

URTEIL DES GERICHTS (Zweite Kammer)

19. September 2001 \*

In der Rechtssache T-30/00

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

Klägerin,

gegen

**Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt** (Marken, Muster und Modelle), ver-  
treten durch A. von Mühlendahl, D. Schennen und S. Laitinen als Bevoll-  
mächtigte,

Beklagte,

\* Verfahrenssprache: Deutsch.

betreffend eine Klage gegen die der Klägerin am 10. Dezember 1999 mitgeteilte Entscheidung der Dritten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) vom 25. November 1999 (Sache R 75/1999-3)

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ  
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Zweite Kammer)

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

Kanzler: D. Christensen, Verwaltungsrätin

aufgrund der am 16. Februar 2000 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 4. Mai 2000 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung,

auf die mündliche Verhandlung vom 5. April 2001,

folgendes

## Urteil

### Vorgeschichte des Rechtsstreits

- 1 Die Klägerin reichte am 2. Juni 1998 gemäß der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) in ihrer geänderten Fassung die Anmeldung einer Gemeinschaftsmarke beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (im Folgenden: Amt) ein.
  
- 2 Die Klägerin kreuzte in dem Teil des Anmeldeformulars, der für die Angabe der Art der angemeldeten Marke vorgesehen war, das Feld „Bildmarke“ an. Die Marke, deren Eintragung begehrt wurde, ist die perspektivische Wiedergabe einer rechteckigen Tablette mit leicht abgerundeten Ecken, die zwei Schichten aufweist, deren Farben — Weiß (unterer Teil) und Rot (oberer Teil) — ebenfalls beansprucht werden.
  
- 3 Die Waren und Dienstleistungen, für die die Eintragung begehrt wird, gehören zu den Klassen 3 und 42 im Sinne des Abkommens von Nizza über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken vom 15. Juni 1957 in seiner revidierten und geänderten Fassung und entsprechen folgender Beschreibung: „Wasch- und Geschirrspülmittel in Tablettenform“ und „Forschung auf dem Gebiet der Wasch- und Spülmittel“. Die Klägerin bean-

spruchte ein Prioritätsrecht aufgrund einer in Deutschland eingereichten Anmeldung.

- 4 Mit Bescheid 14. Juli 1998 beanstandete der Prüfer diesen Prioritätsanspruch unter Hinweis darauf, dass die in Deutschland eingereichte Anmeldung eine dreidimensionale Marke betroffen habe. Mit am 17. Juli 1998 beim Amt eingegangenem Schreiben wies die Klägerin darauf hin, dass ihre am 2. Juni 1998 eingereichte Anmeldung tatsächlich auf die Eintragung einer dreidimensionalen Marke gerichtet gewesen sei.
- 5 Mit Bescheid vom 1. Dezember 1998 beanstandete der Prüfer die Gemeinschaftsmarkenanmeldung gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94.
- 6 Die Klägerin äußerte sich mit Eingabe vom 3. Dezember 1998. Mit Eingabe vom 6. Januar 1999 an das Amt wies die Klägerin darauf hin, dass eine Anmeldung eines Wettbewerbers für ähnliche Waschmitteltabletten im Blatt für Gemeinschaftsmarken veröffentlicht worden sei.
- 7 Mit Entscheidung vom 26. Januar 1999 wies der Prüfer die Anmeldung gemäß Artikel 38 der Verordnung Nr. 40/94 mit der Begründung zurück, die angemeldete dreidimensionale Marke habe keine Unterscheidungskraft.
- 8 Am 5. Februar 1999 legte die Klägerin gemäß Artikel 59 der Verordnung Nr. 40/94 Beschwerde gegen die Entscheidung des Prüfers beim Amt ein.

