

URTEIL DES GERICHTSHOFES (Zweite Kammer)

7. Oktober 2004*

In der Rechtssache C-136/02 P

betreffend ein Rechtsmittel nach Artikel 49 der EG-Satzung des Gerichtshofes,

eingelegt am 8. April 2002,

Mag Instrument Inc. mit Sitz in Ontario, Kalifornien (Vereinigte Staaten von Amerika), Prozessbevollmächtigte: zunächst Rechtsanwälte A. Nette, G. Rahn, W. von der Osten-Sacken und H. Stratmann, dann Rechtsanwälte W. von der Osten-Sacken, U. Hocke und A. Spranger,

Rechtsmittelführerin,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

anderer Verfahrensbeteiligter:

Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle),
vertreten durch D. Schennen als Bevollmächtigten,

Beklagter im ersten Rechtszug,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten C. W. A. Timmermans, der Richter
C. Gulmann, J.-P. Puissochet und J. N. Cunha Rodrigues sowie der Richterin
F. Macken (Berichterstatlerin),

Generalanwalt: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
Kanzler: L. Hewlett, Hauptverwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom
5. Februar 2004,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 16. März
2004

folgendes

Urteil

- 1 Mit ihrem Rechtsmittel beantragt die Mag Instrument Inc. die Aufhebung des Urteils des Gerichts erster Instanz vom 7. Februar 2002 in der Rechtssache T-88/00 (Mag Instrument/HABM [Form von Taschenlampen], Slg. 2002, II-467, im Folgenden: angefochtenes Urteil), mit dem das Gericht ihre Klage auf Aufhebung der Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (im Folgenden: Amt) vom 14. Februar 2000 (Sachen R-237/1999-2 bis R-41/1999-2) abgewiesen hat, mit der die Eintragung von fünf in den Formen von Taschenlampen bestehenden dreidimensionalen Marken abgelehnt wurde (im Folgenden: streitige Entscheidung).

Rechtlicher Rahmen

- 2 Die Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) sieht in ihrem Artikel 7 — „Absolute Eintragungshindernisse“ — vor:

„(1) Von der Eintragung ausgeschlossen sind

...

b) Marken, die keine Unterscheidungskraft haben,

...

(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 des Rechtsstreits

- 3 Am 29. März 1996 reichte die Rechtsmittelführerin beim Amt gemäß der Verordnung Nr. 40/94 fünf Anmeldungen von dreidimensionalen Gemeinschaftsmarken ein.

- 4 Die dreidimensionalen Marken, deren Eintragung beantragt wurde, entsprechen den Formen der fünf nachfolgend abgebildeten Taschenlampen, die von der Rechtsmittelführerin vertrieben werden.



„3 C-Cell Mag-Lite“



„3 D-Cell Mag-Lite“



„Mag Charger“



„Mini Maglite“



„Solitaire“

- 5 Die Waren, für die die Eintragung begehrt wird, gehören zu den Klassen 9 und 11 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: „Zubehör für Beleuchtungsapparate, insbesondere für Taschenlampen“ und „Beleuchtungsapparate, insbesondere Taschenlampen, einschließlich Teile und Zubehör für die vorstehend genannten Waren“.
- 6 Mit drei Entscheidungen vom 11. März 1999 und zwei Entscheidungen vom 15. März 1999 wies der Prüfer des Amtes die Anmeldungen mit der Begründung zurück, die Marken hätten keine Unterscheidungskraft.
- 7 Mit der streitigen Entscheidung bestätigte die Zweite Beschwerdekammer des Amtes die Entscheidungen des Prüfers.
- 8 In dieser Entscheidung verwies die Beschwerdekammer auf Artikel 4 der Verordnung Nr. 40/94 und führte aus, mangels Benutzung müsse die bloße Form einer Ware, wenn sie als ein Herkunftszeichen für die Ware fungieren solle, Merkmale aufweisen, durch die sie sich hinreichend von der gewöhnlichen Form der Ware unterscheide, so dass ein potenzieller Käufer sie in erster Linie als Herkunftsangabe und nicht als Verkörperung der Ware selbst ansehe. Außerdem vertrat sie die Ansicht, dass die Form, wenn sie sich nicht hinreichend von der gewöhnlichen Form der Ware unterscheide und der potenzielle Käufer daher allein die Verkörperung der Ware in ihr sehe, beschreibend sei und ebenso wie ein Wort, das allein aus dem Namen der Ware bestehe, in den Anwendungsbereich von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 40/94 falle. Entscheidend sei, ob der durchschnittliche Taschenlampenkäufer bei Betrachtung einer der fraglichen Marken sofort erkennen würde, dass es sich um eine Taschenlampe bestimmter Herkunft und nicht um irgendeine andere handele. Die Tatsache, dass das Design der Waren der Rechtsmittelführerin attraktiv sei, führe nicht notwendigerweise dazu, dass es von sich aus unterscheidungskräftig sei. Daraus, dass ein Zeichen nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 zurückgewiesen werden

