funktion, erfüllt (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 9. Oktober 2002 in der Rechtssache T-173/00, KWS Saat/ HABM [Orangeton], Slg. 2002, II-3843, Randnr. 30).

57 Daraus folgt, dass auch der vierte Klagegrund zurückzuweisen und die Klage somit abzuweisen ist.

Kosten

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

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Pirrung Meij Pelikánová

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 15. März 2006.

Der Kanzler

E. Coulon

Der Präsident

J. Pirrung