- 9 Nachdem die Klägerin von der Beschwerdekammer aufgefordert worden war, zur Änderung der Anmeldung im laufenden Verfahren und zur Möglichkeit einer solchen Änderung Stellung zu nehmen, teilte sie mit, die Anmeldung solle so behandelt werden, dass sie auf die Eintragung einer Bildmarke oder einer Farbmarke gerichtet sei.
- 10 Mit Entscheidung vom 25. November 1999 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) hob die Dritte Beschwerdekammer die Entscheidung des Prüfers insoweit auf, als die Ablehnung der Eintragung die zur Klasse 42 des Abkommens von Nizza gehörenden Dienstleistungen betraf; zur Begründung führte sie aus, die Marke weise hinsichtlich dieser Dienstleistungen das gebotene Mindestmaß an Unterscheidungskraft auf. Im Übrigen wies sie die Beschwerde zurück.
- 11 Die Beschwerdekammer hielt die Entscheidung des Prüfers insofern für irrig, als dieser sich nicht zu der ursprünglich angemeldeten Bildmarke, sondern zu einer dreidimensionalen Marke geäußert habe; die Änderung der Art der Marke sei aber nach Festsetzung des Anmeldetags nicht zulässig. Die Beschwerdekammer sah ihre Zuständigkeit für die Entscheidung über die Anmeldung einer Bildmarke gleichwohl nach Artikel 62 Absatz 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 40/94 als gegeben an.
- 12 Die Beschwerdekammer vertrat im Wesentlichen die Auffassung, Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 stehe der Eintragung der angemeldeten Marke für Wasch- und Geschirrspülmittel entgegen. Um eintragungsfähig zu sein, müsse eine Marke die angemeldeten Waren nach ihrer betrieblichen Herkunft und nicht nach ihrer Beschaffenheit unterscheidbar machen. Einer Bildmarke, die aus einer naturgetreuen Wiedergabe einer Ware bestehe, könne nicht von vornherein jede Unterscheidungskraft abgesprochen werden. Das setze jedoch voraus, dass die Form der Ware eine hinreichend eigenartige und einprägsame Ausgestaltung aufweise und aus dem verkehrsüblichen Rahmen falle. Angesichts des Risikos, das damit verbunden sei, dass dem Markeninhaber durch den Schutz der Darstellung der Ware ein Monopol für diese eingeräumt werde, sei bei der Beurteilung der Frage der Unterscheidungskraft ein eher strenger Maßstab anzulegen. Diesen erhöhten Anforderungen ge-

nüge die Markenmeldung im vorliegenden Fall nicht. Die von der Klägerin angemeldete Darstellung habe eine Ware zum Gegenstand, deren Form keine außerordentlich spezielle oder ungewöhnliche Gestaltung aufweise, sondern in den Bereich der auf dem fraglichen Markt typischen Grundformen gehöre. Auch die farbliche Gestaltung — rot und weiß — könne der beanspruchten Abbildung keine Eigentümlichkeit vermitteln. Außerdem könnten weder die mangelnde Einheitlichkeit der Entscheidungspraxis des Amtes noch die von der Klägerin angeführten Voreintragungen für die Entscheidung des Amtes eine bindende Wirkung haben.

### Anträge der Parteien

13 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

— dem Amt die Kosten aufzuerlegen.

14 Das Amt beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— die Kosten der Klägerin aufzuerlegen.

## Rechtslage

- 15 Vorab ist festzustellen, dass die Beschwerde der Klägerin mit der angefochtenen Entscheidung nur teilweise, in Nummer 3 des verfügenden Teils, zurückgewiesen worden ist. Nur diese Nummer kann daher Gegenstand der vorliegenden Aufhebungsklage sein.
- 16 Die Klägerin macht zwei Klagegründe geltend. Der erste Klagegrund wird auf einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 gestützt, der zweite auf einen Ermessensmissbrauch und eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung.

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

## Vorbringen der Parteien

- 17 Die Klägerin trägt vor, die Beschwerdekammer habe verkannt, dass die von ihr angemeldete Marke Unterscheidungskraft habe; denn schon ein geringer Grad an Unterscheidungskraft genüge für die Schutzfähigkeit einer Marke nach der Verordnung Nr. 40/94. Ausgangspunkt für die Beurteilung der Unterscheidungskraft einer Bildmarke, auf der eine Ware naturgetreu zu erkennen sei, sei die Ware selbst.
- 18 Die angemeldete Marke sei aufgrund ihrer Farbgebung unterscheidungskräftig; auch Farben seien nach der Verordnung Nr. 40/94 als Marken eintragungsfähig.

Nach einer Literaturmeinung dürfe die Zulassung von Farben und Farbzusammenstellungen als Marke nicht durch eine restriktive Anwendung der Schutzhindernisse konterkariert werden.

- 19 Die angemeldete Marke habe auch wegen der Form der dargestellten Ware Unterscheidungskraft; daher sei die Auffassung der Beschwerdekammer zu beanstanden, dass diese Form eine eigenartige und einprägsame Ausgestaltung, d. h. eine Originalität aufweisen müsse, die aus dem verkehrüblichen Rahmen falle. Ob die Form der Ware besondere Eigentümlichkeit oder Originalität aufweise, sei nur bei der Prüfung der Schutzvoraussetzungen für ein Geschmacksmusterrecht (Designschutz) entscheidend. Für die Unterscheidungskraft einer in einer Wiedergabe der Ware bestehenden Bildmarke komme es hingegen nur darauf an, ob diese Wiedergabe, die durch eine bestimmte Kombination aus Form und Farben gekennzeichnet sei, vom Verkehr als Herkunftshinweis für diese Ware aufgefasst werden könne.
- 20 Das sei hier der Fall, da die Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke anhand der für Bildmarken geltenden Kriterien zu prüfen sei. Für deren Eintragungsfähigkeit reiche schon eine ganz minimale Unterscheidungskraft aus, und das gelte auch für eine Bildmarke, die aus der Abbildung der Ware bestehe und nicht nur die Form der Ware, sondern, wie im vorliegenden Fall, auch weitere Merkmale, wie eine bestimmte Farbe, wiedergebe. Zwischen dreidimensionalen Marken und Bildmarken bestehe ein Unterschied. Während bei dreidimensionalen Marken die Unterscheidungskraft durch die konkrete Form der Ware begründet werde, träten bei Bildmarken einschließlich solcher, die nur in der naturgetreuen Wiedergabe der Ware bestünden, die neben der Form vorhandenen kennzeichnenden Merkmale, wie etwa die Farbgebung, stärker hervor. Daher komme der Bildmarke eine auf die Herkunft der Ware hinweisende Funktion nicht in erster Linie durch die Produktform, sondern durch die Kombination aller auf der Abbildung sichtbaren spezifischen Markenelemente zu. Außerdem träten in der Praxis zu der eigentlichen Bildmarke in der Regel weitere kennzeichnende Merkmale, wie etwa der Produktname oder die Ausstattung einer Verpackung, hinzu. Diese Merkmale verstärkten die Fähigkeit der Bildmarke, auf die Herkunft der Ware hinzuweisen.