müsse, wenn es keine Unterscheidungskraft habe, folge nicht, dass eine Marke mit der kleinsten Andeutung von Unterscheidungskraft eingetragen werden müsse. Aus den der Verordnung Nr. 40/94 zugrunde liegenden Prinzipien ergebe sich, dass ein solches Maß an Unterscheidungskraft erforderlich sei, dass die Marke als Herkunftsangabe fungieren könne. Trotz der zahlreichen attraktiven Merkmale jeder Form sei folglich keine von ihnen von sich aus für einen durchschnittlichen Taschenlampenkäufer unterscheidungskräftig.

Verfahren vor dem Gericht und angefochtenes Urteil

- 9 Die Rechtsmittelführerin erhob beim Gericht Klage auf Aufhebung der streitigen Entscheidung mit der Begründung, dass es den angemeldeten Marken nicht an Unterscheidungskraft fehle.

- 10 Neben anderen Argumenten brachte sie eine Reihe von Indizien vor, die in den Randnummern 18, 19, 21 und 22 des angefochtenen Urteils beschrieben werden und aus denen sich ergeben soll, dass es den fraglichen Marken nicht an Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 fehlt. Zunächst legte sie ein Gutachten von Professor Stefan Lengyel „zur eigentümlichen, schöpferischen und unterscheidungskräftigen Formgestaltung der streitigen Taschenlampen“ vor, in dem jeder der genannten Formen Unterscheidungskraft zugesprochen werde. Sodann machte sie geltend, dass die Unterscheidungskraft der zur Eintragung angemeldeten Formen international anerkannt sei, wovon die häufige Erwähnung der genannten Lampen in einer Reihe von Werken, ihre Präsenz in den Sammlungen verschiedener Museen und die Auszeichnung mit internationalen Preisen zeugten. Schließlich werde die Eignung der angemeldeten Marken als Hinweis auf die Herkunft der Ware dadurch belegt, dass ihr Nachahmungen ihrer Originalleuchten von Verbrauchern zur Reparatur geschickt worden seien, obwohl darauf nicht der Name „Mag Lite“ gestanden habe, sowie dadurch, dass die Urheber dieser Nachahmungen häufig mit Hilfe des Originaldesigns der Taschenlampen Mag Lite Werbung für ihre Waren machten.

11 Das Amt machte im Wesentlichen geltend, dass die fraglichen Formen als üblich anzusehen seien und daher nicht die der Marke zugewiesene Herkunftsfunktion ausüben könnten.

12 Das Gericht entschied, dass die Zweite Beschwerdekammer des Amtes zu Recht zu dem Ergebnis gelangt sei, dass die fraglichen dreidimensionalen Marken keine Unterscheidungskraft hätten, und zwar aus folgenden Gründen:

„28 Gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 sind ‚Marken, die keine Unterscheidungskraft haben‘, von der Eintragung ausgeschlossen.

29 Eine Marke hat Unterscheidungskraft, wenn sie es ermöglicht, die Waren oder Dienstleistungen, für die ihre Eintragung beantragt worden ist, nach ihrer Herkunft zu unterscheiden.

30 Die Unterscheidungskraft einer Marke ist zum einen in Bezug auf die Waren und Dienstleistungen und zum anderen im Hinblick auf die Wahrnehmung durch die angesprochenen Verkehrskreise, nämlich die Verbraucher dieser Waren und Dienstleistungen, zu beurteilen.

