

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

vom 6. November 2003¹

Einführung

1. Mit den vorliegenden Rechtsmitteln wird die Frage aufgeworfen, ob Waschmittel- oder Geschirrspülmittel-Tabletten mit Schichten in verschiedenen Farben und farbiger Sprengelung, wie sie heute weithin vermarktet werden, nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke² eintragungsfähig sind.
2. Es ist somit die Frage zu klären, ob eine Reihe von Tabletten mit diesen Eigenheiten die nach dem Gemeinschaftsrecht erforderliche konkrete Unterscheidungskraft aufweisen, so dass sie die für die Marke wesentliche Identifizierungsfunktion erfüllen können.
3. Der Gerichtshof hat hierfür die nähere Festlegung der für das markenrechtliche
4. Die vorliegenden Rechtssachen lassen insbesondere die Schwierigkeiten deutlich werden, die die Übertragung der in den absoluten Eintragungshindernissen oder absoluten Nichtigkeitsgründen niedergelegten Kriterien, die — in inadäquater Weise — im Hinblick auf Wort- oder Bildmarken konzipiert sind, auf den Bereich der genannten dreidimensionalen Marken mit sich bringt. Ich möchte insbesondere darauf hinweisen, dass es sich in diesem Bereich als schwierig erweist, die fehlende Unterscheidungskraft vom beschreibenden Charakter zu sondern.

1 — Originalsprache: Spanisch.

2 — 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. 1994, L 349, S. 83).

Anwendbare Rechtsvorschriften

- b) Marken, die keine Unterscheidungskraft haben,

Verordnung über die Gemeinschaftsmarke

5. Die für die Entscheidung über die vorliegenden Rechtsmittel anzuwendenden Rechtsvorschriften sind in der Verordnung Nr. 40/94 enthalten.

- c) Marken, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, welche im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geografischen Herkunft oder der Zeit der Herstellung der Ware oder der Erbringung der Dienstleistung oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Ware oder Dienstleistung dienen können,

6. Nach Artikel 4 dieser Verordnung können Gemeinschaftsmarken „alle Zeichen sein, die sich grafisch darstellen lassen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, 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“.

- d) Marken, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben zur Bezeichnung der Ware oder Dienstleistung bestehen, die im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgewohnheiten üblich geworden sind,

- e) Zeichen, die ausschließlich bestehen

7. Artikel 7 der Verordnung nennt u. a. folgende absolute Eintragungshindernisse:

- i) aus der Form, die durch die Art der Ware selbst bedingt ist,

„(1) Von der Eintragung ausgeschlossen sind

oder

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

- ii) aus der Form der Ware, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist,

oder

den: Amt) oder auf Widerklage im Verletzungsverfahren.

iii) aus der Form, die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht,

...

9. Nach Artikel 54 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 gelten in dem Umfang, in dem die Gemeinschaftsmarke für nichtig erklärt worden ist, ihre Wirkungen als von Anfang an nicht eingetreten.

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

(3) Die Vorschriften des Absatzes 1 Buchstaben b), c) und d) finden keine Anwendung, wenn die Marke für die Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird, infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat.“

Vorgeschichte der Rechtsmittel

8. Nach Artikel 51 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung Nr. 40/94 wird die Gemeinschaftsmarke u. a. für nichtig erklärt, wenn sie den Vorschriften des Artikels 5 oder des Artikels 7 der Verordnung zuwider eingetragen worden ist. Die Nichtigerklärung erfolgt auf Antrag beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (im Folgen-

10. Wie aus den angefochtenen Urteilen hervorgeht, lässt sich der den Rechtsstreitigkeiten zugrunde liegende Sachverhalt wie folgt zusammenfassen.

Verbundene Rechtssachen C-456/01 P und C-457/01 P (Henkel/HABM)

Verordnung Nr. 40/94 erforderliche Unterscheidungskraft fehle.

11. Am 15. Dezember 1997 meldete die Henkel KGaA (im Folgenden: Henkel), Düsseldorf (Deutschland), die chemische Erzeugnisse herstellt, beim Amt nach der Verordnung Nr. 40/94 zwei Gemeinschaftsmarken an.

12. Die Anmeldungen betreffen zwei dreidimensionale Marken, und zwar rechteckige Tabletten mit zwei Schichten, im einen Fall einer weißen und einer roten Schicht (Rechtssache C-456/01 P) und im anderen einer weißen und einer grünen (Rechtssache C-457/01 P).

13. Diese Marken wurden für die Waren „Wasch- und Geschirrspülmittel in Tablettenform“ der Klasse 3 des Nizzaer Abkommens³ angemeldet.

14. Nach dem vorgeschriebenen Verfahren wies der Prüfer die Anmeldungen mit Entscheidungen vom 26. Januar und 15. Februar 1999 im Wesentlichen mit der Begründung zurück, dass den Zeichen die nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der

15. Die gegen diese Entscheidungen des Prüfers erhobenen Beschwerden wurden von der Beschwerdekammer mit zwei Entscheidungen vom 21. September 1999 zurückgewiesen. Zur Begründung führte die Beschwerdekammer aus, dass der Eintragung der angemeldeten Marken Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 entgegenstehe, denn, 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 Waren 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 genügten die Markenmeldungen nicht. Die von der Rechtsmittelführerin angemeldeten Formen wiesen keine außerordentlich spezielle oder ungewöhnliche Gestaltung auf, sondern gehörten in den Bereich der auf dem fraglichen Markt typischen Grundformen. Auch die farbliche Gestaltung könne der angemeldeten Form keine Eigentümlichkeit vermitteln.

³ — Abkommen von Nizza vom 15. Juni 1957 über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen in revidierter und geänderter Fassung.

16. Henkel erhob beim Gericht erster Instanz Klagen auf Aufhebung dieser Entscheidungen der Beschwerdekammer. Als wesentlichen Klagegrund rügte sie einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94; die Beschwerdekammer habe verkannt, dass die angemeldete Marke unterscheidungskräftig sei.

Markenkategorien, denn die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die aus der Form der Ware selbst bestünden, seien keine anderen als die für die übrigen Markenkategorien geltenden.

17. In seinen Urteilen vom 19. September 2001⁴ brachte das Gericht im Hinblick auf den zugrunde liegenden Sachverhalt folgende allgemeine markenrechtliche Grundsätze in Erinnerung:

— Zu berücksichtigen sei aber, dass die fraglichen Verkehrskreise Marken, die aus der Form und den Farben der Ware selbst bestünden, nicht notwendig, und damit anders als im Fall von Marken der übrigen Kategorien, als Hinweis auf die betriebliche Herkunft wahrnehmen.

— Nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 besitze eine Marke Unterscheidungskraft, wenn sie es ermögliche, die Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt werde, nach ihrer Herkunft zu unterscheiden. Dafür genüge ein Mindestmaß an Unterscheidungskraft, das das Eintragungshindernis nach dieser Bestimmung entfallen lasse.

— Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b unterscheide nicht zwischen verschiedenen

18. Hinsichtlich der Abgrenzung der durch die gekennzeichneten Waren angesprochenen Verkehrskreise ist das Gericht von der Erwägung ausgegangen, dass Wasch- und Geschirrspülmittel in Tablettenform weit verbreitete Konsumgüter seien und die angesprochenen Verkehrskreise daher aus allen Verbrauchern bestünden. Die Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke sei daher aus der Perspektive eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers zu prüfen. Da es sich um Waren des täglichen Verbrauchs handle, sei davon auszugehen, dass der Grad der Aufmerksamkeit dieser Verbraucher in Bezug auf Form und Farben von Wasch- und Geschirrspülmitteln nicht hoch sei.