- 21 Überdies hindere die Eintragung eines aus der Abbildung einer Ware bestehenden Bildzeichens, das neben der Form noch andere kennzeichnende Merkmale aufweise, die Wettbewerber des Inhabers dieser Bildmarke nicht daran, die Form des abgebildeten Produkts für ihre eigenen Produkte zu benutzen, sofern diese Wettbewerber bei diesen Produkten zusätzlich andere unterscheidungskräftige Merkmale, wie etwa eine andere Farbkombination, verwendeten. Die Eintragung einer zweidimensionalen Bildmarke führe daher nicht in gleicher Weise wie die einer dreidimensionalen Marke zu einem — dem Markenrecht grundsätzlich fremden — Formenschutz für die Waren. Aufgrund dieser Wesensverschiedenheit zwischen den beiden Markenarten seien an Bildmarken geringere Anforderungen zu stellen als an dreidimensionale Marken.
- 22 Die Klägerin beschreibt die Entwicklung der verschiedenen Darreichungsformen von Wasch- und Geschirrspülmitteln. Sie weist darauf hin, dass die Darreichung in der Form zweifarbiger Tabletten recht neu sei und dass bei solchen Tabletten vielfältige Formen möglich seien. Auch bei der Wahl der Farben und ihrer Anordnung auf der Tablette gebe es viele verschiedene Möglichkeiten.
- 23 Die Marktsituation bei diesen Erzeugnissen sei dadurch gekennzeichnet, dass es nur wenige größere Hersteller gebe und dass die Zahl der auf den einzelnen nationalen Märkten in Form von zweifarbigen Tabletten angebotenen Erzeugnisse sehr begrenzt sei. Daher hätten die Verbraucher die in Form von zweifarbigen Tabletten dargereichten Waschmittelprodukte von Anfang an einer ganz begrenzten Zahl von Markenartikelherstellern zugeordnet, zu denen auch die Klägerin zähle. Diese Erwartungshaltung des Verbrauchers sei durch intensive und nachhaltige Werbung bestärkt und verfestigt worden, bei der die zweifarbige Darreichungsform hervorgehoben worden sei, die für das Aussehen der Ware und die spezifische Form der Waschmitteltabletten charakteristisch sei. Die Klägerin verweist auf die für diese Werbung aufgewandten hohen Kosten und auf den mit den betreffenden Erzeugnissen erzielten Umsatz.
- 24 Die Verhältnisse auf dem Markt seien überschaubar; alle Hersteller hätten ein Interesse daran, ihre Produkte durch eine bestimmte Form- und Farbgebung von

denjenigen anderer Hersteller zu unterscheiden und ihre Produkte in dieser Form auch auf den Verpackungen sichtbar zu machen. Die Auffassung, dass bei einer Bildmarke eine spezifische Form- und Farbkombination als solche ungeeignet sei, als Herkunftshinweis für die betreffende Ware zu dienen, sei daher nicht vertretbar. Hiervon sei die Frage nach dem Schutzbereich einer solchen Marke zu trennen. Dass dieser im Einzelfall sehr eng sein könne, rechtfertige es nicht, einer eine bestimmte Form- und Farbkombination aufweisenden Bildmarke von vornherein jede Unterscheidungskraft abzusprechen.