...

- 32 Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94, dem zufolge Marken, die keine Unterscheidungskraft haben, von der Eintragung ausgeschlossen sind, unterscheidet außerdem nicht zwischen verschiedenen Kategorien von Marken. Daher sind bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die wie die im vorliegenden Fall angemeldeten Zeichen aus der Form der Waren selbst bestehen, keine strengeren Kriterien anzuwenden als gegenüber anderen Markenkategorien.
- 33 Bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft einer Marke sind jedoch alle einschlägigen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Zu diesen Umständen gehört, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Natur der Marke, deren Eintragung beantragt wird, die Wahrnehmung der Marke durch die angesprochenen Verkehrskreise beeinflusst.
- 34 Wie sich aus dem Wortlaut des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 ergibt, genügt außerdem der Nachweis, dass die Marke ein Minimum an Unterscheidungskraft besitzt, um dieses absolute Eintragungshindernis zu überwinden. Daher ist — im Rahmen einer Prognose und unabhängig von jeder tatsächlichen Benutzung des Zeichens im Sinne von Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 — zu ermitteln, ob die angemeldete Marke es den angesprochenen Verkehrskreisen ermöglicht, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden, wenn sie beim Erwerb solcher Waren oder Dienstleistungen ihre Wahl treffen müssen.
- 35 Die Unterscheidungskraft von Marken ist unter Berücksichtigung der mutmaßlichen Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers zu beurteilen (Urteile des Gerichtshofes vom 22. Juni 1999 in der Rechtssache C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Slg. 1999, I-3819, Randnr. 26, und des Gerichts vom 7. Juni 2001 in der

Rechtssache T-359/99, DKV/HABM [EuroHealth], Slg. 2001, II-1645, Randnr. 27). Die Waren, deren Form hier zur Eintragung als Marke angemeldet wurde, fünf Taschenlampen, sind Güter des allgemeinen Verbrauchs, so dass als angesprochene Verkehrskreise alle Verbraucher anzusehen sind.

- 36 Zur Frage, ob die fünf Taschenlampenformen, deren Eintragung als Marke beantragt wurde, sich dem Gedächtnis des durchschnittlichen Verbrauchers als Herkunftsangabe einprägen können, d. h. so, dass sie die Waren individualisieren und sie mit der Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen verbinden, ist zunächst festzustellen, dass sie durch ihre zylindrische Gestaltung gekennzeichnet sind. Diese zylindrische Form ist eine der gewöhnlichen Formen von Taschenlampen. In vier der eingereichten Anmeldungen weitet sich der zylindrische Körper der Taschenlampen an dem Ende, an dem sich die Glühbirne befindet, während die Lampe in der fünften Anmeldung keine derartige Ausweitung aufweist, sondern rein zylindrisch ist. In allen Anmeldungen haben die Marken Formen, die gewöhnlich auch von anderen auf dem Markt tätigen Taschenlampenherstellern verwendet werden. Die angemeldeten Marken geben dem Verbraucher somit eher einen Hinweis auf eine Ware und ermöglichen es nicht, diese Ware zu individualisieren und mit der Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen zu verbinden.
- 37 Was sodann die Merkmale angeht, die die Klägerin für ihre Auffassung anführt, dass die als Marken angemeldeten Formen von sich aus geeignet seien, ihre Waren von denen ihrer Wettbewerber zu unterscheiden, darunter insbesondere ihr hoher ästhetischer Gehalt und ihr von seltener Originalität zeugendes Design, ist festzustellen, dass solche Formen aufgrund dieser Merkmale eher als Varianten einer der gewöhnlichen Formen von Taschenlampen erscheinen denn als Formen, die geeignet sind, die betreffenden Waren zu individualisieren und von sich aus auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen hinzuweisen. Der Verbraucher ist an den Anblick von Formen gewöhnt, die den vorliegenden entsprechen und eine große Designvielfalt aufweisen. Die Formen, deren Eintragung beantragt worden ist, unterscheiden sich nicht von den Formen des gleichen Typs von Waren, die gemeinhin im Handel angetroffen werden. Daher trifft die Behauptung der Klägerin nicht zu, die Besonderheiten

der fraglichen Taschenlampenformen, darunter namentlich ihr ästhetischer Gehalt, lenkten die Aufmerksamkeit des durchschnittlichen Verbrauchers auf die betriebliche Herkunft der Waren.