⁴ — Urteile in den Rechtssachen T-335/99 (Slg. 2001, II-2581, abgekürzte Veröffentlichung), T-336/99 (Slg. 2001, II-2589, abgekürzte Veröffentlichung) und T-337/99 (Slg. 2001, II-2597).

19. Sodann hat das Gericht die konkreten Merkmale der angemeldeten dreidimensionalen Zeichen geprüft.

Zu ihrer Form hat es festgestellt, dass eine rechteckige oder auch runde Tablette zu den geometrischen Grundformen gehöre und für Wasch- und Geschirrspülmittel eine der nahe liegenden Formen darstelle.

Zum Vorhandensein zweier Farbschichten hat das Gericht darauf hingewiesen, dass die angesprochenen Verkehrskreise an das Vorliegen von verschiedenfarbigen Bestandteilen gewöhnt seien; eines dieser Elemente sei meistens weiß oder fast weiß und häufig mit farbigen Teilchen durchsetzt.

Die Produzenten stellten in ihrer Werbung heraus, dass diese Teilchen das Vorhandensein verschiedener Wirkstoffe verkörperten, womit die Teilchen, ohne damit eine beschreibende Angabe im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung zu bilden, auf bestimmte Eigenschaften der Ware und nicht auf deren betriebliche Herkunft hinwiesen.

Die Möglichkeit allein, dass es den Verbrauchern gleichwohl zur Gewohnheit wer-

den könne, die Waren an ihren Farben zu erkennen, genüge nicht, um das Eintragungshindernis des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 auszuräumen. Eine solche Entwicklung der Wahrnehmung des Zeichens im Verkehr könne, sofern sie feststehe, nur im Rahmen von Artikel 7 Absatz 3 Berücksichtigung finden.

Der Umstand, dass die farbigen Teilchen nicht gleichmäßig über die ganze Tablette verteilt seien, und die tatsächlich in den angemeldeten Marken verwendeten Farbtöne seien unerheblich, da jedenfalls die Hinzufügung einer weiteren Schicht und die Verwendung der Grundfarben, bei denen es sich für Reinigungsmittel um gängige oder sogar typische Gestaltungen handele, zu den am nächsten liegenden Lösungen gehörten.

Zudem seien andere Kombinationen dieser Gestaltungselemente möglich, die durch eine Abwandlung der geometrischen Grundformen oder dadurch erreicht werden könnten, dass der Grundfarbe der Ware eine weitere Farbe hinzugefügt wird, die in einer Schicht der Tablette oder in Sprenkeln sichtbar werde. Die sich daraus ergebenden Abweichungen des Erscheinungsbilds genühten aber nicht für die Annahme, dass die Tabletten damit einen Hinweis auf ihre Herkunft enthielten, denn es handele sich um nahe liegende Abwandlungen der Grundformen der Ware.

20. Angesichts des durch die Form und die farbliche Gestaltung der streitigen Tabletten hervorgerufenen Gesamteindrucks ermöglichen es die angemeldeten Marken den angesprochenen Verkehrskreisen zum Zeitpunkt der Kaufentscheidung nicht, die fraglichen Waren von solchen anderer betrieblicher Herkunft zu unterscheiden.

Verbundene Rechtssachen C-468/01 P bis C-472/01 P und verbundene Rechtssachen C-473/01 P und C-474/01 P (Procter & Gamble/HABM)

22. Am 13. Oktober 1998 meldete die in Cincinnati, Ohio (Vereinigte Staaten von Amerika), ansässige Procter & Gamble Company (im Folgenden: Procter & Gamble) beim Amt verschiedene dreidimensionale Zeichen an, nämlich quadratische Tabletten mit leicht abgerundeten Kanten und Ecken und folgenden weiteren Merkmalen:

Die unabhängig von ihrer Benutzung im Sinne von Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 festgestellte fehlende Eignung der angemeldeten Marken, auf die Herkunft der Ware hinzuweisen, werde auch nicht durch die mehr oder weniger große Zahl ähnlicher Tabletten beeinflusst, die es auf dem Markt bereits gebe. Es brauche daher nicht entschieden zu werden, ob die Unterscheidungskraft der Marke zum Zeitpunkt der Anmeldung oder zu dem der tatsächlichen Eintragung zu beurteilen sei.

— mit zwei Schichten, einer weißen und einer zartgrünen (Rechtssache C-468/01 P);

— mit zwei Schichten, einer weißen mit grünen Sprenkeln und einer zartgrünen (Rechtssache C-469/01 P);

— mit gelben und blauen Sprenkeln auf weißem Grundton (Rechtssache C-470/01 P);

21. Das Gericht gelangte so zu dem Ergebnis, dass die Beschwerdekammer zu Recht festgestellt habe, dass die angemeldeten dreidimensionalen Marken keine Unterscheidungskraft hätten. Es wies ebenfalls die Klagegründe einer Verletzung des rechtlichen Gehörs, eines Ermessensmissbrauchs und einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zurück und wies die Klagen damit insgesamt ab.

— mit blauen Sprenkeln auf weißem Grundton (Rechtssache C-471/01 P);

— mit grünen und blauen Sprenkeln auf weißem Grundton (Rechtssache C-472/01 P).

Weiterhin angemeldet wurden die Formen einer quadratischen Tablette mit gerilltem Rand, leicht abgerundeten Ecken, Sprenkeln und einer dunkleren quadratischen Vertiefung in der Mitte auf der Oberseite (Rechtssache C-473/01 P) und einer rechteckigen Tablette mit denselben Merkmalen, allerdings einer dreieckigen Vertiefung (Rechtssache C-474/01 P).

Vorteile, die mit der Darreichung von Wasch- und Geschirrspülmitteln in Tablettenform verbunden seien, müsse es den Wettbewerbern der Rechtsmittelführerin freistehen, sie unter Verwendung der einfachsten geometrischen Formen ebenfalls einzusetzen.

Soweit vorstehend bestimmte Farben genannt sind, wurden auch diese beansprucht.

23. Die Marken wurden für die gleichen Waren der Klasse 3 des Nizzaer Abkommens angemeldet wie in den vorgenannten Rechtssachen C-456/01 P und C-457/01 P.

26. Nach einer Beschreibung der angemeldeten Marken führte die Beschwerdekammer weiter aus, dass die quadratische oder rechteckige Form den Tabletten keine Unterscheidungskraft verleihe, denn die geometrischen Grundformen (quadratisch, rund, dreieckig oder rechteckig) stellten die ersichtlichsten Formen für solche Tabletten dar, und die Wahl einer solchen Form für die Herstellung fester Reinigungsmittel sei in keiner Weise schöpferisch oder fantasievoll. Auch die abgerundeten Ecken, die abgeschrägten Kanten und die Vertiefung in der Mitte seien banale Varianten der normalen Darreichungsform dieser Waren.

24. Mit Entscheidungen vom 17. Juni 1999 wies der Prüfer die Anmeldungen mangels Unterscheidungskraft der Zeichen zurück.

27. Auch die in den streitigen Marken verwendeten Farben verliehen ihnen keine Unterscheidungskraft, denn die Farbe Weiß, mit der makellose Sauberkeit assoziiert werde, sei eine herkömmliche Farbe für Waschpulver, während grün, eine Grundfarbe, den Blick auf sich ziehe und, da assoziativ mit Umweltschutz verbunden, positiv besetzt sei.