- 25 Die Beschwerdekammer habe in den Randnummern 22 und 23 der angefochtenen Entscheidung irrig angenommen, dass an die Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke deshalb erhöhte Anforderungen zu stellen seien, weil die Abbildung einer für Waschmaschinen bestimmten Tablette für die angesprochenen Verkehrskreise lediglich die angebotene spezielle Darreichungsform der Ware und nicht einen Hinweis auf die Herkunft erkennen lasse. Die Beschwerdekammer habe in Randnummer 23 der angefochtenen Entscheidung auf die Wahrnehmung des „flüchtigen“ Endverbrauchers anstatt richtigerweise auf die eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abgestellt. Dieser werde nämlich beim Anblick der angemeldeten Marke erkennen, dass die abgebildete Tablette nicht nur auf die Darreichungsform der Ware, sondern durch eine spezifische Form- und Farbgebung auch auf die Herkunft hinweise.
- 26 Die Klägerin bezieht sich unter Vorlage einer umfangreichen Dokumentation auf verschiedene nationale und internationale Markenmeldungen für Wasch- und Geschirrspülmittel in Tablettenform, von denen einige zu Eintragungen geführt hätten. Sie beruft sich des Weiteren auf die Veröffentlichung der Anmeldung Nr. 924 829 einer dreidimensionalen Gemeinschaftsmarke durch das Amt, die sich als Wasch- und Geschirrspülmitteltablette darstelle. Daraus folge, dass alle namhaften Markenartikelhersteller von Wasch- und Geschirrspülmitteln in der Form- und Farbgebung der Tabletten stets einen klaren Hinweis auf den Hersteller im Sinne von Unterscheidungskraft erblickt und dass mehrere Markenämter die Markenfähigkeit der Tabletten anerkannt hätten. Außerdem verweist

die Klägerin auf eine Entscheidung eines italienischen Gerichts, in der die Schutzfähigkeit einer dreidimensionalen Marke anerkannt worden sei, die aus einer zweifarbigen Tablette für Waschmaschinen bestehe.

- 27 Die Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke sei zum Zeitpunkt der Anmeldung zu prüfen, so dass derjenige, der diese Unterscheidungskraft bestreiten wolle, nicht geltend machen könne, die Wettbewerber der Klägerin hätten nach diesem Zeitpunkt ähnliche Formen und Farben verwendet. Auf diesen Punkt komme es in der vorliegenden Rechtssache jedoch nicht entscheidend an, da sie der einzige Hersteller von Tabletten für Wasch- und Geschirrspülmaschinen sei, die aus einer roten und einer weißen Schicht bestünden.
- 28 Schließlich habe die angemeldete Marke insbesondere angesichts ihrer einmaligen Farbkombination (rot/weiß) für ihr Produkt Somat „Profi“ Unterscheidungskraft aufgrund Benutzung gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 erlangt.
- 29 Das Amt legt erstens dar, die im vorliegenden Fall angemeldete Marke sei eine Bildmarke, die aus der naturgetreuen Wiedergabe der Form der Ware bestehe. Die hier von der Klägerin eingereichte Wiedergabe der Marke unterscheide sich durch nichts von derjenigen, um die es in der Rechtssache T-335/99 gehe (dreidimensionale Marke in Form einer rot-weißen rechteckigen Tablette). Es sei also zunächst zu klären, nach welchen Grundsätzen sich die Eintragung dreidimensionaler Marken richte, und sodann, ob andere Grundsätze gälten, wenn die Abbildung der Ware nicht als dreidimensionale Marke, sondern als Bildmarke beansprucht werde, und ob mithin an die Unterscheidungskraft geringere Anforderungen zu stellen seien. Das Amt legt die für die Eintragung dreidimensionaler Marken geltenden Grundsätze dar, wobei es auf die verschiedenen Eintragungshindernisse Bezug nimmt, die in diesem Zusammenhang von Bedeutung sein können.

- 30 Nach Ansicht des Amtes hat eine Marke dann Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94, wenn sie die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet worden ist, nach ihrer Herkunft und nicht nach ihrer Beschaffenheit oder sonstigen Merkmalen unterscheidbar macht.
- 31 Die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft einer Bildmarke, die, wie im vorliegenden Fall, aus der naturgetreuen Wiedergabe der Ware selbst bestehe, unterschieden sich nicht von den Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die aus der Form der Ware bestünden.
- 32 Die von der Beschwerdekammer in der angefochtenen Entscheidung verwendeten Formulierungen, die so verstanden werden könnten, dass bei einer aus der naturgegebenen Wiedergabe der Ware bestehenden Bildmarke strengere Maßstäbe anzulegen seien (Randnrn. 21 und 22 der angefochtenen Entscheidung), seien missverständlich, doch komme es auf diesen Punkt für die angefochtene Entscheidung nicht an. Im vorliegenden Fall habe die Beschwerdekammer die Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke zu Recht verneint.
- 33 Zweitens wendet sich das Amt der Prüfung der angemeldeten Marke zu.
- 34 Die rechteckige Form der Tablette, wie sie auf der beanspruchten Darstellung sichtbar werde, sei nicht ungewöhnlich, sondern vielmehr banal und marktüblich.