...

39 Dass sich der Verbraucher möglicherweise daran gewöhnt hat, die Waren der Klägerin allein aufgrund ihrer Form wieder zu erkennen, schließt im vorliegenden Fall nicht die Anwendung des absoluten Eintragungshindernisses gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 aus. Eine solche Wahrnehmung der angemeldeten Marken wäre nur im Rahmen des Artikels 7 Absatz 3 dieser Verordnung zu berücksichtigen, auf den sich die Klägerin zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens berufen hat. Alle von der Klägerin vorgelegten, oben in den Randnummern 17 bis 19, 21 und 22 aufgeführten Beweismittel für die Unterscheidungskraft der angemeldeten Marken beziehen sich nur darauf, dass die betreffenden Taschenlampen nach ihrer Benutzung möglicherweise eine solche Unterscheidungskraft erworben haben, und sind daher für die Beurteilung der Frage, ob ihnen von sich aus Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 zukommt, ohne Bedeutung.

40 Nach alledem können die im vorliegenden Fall angemeldeten dreidimensionalen Marken so, wie sie von einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher wahrgenommen werden, die betreffenden Waren weder individualisieren noch von denen anderer Unternehmen unterscheiden.

...“

- 13 Daher hat das Gericht die Klage der Rechtsmittelführerin abgewiesen und dieser die Kosten des Verfahrens auferlegt.

Das Rechtsmittel

- 14 Mit ihrem Rechtsmittel, das sie auf sieben Gründe stützt, beantragt die Rechtsmittelführerin,
- das angefochtene Urteil unter Feststellung, dass absolute Eintragungshindernisse nach Artikel 7 der Verordnung Nr. 40/94 hinsichtlich der Anmeldung der fraglichen Marken nicht bestehen, aufzuheben;

 - die streitige Entscheidung aufzuheben;

 - dem Amt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.
- 15 Das Amt beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen und der Rechtsmittelführerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Zum ersten Rechtsmittelgrund

Vorbringen der Beteiligten

- 16 Mit ihrem ersten Rechtsmittelgrund trägt die Rechtsmittelführerin vor, dass das Gericht bei seiner Beurteilung der Unterscheidungskraft der fraglichen Marken nicht den von jeder der Marken hervorgerufenen Gesamteindruck analysiert habe, wie es dies hätte tun müssen, sondern in Randnummer 36 des angefochtenen Urteils den fehlerhaften Ansatz verfolgt habe, die genannten Marken zu zergliedern, indem es festgestellt habe, dass sie durch „ihre zylindrische Gestaltung gekennzeichnet“ seien und sich in vier der eingereichten Anmeldungen „der zylindrische Körper der Taschenlampen an dem Ende, an dem sich die Glühbirne befindet, [weitert]“. Damit habe das Gericht gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen.
- 17 Die Rechtsmittelführerin, die die Merkmale der fraglichen Taschenlampen äußerst detailliert beschreibt, macht geltend, wenn das Gericht nachgeforscht hätte, welche optischen und ästhetischen Gesichtspunkte die jeweils angemeldeten Marken in ihrer Gesamtheit prägten, wäre es zwangsläufig zu dem Ergebnis gelangt, dass die fraglichen Marken unterscheidungskräftig seien.
- 18 Das Amt trägt vor, dass es vielmehr die Rechtsmittelführerin sei, die mit ihren detaillierten Beschreibungen der genannten Taschenlampen den fehlerhaften Ansatz verfolge, die Form zu zergliedern.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 19 Die Unterscheidungskraft einer Marke im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 ist zum einen im Hinblick auf die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet worden ist, und zum anderen im Hinblick auf die Anschauung der maßgeblichen Verkehrskreise zu beurteilen. Dabei handelt es sich um die mutmaßliche Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren oder Dienstleistungen (vgl. in diesem Sinne zu Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken [ABl. 1989, L 40, S. 1], einer Bestimmung, die mit Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 identisch ist, Urteil vom 12. Februar 2004 in der Rechtssache C-218/01, Henkel, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 50, und die dort zitierte Rechtsprechung; vgl. auch Urteil vom 29. April 2004 in den Rechtssachen C-456/01 P und C-457/01 P, Henkel/HABM, Slg. 2004, I-5089, Randnr. 35, und die dort zitierte Rechtsprechung).
- 20 Wie der Gerichtshof in zahlreichen Entscheidungen festgestellt hat, nimmt der Durchschnittsverbraucher eine Marke normalerweise als Ganzes wahr und achtet nicht auf die verschiedenen Einzelheiten. Um zu beurteilen, ob eine Marke unterscheidungskräftig ist, ist daher auf den von ihr hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen (vgl. für eine Wortmarke Urteil vom 19. September 2002 in der Rechtssache C-104/00 P, DKV/HABM, Slg. 2002, I-7561, Randnr. 24, und für eine aus der Form der Ware selbst bestehende dreidimensionale Marke Urteil vom 29. April 2004 in den Rechtssachen C-468/01 P bis C-472/01 P, Procter & Gamble/HABM, Slg. 2004, I-5141, Randnr. 44).
- 21 Die Feststellungen des Gerichts in den Randnummern 36 und 37 des angefochtenen Urteils zielen nicht darauf ab, die einzelnen fraglichen Marken zu zergliedern, sondern vielmehr darauf, den von der jeweiligen Marke hervorgerufenen Gesamteindruck zu untersuchen. Der Vorwurf der Rechtsmittelführerin, das Gericht habe es unterlassen, die Unterscheidungskraft jeder Marke in ihrer Gesamtheit zu prüfen, ist daher unbegründet.