25. Die dagegen erhobene Beschwerde wies die Beschwerdekammer am 3. März 2000 zurück. Sie wies zunächst darauf hin, dass nach Artikel 4 der Verordnung Nr. 40/94 die Form einer Ware als Gemeinschaftsmarke eintragungsfähig sei, sofern sie hinreichend ungewöhnliche und schöpferische Merkmale aufweise, die es den betreffenden Verbrauchern ermöglichen, die Ware allein aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbilds als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu erkennen. Angesichts der

28. Schließlich seien auch die farbigen Sprengel verkehrsblich, denn sie gäben

der Ware nicht nur ein angenehmes Aussehen, sondern könnten zugleich auf das Vorhandensein von Wirkstoffen hinweisen, so dass ihre Verwendung zu diesem Zweck auch den übrigen Wirtschaftsteilnehmern freistehen müsse.

2001 aus den nachfolgend wiedergegebenen Gründen zurückgewiesen⁵.

29. Procter & Gamble erhob beim Gericht Klage auf Aufhebung dieser Entscheidungen. Sie rügte im Wesentlichen einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94.

32. Das Gericht brachte zunächst die einschlägigen allgemeinen Rechtsgrundsätze in Erinnerung und grenzte die angesprochenen Verkehrskreise ab; diese Ausführungen entsprechen denen in seinen Entscheidungen über die von Henkel erhobenen Klagen⁶.

33. Sodann prüfte das Gericht die konkreten Merkmale der angemeldeten Zeichen.

30. Es ist hervorzuheben, dass die damalige Klägerin in der mündlichen Verhandlung beim Gericht erklärte, es gehe ihr mit ihren Klagen vor allem um eine Klärung der Rechtslage hinsichtlich der Eintragbarkeit der in Frage stehenden Anmeldezeichen. Ihrer Auffassung nach verdienten zwar solche Marken nicht den Schutz nach der Verordnung Nr. 40/94. Sie müsse ihre Anmeldung gleichwohl verfolgen, um die gleichen Rechte zu wahren, die andere Unternehmen auf diesem Markt beanspruchten.

Es führte aus, dass die (quadratische oder rechteckige) Form der Tabletten zu den geometrischen Grundformen gehöre und für Tabletten für Wasch- und Geschirrspülmaschinen eine der nahe liegenden Formen darstelle. Die leicht abgerundeten Ecken der Tabletten entsprächen praktischen Erwägungen und seien nicht geeignet, vom Durchschnittsverbraucher als Besonderheit der beanspruchten Formen wahrgenommen zu werden, durch die sich die Tabletten von anderen, ähnlichen Reinigungsmitteltabletten unterscheiden könnten.

31. Das Gericht hat die Klagen von Procter & Gamble mit Urteilen vom 19. September

5 — Diese Gründe ergeben sich aus der Veröffentlichung des Urteils in der Rechtssache T-118/00 (Slg. 2001, II-2731) und gelten entsprechend auch für die übrigen Rechtssachen.

6 — Vgl. oben, Nrn. 17 und 18.

Zu dem Vorhandensein verschiedenfarbiger, gesprenkelter Schichten stellte das Gericht fest, dass die angesprochenen Verkehrskreise bei Reinigungsmitteln an das Vorliegen von verschiedenfarbigen Bestandteilen gewöhnt seien. Wasch- und Geschirrspülmittel in der herkömmlichen Aufmachung als Pulver seien meistens grau oder hellbeige oder wirkten fast weiß. Sie enthielten häufig Teilchen in einer anderen Farbe oder mehreren anderen Farben.

Das Vorhandensein einer farbigen Schicht und einer Sprengelung genüge nicht für die Annahme, dass das äußere Erscheinungsbild der Tablette als Hinweis auf die Herkunft der Ware wahrgenommen werden könne, denn bei der Kombination verschiedener Stoffe seien solche Hinzufügungen eine der am nächsten liegenden Lösungen. Zu den gewählten Farben (weiß und zartgrün mit Sprengeln) sei darauf hinzuweisen, dass die Verwendung von Grundfarben bei Wasch- und Geschirrspülmitteln üblich und sogar typisch sei, während der Rückgriff auf andere Grundfarben, wie Rot oder Gelb, zu den nahe liegenden Abwandlungen der typischen Aufmachung dieser Ware gehöre.

Wie hinsichtlich der anderen Klagen wies das Gericht darauf hin, dass die Hersteller in ihrer Werbung häufig unterstrichen, dass diese Teilchen das Vorhandensein verschiedener Wirkstoffe verkörpern. Diese Teilchen wiesen damit, ohne eine beschreibende Angabe im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 40/94 zu sein, auf bestimmte Eigenschaften der Ware, nicht aber auf ihren betrieblichen Ursprung hin.

Daraus folge, dass die angemeldeten dreidimensionalen Marken aus einer Kombination nahe liegender und für die fragliche Ware typischer Gestaltungselemente bestünden.

34. Sodann wiederholte das Gericht die bereits oben in den Nummern 19 und 20 wiedergegebenen Ausführungen.

Die Möglichkeit allein, dass es den Verbrauchern zur Gewohnheit werden könne, die Waren an ihren Farben zu erkennen, genüge nicht, um das Eintragungshindernis des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe b auszuräumen. Eine solche Entwicklung der Wahrnehmung des Zeichens im Verkehr könne, sofern sie feststehe, nur im Rahmen von Absatz 3 dieses Artikels Berücksichtigung finden.

35. Schließlich führte es aus: „Zum Vorbringen der Klägerin, das sich auf ein von der Beschwerdekammer angenommenes Freihaltebedürfnis für Form und Farben der streitigen Tablette bezieht, ist zu sagen, dass sich in den absoluten Eintragungshindernissen des Artikels 7 Absatz 1 Buchstaben b bis e der Verordnung Nr. 40/94

das Bestreben des Gemeinschaftsgesetzgebers äußert, die Anerkennung ausschließlicher Rechte zugunsten eines Wirtschaftsteilnehmers zu verhindern, wenn hierdurch der Wettbewerb auf dem Markt der betreffenden Waren oder Dienstleistungen beeinträchtigt werden könnte. ... Das mögliche Interesse von Wettbewerbern des Anmelders einer in der Darstellung der Ware bestehenden dreidimensionalen Marke daran, Form und Farben ihrer eigenen Waren frei wählen zu können, reicht jedoch als Grund für eine Ablehnung der Eintragung einer solchen Marke oder als Beurteilungskriterium für die Unterscheidungskraft dieser Marke allein nicht aus. Mit dem Ausschluss der Eintragung von Zeichen ohne Unterscheidungskraft schützt Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 das Interesse an der Verfügbarkeit verschiedener Varianten der Darreichungsform einer Ware nur insoweit, als die Darstellung der Ware, deren Eintragung begehrt wird, nicht den Zweck einer Marke erfüllen kann, es den betroffenen Verkehrskreisen zu ermöglichen, die betreffende Ware von denjenigen anderer betrieblicher Herkunft zu unterscheiden; ob dies der Fall ist, ist im Wege einer Prognose und unabhängig von der Benutzung der Marke im Sinne von Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 festzustellen.