- 35 Was die Farbgebung angehe, so verleihe die Hinzufügung einer roten Farbschicht dem angemeldeten Zeichen keine Unterscheidungskraft. Eine Farbkombination liege nicht vor, wenn der Grundfarbe (weiß oder grau) des Wasch- oder Geschirrspülmittels eine einzige weitere Farbe hinzugefügt worden sei.
- 36 Die beanspruchte Farbe sei eine der Grundfarben. Alle auf dem Markt vorhandenen zweischichtigen Tabletten wiesen eine Schicht auf, die mit einer der Grundfarben (rot, grün oder blau) eingefärbt sei.
- 37 Die auf den einzelnen Schichten oder Teilen der Tabletten angebrachten Farben wiesen auf das Vorhandensein verschiedener Wirkstoffe hin und dienten somit der Information des Verbrauchers über die Eigenschaften der Ware, was durch die Werbung für die fraglichen Tabletten hervorgehoben werde. Außerdem ergebe sich aus der Art und Weise der Verwendung der Tabletten, dass der Verbraucher deren Farben nicht als Hinweis auf die Herkunft der Ware ansehe.
- 38 Die Auffassung der Klägerin, eher die Abbildung der Ware auf der Verpackung als die Form der Ware selbst werde als Herkunftshinweis wahrgenommen, sei unzutreffend. Eine solche Darstellung, der, wie der angemeldeten Marke, jedes zusätzliche Element fehle, ermögliche es dem Verbraucher lediglich, sich über den Inhalt der Verpackung zu informieren, während er sich auf die Wortmarke auf der Verpackung stütze, um die mit dieser bezeichnete Ware von denjenigen anderer Hersteller zu unterscheiden.
- 39 Das Argument der Klägerin, sie sei das einzige Unternehmen, das rot-weiße Tabletten herstelle, gehe fehl. Erwägungen, die die Benutzung der Marke betrafen, gehörten zur Prüfung nach Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94; diese Bestimmung sei von der Klägerin erstmals in der Klageschrift und damit verspätet angeführt worden. Außerdem habe die Klägerin nicht nachgewiesen, dass die

angemeldete Marke vor dem Anmeldetag in allen Mitgliedstaaten Unterscheidungskraft erlangt habe.

40 Daraus, dass die Wettbewerber der Klägerin für ihre Tabletten andere Farben gewählt hätten, lasse sich nicht herleiten, dass diese Farben es ermöglichten, diese Waren nach ihrer Herkunft zu unterscheiden. Die Wahl unterschiedlicher Farben erkläre sich aus den zahlreichen Markenmeldungen, die für Wasch- und Geschirrspülmittel seit ihrer nur kurze Zeit zurückliegenden Einführung auf dem Markt bei den verschiedenen Markenämtern der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft eingereicht worden seien. Da einige nationale Markenämter Markenschutz gewährt hätten, sei es für einen Hersteller unangebracht, seine Ware vor einer gerichtlichen Klärung in einer Form darzubieten, die einer für einen Wettbewerber eingetragenen oder von diesem auch nur angemeldeten Marke entspreche.

41 Was drittens die Eintragung dreidimensionaler, aus der Form einer Tablette für Wasch- oder Geschirrspülmaschinen bestehender Marken durch nationale Markenämter der Mitgliedstaaten angehe, so sei die Praxis dieser Ämter nicht einheitlich.

42 Für die Beurteilung der Unterscheidungskraft der Marke sei auf den Zeitpunkt der Eintragung abzustellen. Bereits vor der vorliegenden Markenmeldung hätten Wettbewerber der Klägerin rechteckige Tabletten auf den Markt gebracht.

#### Würdigung durch das Gericht

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

- 44 Im vorliegenden Fall besteht die Marke, deren Eintragung begehrt wird, aus der Darstellung einer Waschmittel- oder Geschirrspülmitteltablette, d. h. der Wiedergabe der Ware selbst.
- 45 Wie die Beschwerdekammer zu Recht festgestellt hat, kann auch einer naturgetreuen grafischen oder fotografischen Darstellung der Ware selbst die Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 nicht von vornherein abgesprochen werden.
- 46 Nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 sind „Marken, die keine Unterscheidungskraft haben“, von der Eintragung ausgeschlossen. Bei Marken, die eine Unterscheidung der Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung begehrt wird, ihrer Herkunft nach zulassen, ist die Unterscheidungskraft zu bejahen. Dabei ist es nicht notwendig, dass die Marke genaue Angaben über die Identität des Herstellers der Ware oder des Erbringers der Dienstleistungen vermittelt. Es genügt vielmehr, dass sie den angesprochenen Verkehrskreisen eine Unterscheidung der mit ihr bezeichneten Ware oder Dienstleistung von den Waren oder Dienstleistungen anderer betrieblicher Herkunft ermöglicht und den Schluss zulässt, dass alle mit ihr bezeichneten Waren oder Dienstleistungen unter der Kontrolle des Inhabers dieser Marke hergestellt, vertrieben oder geliefert bzw. erbracht worden sind, der für ihre Qualität verantwortlich gemacht werden kann (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofes vom 29. September 1998 in der Rechtssache C-39/97, Slg. 1998, I-5507, Randnr. 28).
- 47 Dem Wortlaut des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 ist zu entnehmen, dass das in diesem Artikel bezeichnete Eintragungshindernis schon bei einem Mindestmaß an Unterscheidungskraft nicht greift. Es ist daher — im Wege einer Prognose und ohne Berücksichtigung der etwaigen Benutzung des Zeichens im Sinne von Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 — zu prüfen, ob die angemeldete Marke es den angesprochenen Verkehrskreisen zum Zeitpunkt der Kaufentscheidung ermöglicht, die fraglichen Waren von denjenigen anderer betrieblicher Herkunft zu unterscheiden.