- 22 Nach alledem ist der erste Rechtsmittelgrund als nicht stichhaltig zurückzuweisen.

Zum sechsten Rechtsmittelgrund

Vorbringen der Beteiligten

- 23 Mit ihrem sechsten Rechtsmittelgrund trägt die Rechtsmittelführerin vor, das Gericht habe gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen, indem es bei der Prüfung der Unterscheidungskraft der fraglichen Marken von der Verordnung nicht vorgegebene und zu strenge Prüfungsmaßstäbe angewandt habe.
- 24 Ebenso wie bei Wortmarken (Urteil vom 20. September 2001 in der Rechtssache C-383/99 P, Procter & Gamble/HABM, „Baby-dry“, Slg. 2001, I-6251, Randnr. 40) genüge jede erkennbare Abweichung von den üblichen Waren, um der dreidimensionalen Marke, die in der Form der Ware bestehe, für die die Eintragung beantragt werde, Unterscheidungskraft zu verleihen.
- 25 Da das Gericht in Randnummer 37 des angefochtenen Urteils festgestellt habe, dass die fraglichen Formen „als Varianten einer der gewöhnlichen Formen von Taschenlampen erscheinen“, hätte es demnach den Schluss ziehen müssen, dass die fraglichen Marken Unterscheidungskraft hätten, da Varianten zwangsläufig Abwandlungen seien.

- 26 Das Amt erkennt an, dass bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft von dreidimensionalen Marken keine strengeren Kriterien anzuwenden seien als gegenüber anderen Markenkategorien. Doch habe das Gericht in Randnummer 33 des angefochtenen Urteils zu Recht ausgeführt, dass die Natur der Marke, deren Eintragung beantragt werde, die Wahrnehmung der Marke durch die angesprochenen Verkehrskreise beeinflusse.
- 27 Der Verbraucher verbinde regelmäßig mit der dreidimensionalen Form einer Ware keine genaue Vorstellung über eine bestimmte Herkunft dieser Ware; er nehme diese Form vielmehr als technisch oder ästhetisch vorteilhaft oder neutral wahr. Damit der Verbraucher die Form der Ware selbst als herkunftskennzeichnend wahrnehme, reiche es nicht aus, dass sie sich von allen anderen auf dem Markt befindlichen Warenformen in irgendeiner Weise unterscheide, sondern sie müsse eine wie auch immer geartete, die Aufmerksamkeit erregende „Besonderheit“ aufweisen. Deshalb fehle es an der Unterscheidungskraft der Form der Ware jedenfalls dann, wenn die Form für die betreffenden Waren banal sei und sich im Rahmen der für diese Waren üblichen Formgebung halte.
- 28 Im vorliegenden Fall habe das Gericht die genannten Kriterien korrekt auf die Marken angewandt, deren Eintragung von der Rechtsmittelführerin beantragt worden sei.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 29 Unterscheidungskraft einer Marke im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 bedeutet, dass diese Marke geeignet ist, die Waren oder

Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren oder Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Urteil Henkel/HABM, Randnr. 34, und die dort zitierte Rechtsprechung).