Die Beschwerdekammer hat zwar in der angefochtenen Entscheidung den Erwägungen hinsichtlich des Interesses daran, die Monopolisierung einer Ware über das Markenrecht zu verhindern, große Bedeutung beigemessen; daraus folgt jedoch nicht, dass sie die Kriterien für die Prüfung der Unterscheidungskraft der Marke im vorliegenden Fall verkannt hätte. In Randnummer 11 der angefochtenen Entscheidung hat sie nämlich ausgeführt, die Form einer Ware sei als Gemeinschaftsmarke eintragungsfähig, „sofern die Form Merk-

male aufweist, die so ungewöhnlich und schöpferisch sind, dass die betreffenden Verbraucher die Ware allein aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbilds als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen können“. Die Beschwerdekammer hat somit in der Sache ein Kriterium angewandt, dass den oben angeführten Grundsätzen entspricht.“⁷

36. Hinsichtlich der Tabletten mit einer kleinen, andersfarbigen Vertiefung in der Mitte ihrer Oberseite (Rechtssachen C-473/01 P und C-474/01 P) billigte das Gericht die von der Beschwerdekammer getroffene Feststellung, dass auch dieses Merkmal nicht für die Annahme genüge, dass das äußere Erscheinungsbild der Tabletten als Hinweis auf die Herkunft der Ware wahrgenommen werden könne; auch diese Hinzufügung sei lediglich eine nahe liegende Lösung und ändere das äußere Erscheinungsbild der Tablette nicht erheblich. Ebenso wenig verleihe die für die Vertiefung gewählte dreieckige Form der betreffenden Anmelde-Unterscheidungskraft. Die Verwendung von zwei geometrischen Grundformen, wie sie diese Tablette zeige, gehöre nämlich ebenfalls zu den nahe liegenden Abwandlungen der Aufmachung der fraglichen Ware und ermögliche es den angesprochenen Verkehrskreisen nicht, die so aufgemachten Waren von solchen anderer betrieblicher Herkunft zu unterscheiden.

7 — Randnrn. 73 und 74.

37. Nach alledem wies das Gericht sämtliche Klagen ab.

40. Der Gerichtshof hat somit über die Frage zu entscheiden, ob die Unterscheidungskraft der als Marken angemeldeten Reinigungsmitteltabletten in den angefochtenen Urteilen rechtlich fehlerfrei beurteilt wurde.

Prüfung der Rechtsmittel

38. Obgleich eine ganze Reihe von gesonderten Rechtsmitteln eingelegt wurden, lassen sich die in ihnen enthaltenen Hauptrügen systematisch ordnen. So sind alle Rechtsmittel auf die Rüge eines Verstoßes gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 als einzigen und identischen Rechtsmittelgrund gestützt, in dessen Rahmen sich die Rechtsmittelführerinnen sodann mit den einzelnen Gesichtspunkten auseinandersetzen, anhand deren das Gericht die konkrete Unterscheidungskraft der verschiedenen, aus mehrfarbigen Reinigungsmitteltabletten bestehenden Zeichen geprüft hat.

39. Es ist von zwei Voraussetzungen auszugehen: Zum einen ist unstrittig — und auch in den angefochtenen Urteilen anerkannt —, dass die Verordnung Nr. 40/94 keine Beurteilungskriterien vorschreibt, die je nach in Frage stehendem absolutem Eintragungshindernis unterschiedlich wären. Zum anderen wurde in den vorliegenden Rechtssachen nichts zu technischen Erfordernissen im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe e der Verordnung vorge-
tragen.

1. Rügen hinsichtlich des für die Beurteilung der Unterscheidungskraft maßgebenden Zeitpunkts

41. Beide Rechtsmittelführerinnen tragen vor, dass im Zeitpunkt ihrer Anmeldungen Wasch- und Geschirrspülmittel in Tablettenform nur in sehr geringem Umfang existiert hätten, so dass ihre angemeldeten Tablettenformen klar identifizierbar gewesen seien. Die Unterscheidungskraft eines Zeichens sei im Licht der Sachlage zu beurteilen, die im Zeitpunkt der Anmeldung bestanden habe. Die Feststellung, ob ein Zeichen typische oder gewöhnliche Merkmale habe, sei aufgrund der Tatsachen zu treffen, die im Zeitpunkt der Anmeldung bekannt seien. Beide Rechtsmittelführerinnen sind offenbar der Auffassung, dass die Prüfung anhand eines späteren Zeitpunkts, wie dem der Eintragung, dem Anmelder das Risiko aufbürde, dass seine Wettbewerber zwischenzeitlich bestimmte Bestandteile des Zeichens für ihre eigenen Produkte verwendeten und damit die Unterscheidungskraft des Zeichens schwächten.

42. Das Amt hält dem entgegen, dass ein Zeichen nur dann als Marke eintragungsfähig sei, wenn es die erforderlichen Vor-

aussetzungen sowohl am Anmeldetag als auch im Zeitpunkt der Eintragung erfülle. Demgemäß sei die Anmeldung zurückzuweisen, wenn das angemeldete Zeichen zwar am Anmeldetag unterscheidungskräftig gewesen sei, aber im Verlauf seiner Prüfung die Unterscheidungskraft verloren habe.

43. Ich teile diese Auffassung des Amtes. Wie es zutreffend darlegt, folgt dieses Ergebnis logisch aus den absoluten Eintragungshindernissen des Artikels 7 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 in Verbindung mit deren Artikel 51, der in die „absoluten Nichtigkeitsgründe“ auch den Fall einschließt, dass eine Marke den Vorschriften des Artikels 7 zuwider eingetragen worden ist. Nach dem Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen müsste eine Marke eingetragen werden, während sie gleichzeitig mangels Vorliegens der erforderlichen Unterscheidungskraft im Zeitpunkt der Eintragung im Wege einer Nichtigkeitsklärung gelöscht werden könnte. Eine solches unlogisches Ergebnis kann nicht im Willen des Gesetzgebers gelegen haben; es ist somit davon auszugehen, dass für die Beurteilung der erforderlichen Eintragungsvoraussetzungen auf den Zeitpunkt der Eintragung abzustellen ist.

44. Zwar könnte dagegen eingewandt werden, dass die fraglichen Zeichen, folgte man der Auffassung der Rechtsmittelführerinnen, wonach für die Prüfung der Unterscheidungskraft auf den Anmeldetag abzustellen ist, eintragbar wären, ohne einem absoluten Eintragungshindernis zu begegnen. Diese Auslegung widerspricht aber Artikel 51 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94, wonach die Gemeinschaftsmarke, wenn sie entgegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b), c) oder d) eingetragen wor-

den [ist], ... nicht für nichtig erklärt werden [kann], wenn sie [*nach ihrer Eintragung*⁸] durch Benutzung im Verkehr Unterscheidungskraft für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, erlangt hat. Hätte der Gemeinschaftsgesetzgeber für die Beurteilung der Eintragungsfähigkeit den Anmeldetag zugrunde legen wollen, so hätte er auf diesen Zeitpunkt und nicht auf den der Eintragung verwiesen.

45. Das Amt fügt hinzu, dass es, um zu vermeiden, dass die Eintragung eines Zeichens durch seine systematische Nachahmung während der Prüfungsphase verhindert werde, die Verwendung von Zeichen, mit denen ausschließlich dieser Zweck verfolgt werde, für die Beurteilung der Unterscheidungskraft außer Betracht lassen würde.