- 48 Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 unterscheidet nicht zwischen verschiedenen Markenkategorien. Die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft von Bildmarken, die in der Wiedergabe der Ware selbst bestehen, sind somit keine anderen als die für die übrigen Markenkategorien geltenden.
- 49 Im Rahmen der Anwendung dieser Kriterien ist jedoch zu berücksichtigen, dass im Fall einer Bildmarke, die in der naturgetreuen Wiedergabe der Ware selbst besteht, die Wahrnehmung durch die angesprochenen Verkehrskreise nicht notwendig die gleiche ist wie bei einer Wortmarke oder einer Bild- oder dreidimensionalen Marke, die nicht die Ware naturgetreu wiedergibt. Während nämlich diese Marken von den angesprochenen Verkehrskreisen gewöhnlich unmittelbar als herkunftskennzeichnende Zeichen wahrgenommen werden, gilt nicht notwendig das Gleiche für den Fall, dass das Zeichen mit dem äußeren Erscheinungsbild der Ware selbst übereinstimmt. Daraus folgt, dass die Beurteilung der Unterscheidungskraft bei dreidimensionalen Marken, die in der Darreichungsform der Ware selbst bestehen, und bei Bildmarken, die in der naturgetreuen Wiedergabe derselben Ware bestehen, nicht zu einem unterschiedlichen Ergebnis führen kann.
- 50 Die Beschwerdekammer hat, was die Wahrnehmung durch die angesprochenen Verkehrskreise angeht, zu Recht darauf hingewiesen, dass die Waren, für die die Markeneintragung im vorliegenden Fall abgelehnt worden ist, nämlich Wasch- und Geschirrspülmittel in Tablettenform, weit verbreitete Konsumgüter seien. Die von diesen Waren angesprochenen Verkehrskreise sind alle Verbraucher. Bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke ist daher auf die mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen (in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofes vom 16. Juli 1998 in der Rechtssache C-210/96, Gut Springenheide und Tusky, Slg. 1998, I-4657, Randnrn. 30 bis 32).
- 51 Die Wahrnehmung der Marke durch die angesprochenen Verkehrskreise wird zunächst durch den Grad der Aufmerksamkeit des durchschnittlichen Ver-

brauchers beeinflusst, der je nach Art der betreffenden Waren oder Dienstleistungen unterschiedlich hoch sein kann (vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 22. Juli 1999 in der Rechtssache C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Slg. 1999, I-3819, Randnr. 26). Hierzu hat die Beschwerdekammer zu Recht die Auffassung vertreten, dass der Grad der Aufmerksamkeit des durchschnittlichen Verbrauchers in Bezug auf das äußere Erscheinungsbild von Reinigungsmitteltabletten, bei denen es sich um Waren des täglichen Verbrauchs handelt, nicht hoch ist.

- 52 Um beurteilen zu können, ob die beanspruchte Darstellung angesichts der Kombination von Form und Farbgebung der wiedergegebenen Tablette im Verkehr als Herkunftshinweis wahrgenommen werden kann, ist der von dieser Darstellung hervorgerufene Gesamteindruck zu untersuchen (in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofes vom 11. November 1997 in der Rechtssache C-251/95, SABEL, Slg. 1997, I-6191, Randnr. 23), was nicht unvereinbar damit ist, die einzelnen verwendeten Gestaltungselemente nacheinander zu prüfen. Bei einer in einer naturgetreuen Wiedergabe der Ware bestehenden Marke ist zum einen zu prüfen, ob die Aufmachung der wiedergegebenen Ware als solche im Verkehr eine einprägsame Wirkung haben kann, und zum anderen, ob die Art und Weise, in der die Ware dargestellt wird, eine Besonderheit aufweist, die geeignet ist, auf die Herkunft der Ware hinzuweisen.
- 53 Die auf der Abbildung, deren Eintragung beantragt worden ist, dargestellte Form einer rechteckigen Tablette zählt zu den geometrischen Grundformen und stellt für eine für Wasch- oder Geschirrspülmaschinen bestimmte Tablette eine der nahe liegenden Formen dar. Die leicht abgerundeten Ecken der Tablette entsprechen praktischen Erwägungen und sind nicht geeignet, vom Durchschnittsverbraucher als Besonderheit der betreffenden Form wahrgenommen zu werden, durch die sich die Tablette von anderen Wasch- oder Geschirrspülmitteltabletten unterscheiden könnte.
- 54 Was das Vorhandensein zweier Schichten, einer weißen und einer roten, angeht, so sind die angesprochenen Verkehrskreise bei Reinigungsmitteln an das Vorliegen verschiedenfarbiger Bestandteile gewöhnt. Pulver, die der herkömmlichen