46. Auch diese Argumentation erscheint mir fehlerfrei: Das Amt kann es unter Berufung auf den Begriff der öffentlichen Ordnung oder der guten Sitten in Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe f der Verordnung Nr. 40/94 oder im unmittelbaren Rückgriff auf den in Artikel 51 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach gegen bösgläubiges Handeln eine Einwendung gegeben ist, ablehnen, Handlungsweisen, mit denen ausschließlich die Eintragung der Marken von Konkurrenzunternehmen blockiert werden soll, eine registerrechtliche Wirksamkeit zuzuerkennen.

47. Jedenfalls käme der häufigen Verwendung der gleichen visuellen Bestandteile durch verschiedene Wirtschaftsteilnehmer

8 — Im Gegensatz zur spanischen Fassung der Bestimmung (und anderen Sprachfassungen) fehlen diese im spanischen Original der Schlussanträge kursiv gesetzten Worte (*después de su registro*⁸) im deutschen Wortlaut der Bestimmung (Anm. d. Ü.).

nur dann Bedeutung zu, wenn sich die angefochtenen Urteile für die Beurteilung der Unterscheidungskraft der Zeichen das Kriterium ihrer Originalität oder Üblichkeit zu Eigen gemacht hätten. In Wirklichkeit aber haben sie die Zeichen auf anderer Grundlage zurückgewiesen, nämlich wegen der Verbindung dieser Elemente mit Aufmachungen, die das Gericht als nahe liegende Lösungen bewertete. Insofern geht die Rüge fehl.

48. Meines Erachtens genügen diese Erwägungen, um diesen Teil des Rechtsmittelgrunds, so wie sich der Rechtsstreit darstellt, zurückzuweisen. Allerdings möchte ich hinzufügen, dass die Eintragungsbehörde durch nichts daran gehindert ist, für ihre Prüfung, ob ein Zeichen als Marke geeignet ist, bestimmte Elemente im Hinblick auf die Zukunft zu würdigen. So verhält es sich beispielsweise bei der Berücksichtigung eines allgemeinen Interesses an der Freihaltung eines Zeichens. Ein solches Allgemeininteresse ist im Rahmen des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung zu beurteilen. Dies steht in Einklang mit dieser Bestimmung, ebenso wie die Unterscheidungskraft (als Kategorie) eines dreidimensionalen Zeichens, das aus der Form der Ware selbst besteht, zu beurteilen ist⁹. So ist ein solches Zeichen unterscheidungskräftig, wenn es sich von der üblichen Aufmachung der Waren abhebt oder, was das gleiche ist, wenn der Verbraucher bei seiner Betrachtung nicht notwendig den Eindruck gewinnt, er nehme ein Exemplar der fraglichen Art oder Eigenschaften wahr.

⁹ — Wie es der Bundesgerichtshof in den Rechtsstreigkeiten tut, die dem Urteil vom 8. April 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-53/01 bis C-55/01 (Linde u. a., Slg. 2003, I-3161) zugrunde liegen.

2. Rügen zur potenziellen Unterscheidungskraft der streitigen Zeichen

49. Henkel meint, die Eignung eines Zeichens, als Herkunftshinweis zu dienen, könne nicht verneint werden, indem das Waren Umfeld betrachtet und nach etwaigen Ähnlichkeiten gesucht werde. Es dürfe nicht die Frage der Eintragungsfähigkeit einer Marke mit der Frage des Schutzbereichs oder der Verwechslungsfähigkeit vermischt werden.

50. Insoweit ist ein weiteres Mal daran zu erinnern, dass nichts in den angefochtenen Urteilen darauf hindeutet, dass das Gericht diese von der Rechtsmittelführerin benannte vergleichende Betrachtungsweise eingenommen hätte. Diese Unterlassung bildet im Übrigen eine der erhobenen Hauptprüfungen. Das Gericht hat es jedoch bevorzugt, auf den Kontrast der Zeichen mit dem Bild einer idealen Wiedergabe der Ware abzustellen.

51. Möglicherweise bezieht sich Henkel mit diesem Vorbringen auf die Diskussion über das Verhältnis zwischen den absoluten Eintragungshindernissen und dem relativen Schutzbereich der Marke nach Artikel 12 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94. In diesem Zusammenhang wird gewöhnlich dahin argumentiert, dass die Unterscheidungskraft eines Zeichens nicht übermäßig streng beurteilt zu werden brauche, da jedenfalls seine beschreibenden Elemente überhaupt keinen Schutz genießen. Ich hatte bereits Gelegenheit, darauf hinzu-

weisen, das nichts in Artikel 12 der Verordnung eine Verlagerung der Prüfung der Unterscheidungskraft einer Marke von den Stellen des Amtes im Zeitpunkt der Eintragung auf die Gerichte erlaubt, die die konkrete Ausübung der Rechte aus der Marke zu gewährleisten haben. Im Gegenteil, die detaillierte Auflistung von Schutzhindernissen in den Artikeln 4 und 7 und das umfassende System verfügbarer Rechtsbehelfe gegen die Zurückweisung einer Anmeldung deuten darauf hin, dass die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen mehr als nur summarischer Art zu sein hat. Auch rechtspolitisch erschiene eine solche Handhabung verfehlt, denn der Markeninhaber befindet sich in Rechtsstreitigkeiten, in denen Artikel 12 geltend gemacht wird, stets in einer vorteilhaften Lage, die sich sowohl dem Beharrungsvermögen, das das Vertrauen in schriftlich verbürgte Ausschließlichkeitsrechte erzeugt, als auch der in der Sache selbst liegenden Schwierigkeit verdankt, Beschreibendes von nicht Beschreibendem abzugrenzen¹⁰.

52. Wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 6. Mai 2003 in der Rechtssache C-104/01¹¹ in aller Klarheit bestätigt hat, betrifft Artikel 6 der Markenrichtlinie¹², der mit Artikel 12 der Verordnung inhaltlich identisch ist, die Beschränkung der Wirkungen der Marke, nachdem sie einmal eingetragen ist. Er hat außerdem hervorgehoben, dass eine auf ein Mindestmaß beschränkte Kontrolle der Eintragungshindernisse bei der Prüfung der Anmeldung mit der Begründung, der Gefahr einer Aneignung freizuhaltender Zeichen durch einen

einzelnen Wirtschaftsteilnehmer könne durch Beschränkungen bei der Durchsetzung der Rechte aus der eingetragenen Marke begegnet werden, letztlich der zuständigen Behörde die Aufgabe der Beurteilung der Eintragungshindernisse im Zeitpunkt der Eintragung der Marke nähme und auf die Gerichte übertrüge, die die Ausübung der Rechte aus der Marke im Einzelfall zu gewährleisten haben. Eine solche Auffassung ist mit dem System der Richtlinie unvereinbar, das auf einer der Eintragung vorausgegangen und nicht auf einer nachträglichen Kontrolle beruht. Die Richtlinie enthält keinen Anhaltspunkt, um aus ihrem Artikel 6 eine solche Folgerung zu ziehen. Im Gegenteil, die Zahl und die ausführliche Beschreibung der Eintragungshindernisse in den Artikeln 2 und 3 der Richtlinie sowie der breite Fächer an Rechtsbehelfen bei Ablehnung der Eintragung sprechen dafür, dass die Prüfung anlässlich des Antrags auf Eintragung nicht auf ein Mindestmaß beschränkt werden darf. Diese Prüfung muss streng und vollständig sein, um eine ungerechtfertigte Eintragung von Marken zu vermeiden¹³.

53. Das Gericht hat somit bei der Auslegung von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 keinen Rechtsfehler begangen.

54. Procter & Gamble widerspricht dieser Beurteilung. Ihrer Auffassung nach ist die Möglichkeit, dass sich die Verbraucher allgemein daran gewöhnen, eine Ware anhand ihrer Farben zu identifizieren, dem Bereich des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 und nicht Absatz 3 dieses Artikels zuzuordnen.

10 — Vgl. Nrn. 85 und 86 meiner Schlussanträge vom 15. Mai 2002 in der Rechtssache C-104/00 P (DKV/HABM [„Companyline“]), Slg. 2002, I-7561).

11 — Libertel (Slg. 2003, I-0000).

12 — Erste 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).

13 — Randnrn. 58 und 59 des Urteils.

55. Diese Rüge ist jedenfalls unbeachtlich, da mit ihr ein Teil der Argumentation des Gerichts angegriffen wird, der nicht entscheidungserheblich ist, ohne dass damit die — offenkundig fehlerfreie — Feststellung angefochten würde, wonach die bloße Möglichkeit, dass die Verbraucher die Gewohnheit einer Produktidentifizierung anhand der Farben des Produktes entwickeln werden, nicht genüge, um das Eintragungshindernis des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe b entfallen zu lassen.

56. Procter & Gamble trägt weiter vor, das Gericht sei irrig davon ausgegangen, dass es für die Beurteilung der fehlenden Eignung des angemeldeten Zeichens als Herkunftshinweis nicht darauf ankomme, die Zahl der auf dem Markt vorhandenen Tabletten mit gleichen Merkmalen zu ermitteln. Procter & Gamble macht geltend, dass die angemeldeten Formen, wenn es im Bezugszeitpunkt keine ähnlichen Tabletten auf dem Markt gegeben habe, sich deutlich abhoben und damit unterscheidungskräftig seien.

57. Die gerügte Feststellung des Gerichts ist jedoch nicht zu beanstanden: Erstens ist nicht die Zahl der auf dem Markt vorhandenen Produkte entscheidend, sondern deren Wahrnehmung durch den Durchschnittsverbraucher. Zweitens ist die Zahl der vorhandenen Produkte auch nicht geeignet, etwa den beschreibenden Charakter einer Marke im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung auszuräumen.

58. Aus diesen Gründen sind die genannten Rügen zurückzuweisen.

3. Rügen zur Bestimmung des Grades der vom Verbraucher aufgewandten Aufmerksamkeit

59. In den angefochtenen Urteilen wird die Feststellung der Beschwerdekammer bestätigt, dass der Grad der Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers in Bezug auf Form und Farben von Tabletten für Wasch- und Geschirrspülmaschinen, bei denen es sich um Waren des täglichen Verbrauchs handele, nicht hoch sei.

60. Zwar ist auch Henkel der Auffassung, dass der Grad der Aufmerksamkeit des durchschnittlichen Verbrauchers je nach Art der Ware variieren könne. Das Gericht habe aber verkannt, dass gerade bei Konsumartikeln des täglichen Verbrauchs von einem besonderen Interesse des Verbrauchers auszugehen sei, nicht nur zu wissen, um was für ein Produkt, sondern um welches Produkt es sich genau handele. Die Hersteller betonten in ihrer Werbung die Qualität der einzelnen Reinigungsmittel. Daher verbinde der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher mit bestimmten Produkten bestimmte Qualitätsanforderungen und versuche, die Produkte anhand ihres Aussehens voneinander zu unterscheiden.

61. Procter & Gamble meint, dass im Zeitpunkt der Anmeldung Tabletten für Geschirrspülmaschinen, und erst recht Tabletten für Waschmaschinen, keine Konsumartikel des täglichen Gebrauchs gewesen seien, da sie noch zum hochwertigen Marktsegment gehört hätten. Deshalb habe der Verbraucher ihnen gegenüber einen hohen Grad an Aufmerksamkeit aufgebracht. Ebenso wenig sei nachvollziehbar, dass die Aufmerksamkeit beim Kauf eines Artikels des täglichen Gebrauchs notwendig gering sein solle. Vielmehr richte der tägliche Verbrauch eines Produkts die Aufmerksamkeit gerade auf dessen Aufmachung und erzeuge damit einen hohen Grad der Aufmerksamkeit.

62. Wenn auch die Bestimmung der Bezugsperson für die Beurteilung der Unterscheidungskraft eines Zeichens eine Rechtsfrage ist, sind doch die mutmaßliche genaue Wahrnehmung eines bestimmten Produkttyps oder die genaue Einstufung dieser Produkte Tatfragen, die im Rechtsmittelverfahren nicht nachzuprüfen sind. Die Feststellungen des Gerichts in dieser Hinsicht sind daher nicht zu überprüfen.

Selbst wenn es sich hierbei um eine Beurteilung rechtlicher Art handelte, liegt meiner Auffassung nach in der Feststellung, dass der Aufmerksamkeitsgrad des Durchschnittsverbrauchers bei Artikeln des täglichen Gebrauchs geringer ist als im Fall von Luxusgütern oder einfach nur höherwertigen oder seltener gebrauchten Produkten,

ein fehlerfreier Schluss aus der Aussage, dass die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers je nach Art der betreffenden Waren oder Dienstleistungen unterschiedlich hoch ist¹⁴.

63. Procter & Gamble macht weiterhin geltend, dass der Zeitpunkt des Produktkaufs nicht der einzige für die Beurteilung der Unterscheidungskraft eines Zeichens maßgebende Zeitpunkt sei, denn dem Publikum werde, da die Produkte in ihrer Form nicht entsprechenden Verpackungen verkauft würden, eine bestimmte Aufmachung erst mittels Werbekampagnen oder auch des Gebrauchs der Tabletten selbst vertraut.

64. Die Rechtsmittelführerin wirft damit eine Frage auf, die, obgleich sie interessant ist, vor dem Gericht nicht erörtert wurde, so dass sie nicht als Rechtsmittelgrund gegen die angefochtenen Urteile angeführt werden kann.

65. Die Rügen zur Definition des Aufmerksamkeitsgrads der Verbraucher sind daher zurückzuweisen.

14 — Vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 22. Juni 1999 in der Rechtssache C-342/97 (Lloyd Schuhfabrik Meyer, Slg. 1999, I-3819, Randnr. 26).

4. *Rügen betreffend die konkrete Unterscheidungskraft*

66. Beide Rechtsmittelführerinnen sind der Auffassung, dass das Gericht mit seiner Feststellung, die angemeldeten Marken bestünden lediglich aus einer Kombination nahe liegender Gestaltungselemente, die Unterscheidungskraft anhand eines fehlerhaften Maßstabs geprüft habe. Henkel führt aus, dass richtigerweise nur zu prüfen gewesen wäre, ob die Formgestaltung Merkmale aufweise, die über die typischen Merkmale und eine technisch notwendige Gestaltung hinausgingen. Procter & Gamble meint, es wäre zu prüfen gewesen, ob sich die Form der Tabletten zur maßgebenden Zeit von der üblichen Aufmachung der fraglichen Reinigungsmittel deutlich unterschieden habe.

67. Henkel führt aus, es komme nicht darauf an, dass das Zeichen eine geometrische Grundform habe, da es für das gekennzeichnete Produkt ungewöhnlich sei.