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

- 55 Der Umstand, dass im vorliegenden Fall die farbigen Teilchen nicht gleichmäßig über die ganze dargestellte Tablette verteilt sind, sondern sich konzentriert in ihrem oberen Teil befinden, genügt nicht für die Annahme, dass das äußere Erscheinungsbild der Tablette als Hinweis auf die Herkunft der Ware aufgefasst werden kann. Bei der Kombination verschiedener Stoffe in einem tablettenförmigen Wasch- oder Geschirrspülmittel stellt nämlich die Hinzufügung einer Schicht eine der am nächsten liegenden Lösungen dar.
- 56 Hierbei ist es unerheblich, dass die Klägerin das einzige Unternehmen ist, das für aus zwei Schichten bestehende Tabletten die Farbe Rot verwendet. Die Verwendung von Grundfarben wie Blau oder Grün ist bei Reinigungsmitteln üblich und sogar typisch. Der Rückgriff auf andere Grundfarben, wie Rot oder Gelb, gehört zu den nahe liegenden Abwandlungen der typischen Aufmachung dieser Waren.

- 57 Daraus folgt, dass die Darreichungsform der Ware, deren Darstellung die angemeldete Marke ausmacht, aus einer Kombination nahe liegender und für die fragliche Ware typischer Gestaltungselemente besteht.
- 58 Zudem sind andere Kombinationen dieser Gestaltungselemente möglich, die durch eine Abwandlung der geometrischen Grundformen oder dadurch erreicht werden können, dass der Grundfarbe der Ware eine weitere Grundfarbe hinzugefügt wird, die in einer Schicht der Tablette oder in Sprenkeln sichtbar wird. Aus den sich hieraus ergebenden Abweichungen des äußeren Erscheinungsbilds der verschiedenen Tabletten kann noch nicht geschlossen werden, dass jede einzelne dieser Tabletten oder ihre Darstellung einen Hinweis auf die Herkunft der Ware enthält, wenn es sich — wie im vorliegenden Fall — um nahe liegende Abwandlungen der Grundformen der Ware handelt.
- 59 Die Darstellung, deren Eintragung begehrt wird, zeigt eine Tablette in perspektivischer Ansicht. Diese Perspektive führt zu einer gewissen Verzerrung der Form der Tablette. Die Art und Weise der Darstellung weicht daher im vorliegenden Fall leicht von einer völlig naturgetreuen Wiedergabe ab. Wie die Klägerin jedoch in der mündlichen Verhandlung selbst eingeräumt hat, ist diese perspektivische Ansicht der Tablette nicht dazu angetan, der angemeldeten Marke Unterscheidungskraft zu verleihen. Diese Ansicht stellt keine Besonderheit dar, die sich dem Verbraucher so einprägen könnte, dass er dadurch die dargestellte Tablette von anderen Wasch- oder Geschirrspülmitteltabletten unterscheiden könnte.
- 60 Angesichts des durch die Form und die farbliche Gestaltung der dargestellten Tablette hervorgerufenen Gesamteindrucks ermöglicht die angemeldete Marke es den angesprochenen Verkehrskreisen zum Zeitpunkt der Kaufentscheidung nicht, die fraglichen Waren von solchen anderer betrieblicher Herkunft zu unterscheiden.

- 61 Die im Wege einer Prognose und unabhängig von ihrer tatsächlichen Benutzung festgestellte fehlende Eignung der angemeldeten Marke, auf die Herkunft der Ware hinzuweisen, wird auch nicht durch die mehr oder weniger große Zahl von Tabletten beeinflusst, die es auf dem Markt bereits gibt und die der hier dargestellten Tablette ähnlich sind. Im vorliegenden Fall braucht daher nicht entschieden zu werden, ob die Unterscheidungskraft der Marke zum Zeitpunkt der Anmeldung oder zu dem der tatsächlichen Eintragung zu beurteilen ist.
- 62 Was sodann die Argumente angeht, die von der Klägerin auf die Entscheidungspraxis der nationalen Markenämter und die Anerkennung der Unterscheidungskraft einer aus einer zweifarbigen Tablette für Waschmaschinen bestehenden dreidimensionalen Marke durch die Entscheidung eines italienischen Gerichts gestützt werden, so stellen die in den Mitgliedstaaten bereits vorliegenden Eintragungen nur einen Umstand dar, der für die Eintragung einer Gemeinschaftsmarke lediglich berücksichtigt werden kann, ohne entscheidend zu sein (Urteile des Gerichts vom 16. Februar 2000 in der Rechtssache T-122/99, Procter & Gamble/HABM [Form einer Seife], Slg. 2000, II-265, Randnr. 61, und vom 31. Januar 2001 in der Rechtssache T-24/00, Sunrider/HABM [VITALITE], Slg. 2001, II-449, Randnr. 33). Gleiches gilt für die Rechtsprechung der Gerichte der Mitgliedstaaten. Außerdem ist den Antworten des Amtes auf die Fragen des Gerichts zu entnehmen, dass die Entscheidungspraxis der nationalen Markenämter in Bezug auf dreidimensionale Marken, die aus Wasch- und Geschirrspülmitteltabletten bestehen, nicht einheitlich ist. Infolgedessen kann der Beschwerdekammer nicht vorgeworfen werden, diese Praxis und die nationale Rechtsprechung missachtet zu haben.
- 63 Demgemäß ist die Beschwerdekammer zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die angemeldete Bildmarke keine Unterscheidungskraft hat.
- 64 Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft einer aus der Darstellung der Ware selbst bestehenden Bildmarke nicht strenger sind als diejenigen, die für andere Kategorien von Marken gelten.