68. Meiner Auffassung nach ist der vom Gericht gewählte Prüfungsmaßstab nicht nur fehlerfrei, sondern auch angemessener als der von den Rechtsmittelführerinnen befürwortete Maßstab. Durch den Vergleich der angemeldeten Zeichen nicht mit den im Verkehr vorhandenen Zeichen, sondern mit einem idealen Modell, das aus Elementen besteht, die, stellt man sich die Form der Ware vor, als nahe liegend

erscheinen, wird eine Prüfung vorgenommen, die auf objektiven Kriterien beruht und gleichzeitig nicht von Zufällen auf dem Markt abhängig ist.

69. Dass mit dieser Prüfung kein strengeres Kriterium angewandt wird als im Hinblick auf alle übrigen Zeichen, bedeutet nicht, dass sich mit einer solchen Beurteilungswiese den Besonderheiten, die diese Kategorie von eintragungsfähigen Zeichen aufweisen, nicht Rechnung tragen ließe. Die Befähigung des Verbrauchers, diese Zeichen von dem durch sie verkörperten Produkt sowie von anderen, ähnlichen Zeichen zu unterscheiden, entsteht definitionsgemäß erst mit dem Beginn der Vermarktung. Daher verschaffte das von den Rechtsmittelführerinnen bevorzugte Kriterium, wonach diese ungewöhnlichen Zeichen als unterscheidungskräftig zu beurteilen wären, den rascher handelnden Wirtschaftsteilnehmern einen übermäßigen Vorteil, denn sie könnten zu ihren Gunsten die am leichtesten herstellbaren und am besten vermarktbarsten Formen registrieren lassen.

70. Um dieser Gefahr vorzubeugen, und auch im Interesse einer effizienten Beurteilung der Unterscheidungskraft, ist die in den vorliegenden Fällen von der Beschwerdekammer angewandte Methode vorzuziehen, die durch die angefochtenen Urteile bestätigt und präzisiert wurde.

Wie ich wiederholen möchte, erscheint es mir vorzugswürdig, solche Fallgestaltungen unter Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 40/94 zu subsumieren,

womit der Prüfer der Frage nachgehen könnte, ob nicht die Gestaltung des angemeldeten Zeichens im Wesentlichen jener Vorstellung entspricht, die sich der Durchschnittsverbraucher von dem Produkt macht. Verhält es sich so, so wäre die Anmeldung nach Buchstabe c zurückzuweisen, da das Zeichen dann nichts anderes wäre als die Wiedergabe einer grafischen Darstellung des Produkts.

71. Die Prüfung anhand des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe c böte auch den Vorteil, dass zweifelsfrei ein Freihaltebedürfnis geltend gemacht werden könnte, womit der Prüfer bei seiner Aufgabe, die Eignung einer Form als Marke zu prüfen, auch Erwägungen im Hinblick auf die Zukunft anstellen dürfte. Es ist nämlich nicht sicher, dass ein solches Freihaltebedürfnis auch im Rahmen von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung berücksichtigt werden kann.

72. Die Rechtsmittelführerinnen tragen ferner vor, dass das Publikum die Farbkombination als individuelles Merkmal in der Aufmachung eines bestimmten Produktes wahrnehmen werde. Zur Verwendung einer konkreten Farbgebung wie Rot oder Grün weist Henkel darauf hin, es sei wesentlich, dass durch den ausschließlichen Gebrauch einer bestimmten Farbe für die streitigen Tabletten die Farbe mit dem Herkunftsunternehmen in Zusammenhang gebracht werden könnte.

73. Procter & Gamble macht zusätzlich geltend, dass das Gericht auch hätte prüfen müssen, ob den Tabletten nicht außer ihrer Form und Farbe auch ihre leicht gerundeten Ecken eine hinreichende Unterscheidungskraft verleihen könnten.

74. Diese Argumente richten sich indessen offenkundig gegen die Beurteilung, der das Gericht die materiellen Bestandteile, aus denen die Zeichen bestehen, unterzog. Diese Erwägungen gehören aber zu der originären Kompetenz des Gerichts, sich vom zugrunde liegenden Sachverhalt ein eigenes Bild zu machen; dies unterliegt daher nicht der Überprüfung im Rechtsmittelverfahren.

75. Ich bin mir des Umstands bewusst, dass in den Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten hinsichtlich des Wesens der Beurteilung, der die materiellen Bestandteile einer Marke unterzogen werden, eine gewisse Disparität besteht. Für die Lehre von der objektiv-normativen Auslegung handelt es sich dabei um eine Rechtsfrage, da der Ausgangspunkt der Prüfung nicht in während des Verfahrens ermittelten Tatsachen liegt, sondern in einem objektivierten Bezugsideal.

Ich denke, dass diese Sichtweise im Bereich der Marken keine effiziente Rechtspflege ermöglicht, da sie dem Ausnahmecharakter und spezifischen Wesen der Nachprüfung im Rechtsmittelverfahren zuwiderläuft: Zum einen wird dessen Bereich damit auf

praktisch sämtliche Rechtsstreitigkeiten ausgedehnt, in denen die Unterscheidungskraft eines Zeichens in Frage steht, und zum anderen würde der Gerichtshof damit zu dem Erlass eines Urteils verpflichtet, das in jeder Hinsicht der Entscheidung der drei Vorinstanzen vergleichbar wäre.

5. Rügen zur Berücksichtigung des Freihaltebedürfnisses

76. Henkel trägt vor, dass Gericht habe in seine Würdigung auch Erwägungen des so genannten „Freihaltebedürfnisses“ einbezogen. Nach dem Urteil vom 4. Mai 1999 in den verbundenen Rechtssachen C-108/97 und C-109/97¹⁵ dürfe ein Freihaltebedürfnis nur im Rahmen von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung hinsichtlich der in einem Zeichen enthaltenen beschreibenden Angaben berücksichtigt werden. Jedoch könnten weder die Farben noch die geometrischen Formen der in Frage stehenden Reinigungsmitteltabletten als für die Ware beschreibend angesehen werden.

77. Jedenfalls stehe der Eintragung der angemeldeten Form- und Farbkombination der Reinigungsmitteltabletten kein Freihaltebedürfnis entgegen. Die Form könne der Hersteller innerhalb bestimmter technischer Parameter frei wählen. Was die farbliche Gestaltung angehe, so verstehe sie der

Verbraucher nicht als technisch zwingende Angabe, sondern als beliebigen und fantasievollen Ausdruck einer Produktindividualität. Der Kombination beider Elemente stehe daher kein Freihaltebedürfnis entgegen. In diesem Zusammenhang sei zu verweisen auf das Urteil vom 20. September 2001 in der Rechtssache C-383/99¹⁶.

78. Wie ich oben bereits ausgeführt habe, erscheint es nicht sicher, dass die Gründe des Allgemeininteresses, aus denen die Zulassung bestimmter Zeichen zur Eintragung begrenzt werden sollte, damit diese für alle Wirtschaftsteilnehmer frei verfügbar bleiben (Freihaltebedürfnis), im Rahmen von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung berücksichtigt werden können. Das in dieser Bestimmung niedergelegte absolute Eintragungshindernis soll seinem Zweck nach von der Eintragung die Zeichen ausschließen, die keine konkrete Unterscheidungskraft haben, jene Zeichen also, in denen ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher nicht einen verlässlichen Hinweis auf eine bestimmte betriebliche Herkunft erkennen kann. Es besteht selbstverständlich ein öffentliches Interesse daran, es zu vermeiden, dass sich bestimmte Wirtschaftsteilnehmer dreidimensionale Formen aneignen, die aus ästhetischen oder technischen Gründen zweckmäßig sind, oder für sich Zeichen monopolisieren, die das Produkt selbst, seine tatsächlichen oder mutmaßlichen Eigenschaften oder sonstigen Merkmale wie seinen Herkunftsort beschreiben können. Diese Erwägungen liegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben c und e der Verordnung Nr. 40/94 zugrunde.

15 — Windsurfing Chiemsee (Slg. 1999, I-2779).

16 — Procter & Gamble/HABM (Baby-dry) (Slg. 2001, I-6251).

79. Es ist ferner ein analoges öffentliches Interesse daran anzuerkennen, dass die im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten üblichen Zeichen für jedermann frei verfügbar bleiben; ihre Eintragung wird durch Buchstabe d untersagt.

80. Jedoch erscheint es nicht angebracht, einen so umfassenden Schutz auch auf Zeichen zu erstrecken, die, ohne beschreibend zu sein, aus anderen Gründen der spezifischen Unterscheidungskraft erman- geln. Ich glaube nicht, dass ein allgemeines Interesse daran besteht, dem Bereich der freien Verfügbarkeit auch Zeichen vorzu- behalten, die nicht geeignet sind, die betriebl- iche Herkunft der damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen erken- nen zu lassen.

Denn jedes absolute Eintragungshindernis ist im Licht des Allgemeininteresses aus- zulegen, das ihm jeweils zugrunde liegt¹⁷.

81. Im Urteil Libertel hat der Gerichtshof zu Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Markenrichtlinie darauf hingewiesen, dass im Fall einer Eintragung von Farben als solchen ohne räumliche Begrenzung als Marke die geringe Zahl der tatsächlich verfügbaren Farben zur Folge haben kann, dass wenige Markeninhaber den gesamten verfügbaren Bestand erschöpfen. Ein sol-

ches Monopol wäre mit dem System eines unverfälschten Wettbewerbs unvereinbar, da es einen unzulässigen Wettbewerbsvor- teil begründete. Es wäre auch für die wirtschaftliche Entwicklung und die unter- nehmerische Initiative nicht förderlich, wenn bereits etablierte Wirtschaftsteilneh- mer alle tatsächlich verfügbaren Farben zum Nachteil neuer Wirtschaftsteilnehmer für sich eintragen lassen könnten.¹⁸

Diese Erwägungen, denen — wie in dem Urteil selbst ausgeführt wird — die be- grenzte Anzahl der seitens der Verbraucher praktisch identifizierbaren Farben zugrunde liegt, lassen sich indessen auf den Rege- lungsbereich der Marken, die aus der Form der Ware selbst bestehen, nicht übertragen¹⁹.

82. Dennoch erscheint die von Henkel erhobene Rüge unbegründet. Ich stimme zwar damit überein, dass es, streng genom- men, als regelwidrig erscheinen kann, wenn im Rahmen von Artikel 7 Absatz 1 Buch- stabe b der Verordnung Nr. 40/94 das Freihaltebedürfnis geltend gemacht wird, und ich teile insoweit nicht die in den angefochtenen Urteilen getroffenen Feststel- lung, dass „sich in den absoluten Eintra- gungshindernissen des Artikels 7 Absatz 1

18 — Urteil Libertel (zitiert oben in Nr. 52, Randnr. 54).

19 — In der mündlichen Verhandlung hat der Bevollmächtigte des Amtes eine Auslegung vorgeschlagen, wonach im Rahmen von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b Erfordernisse eines Freihaltebedürfnisses berücksichtigt werden könnten. Diese Überlegungen gehen dahin, dass bestimmte Zeichen wie Grundformen oder Grundfarben ein Minimum an Unterscheidungskraft nicht erreichen und demgemäß für jedermann frei verfügbar bleiben müssten. Allerdings wären damit — wie der Bevollmächtigte selbst eingeräumt hat — die Variablen in der Gleichung umzukehren.

17 — Urteil vom 18. Juni 2002 in der Rechtssache C-299/99 (Philips, Slg. 2002, I-5475, Randnr. 77).

Buchstaben b bis e der Verordnung Nr. 40/94 das Bestreben des Gemeinschaftsgesetzgebers äußert, die Anerkennung ausschließlicher Rechte zugunsten eines Wirtschaftsteilnehmers zu verhindern, wenn hierdurch der Wettbewerb auf dem Markt der betreffenden Waren oder Dienstleistungen beeinträchtigt werden könnte“²⁰.

Dennoch bin ich nicht der Auffassung, dass das Gericht dieses Beurteilungskriterium in den angefochtenen Urteilen fehlerhaft angewandt hätte. Vielmehr hat es, indem es sich auf den Begriff der nahe liegenden Form stützte, die Unterscheidungskraft anhand einer idealen Modellvorstellung vom Produkt oder, wenn man dies vorzieht, der intuitiven Vorstellung vom Produkt abgegrenzt, anstatt auf die auf dem Markt bereits verfügbaren Produkte abzustellen.

83. Wie ausgeführt, erscheint mir diese Prüfungsweise in besonderem Maß sachgerecht, soweit die Eignung dreidimensionaler, aus der Form der Ware selbst bestehender Zeichen als Marke in Frage steht. In solchen Fällen besteht kein entfernter Vergleichspunkt, solange das fragliche Produkt noch nicht existiert.

84. Schließlich erscheint dies auch nicht als weniger verlässlich oder in höherem Maße subjektiv als etwa die Bezugnahme auf den Durchschnittsverbraucher, dessen mutmaßliche Wahrnehmung der Gerichtshof im Wege einer juristischen Begriffsbildung zum Maßstab erhoben hat²¹. Schließlich erscheint diese Prüfungsweise, wird sie angemessen vorgenommen, in der Sache objektivierbar. Für die vorliegenden Rechtsachen ist es kennzeichnend, dass die Rechtsmittelführerinnen, nach deren Vorbringen die Reinigungsmitteltabletten im Zeitpunkt ihrer Anmeldungen nicht gebräuchlich waren, eingeräumt haben, dass dies mittlerweile der Fall ist. Das ist vielleicht der beste Beweis dafür, dass die gewählte Prüfungsweise die richtige ist.

85. Auch diese Rüge kann daher nicht durchgreifen.

Kosten

86. Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung, der nach Artikel 118 im Rechtsmittelverfahren entsprechende Anwendung findet, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Werden daher, wie ich vorschlage, alle Rügen der Rechtsmittelführerinnen in den verschiedenen Rechtsachen zurückgewiesen, so sind ihnen die Kosten der Rechtsmittel aufzulegen.

21 — Denn das Faktenmaterial — das etwa durch Sachverständigengutachten oder Meinungsumfragen gewonnen wird — besitzt ungeachtet seiner Legitimität (vgl. Urteil vom 4. Mai 1999 in den verbundenen Rechtsachen C-108/97 und C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Slg. 1999, I-2779, Randnr. 53) nur indiziellem Wert (vgl. Urteil vom 16. Juli 1998 in der Rechtssache C-210/96, Gut Springenheide und Tusky, Slg. 1998, I-4657, Randnrn. 31 bis 36).

20 — Vgl. oben, Nr. 35.

Ergebnis

87. Da meiner Auffassung nach keine der gegen die angefochtenen Urteile vorgebrachten Rügen stichhaltig ist, schlage ich vor, alle vorliegenden Rechtsmittel zurückzuweisen und den Rechtsmittelführerinnen die Kosten aufzuerlegen.