- 65 Die Erwägungen, die die Beschwerdekammer zu der Feststellung veranlasst haben, dass der angemeldeten Marke die Unterscheidungskraft fehlt, rechtfertigen nämlich die gleiche Schlussfolgerung im Hinblick auf die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft, die für alle Marken unabhängig davon gelten, ob es sich um Wort-, Bild- oder dreidimensionale Marken handelt.
- 66 Die Klägerin macht, ohne ausdrücklich einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 zu rügen, weiter geltend, die angemeldete Marke habe Unterscheidungskraft aufgrund ihrer Benutzung. Da dieses Vorbringen vor der Beschwerdekammer nicht geltend gemacht worden ist, ist dem Gericht seine Prüfung verwehrt (vgl. Urteil des Gerichts vom 8. Juli 1999 in der Rechtssache T-163/98, Procter & Gamble/HABM [BABY-DRY], Slg. 1999, II-2383, Randnrn. 48 bis 51).

*Zum Klagegrund eines Ermessensmissbrauchs und einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung*

Vorbringen der Parteien

- 67 Die Klägerin stützt den Klagegrund eines Ermessensmissbrauchs darauf, dass das Amt die Veröffentlichung bestimmter Anmeldungen von ihrer Marke ähnlichen Gemeinschaftsmarken für die gleichen oder im näheren Umfeld liegende Waren

zugelassen habe. Sie führt insbesondere die Gemeinschaftsmarkenmeldung Nr. 809 830 der Firma Benckiser N.V. an. Damit habe die Beschwerdekammer den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt.

- 68 Außerdem stehe die angefochtene Entscheidung im Widerspruch zu dem obersten Sinn und Zweck allen Gemeinschaftsrechts im Allgemeinen und der Gemeinschaftsmarkenverordnung im Besonderen, die die Harmonisierung des Markenrechts auf Gemeinschaftsebene bezwecke. Dieses Ziel einer Harmonisierung könne nur dann wirklich erreicht werden, wenn das Markenrecht einheitlich ausgelegt werde.
- 69 Das Amt weist darauf hin, dass die Markenmeldung, auf die sich die Klägerin stützt, nicht zu einer Eintragung geführt habe. Aber selbst wenn es die Marke tatsächlich eingetragen hätte, wäre eine solche Entscheidung jedenfalls fehlerhaft und könnte von der Klägerin nicht herangezogen werden, um den Erlass einer Entscheidung zu verlangen, die eine Wiederholung des Fehlers darstellen würde.

### Würdigung durch das Gericht

- 70 Der Begriff des Ermessensmissbrauchs hat im Gemeinschaftsrecht eine präzise Bedeutung; er bezieht sich auf eine Situation, in der eine Verwaltungsbehörde ihre Befugnisse zu einem anderen Zweck als demjenigen ausübt, zu dem sie ihr übertragen worden sind. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Entscheidung nur dann ermessensmissbräuchlich, wenn aufgrund objektiver, schlüssiger und übereinstimmender Indizien anzunehmen ist, dass sie zu anderen als den ange-

gegebenen Zwecken getroffen wurde (vgl. u. a. Urteil des Gerichts vom 24. April 1996 in den verbundenen Rechtssachen T-551/93, T-231/94, T-232/94, T-233/94 und T-234/94, *Industrias Pesqueras Campos u. a./Kommission*, Slg. 1996, II-247, Randnr. 168). Die Klägerin hat nichts dafür vorgetragen, dass der Erlass der angefochtenen Entscheidung einem anderen Zweck als dem gedient hätte, nachzuprüfen, ob die angemeldete Marke die in der Verordnung Nr. 40/94 vorgesehenen Eintragungsvoraussetzungen erfüllte.

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

## Kosten

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

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Jede Partei trägt ihre eigenen Kosten.

Meij

Potocki

Pirrung

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

Der Kanzler

Der Präsident

H. Jung

A. W. H. Meij