30 Die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die in der Form der Ware selbst bestehen, sind nicht anders als die für die übrigen Markenkategorien geltenden. Im Zusammenhang mit der Anwendung dieser Kriterien ist jedoch festzustellen, dass eine dreidimensionale Marke, die in der Form der Ware selbst besteht, von den maßgeblichen Verkehrskreisen nicht notwendig in gleicher Weise wahrgenommen wird wie eine Wort- oder Bildmarke, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der mit der Marke bezeichneten Waren unabhängig ist. In der Tat schließen die Durchschnittsverbraucher aus der Form der Waren oder der ihrer Verpackung, wenn grafische oder Wortelemente fehlen, gewöhnlich nicht auf die Herkunft dieser Waren; daher kann es schwieriger sein, die Unterscheidungskraft einer solchen dreidimensionalen Marke nachzuweisen als diejenige einer Wort- oder Bildmarke (Urteil Henkel/HABM, Randnr. 38, und die dort zitierte Rechtsprechung).

31 Je mehr sich die angemeldete Form der Form annähert, in der die betreffende Ware am wahrscheinlichsten in Erscheinung tritt, umso eher ist zu erwarten, dass dieser Form die Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 fehlt. Nur eine Marke, die erheblich von der Norm oder der Branchenüblichkeit abweicht und deshalb ihre wesentliche herkunftskennzeichnende Funktion erfüllt, besitzt auch Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung (Urteil Henkel/HABM, Randnr. 39, und die dort zitierte Rechtsprechung).

32 Wenn eine dreidimensionale Marke in der Form der Ware besteht, für die sie angemeldet wird, reicht demnach der bloße Umstand, dass diese Form eine „Variante“ der üblichen Formen dieser Warengattung ist, entgegen dem Vorbringen der Rechtsmittelführerin nicht aus, um zu belegen, dass es der genannten Marke nicht an Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der

Verordnung Nr. 40/94 fehlt. Es ist immer zu prüfen, ob diese Marke es dem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der fraglichen Ware erlaubt, diese — ohne eine Prüfung vorzunehmen und ohne besonders aufmerksam zu sein — von Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden.

- 33 Die Rechtsmittelführerin weist somit nicht nach, dass das Gericht nicht vorgesehene und zu strenge Kriterien angewandt hat, indem es den fraglichen dreidimensionalen Marken die Unterscheidungskraft abgesprochen hat.
- 34 Folglich ist der sechste Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen.

Zum siebten Rechtsmittelgrund

Vorbringen der Beteiligten

- 35 Mit ihrem siebten Rechtsmittelgrund trägt die Rechtsmittelführerin vor, das Gericht habe gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen, indem es seine Verneinung einer Unterscheidungskraft der fraglichen Marken in Randnummer 37 des angefochtenen Urteils auf die Feststellung gestützt habe, dass „[d]er Verbraucher ... an den Anblick von Formen gewöhnt [ist], die den vorliegenden entsprechen und eine große Designvielfalt aufweisen“.
- 36 Selbst wenn diese Annahme zuträfe, so ließe dies hinsichtlich der Wahrnehmung der Marken durch den Verbraucher zwei gegensätzliche Schlussfolgerungen zu. Entweder sei dem Verbraucher die Gestaltungsform als Herkunftshinweis gleich-

gültig, weil er generell „an den Anblick von Formen gewöhnt [ist]“. Diese Schlussfolgerung verbiete sich jedoch, da der Gemeinschaftsgesetzgeber, indem er die Kategorie der Formmarken in die Verordnung Nr. 40/94 aufgenommen habe, davon ausgegangen sei, dass die Gestaltungsform einer Ware ein Herkunftszeichen sei. Oder die große Designvielfalt veranlasse den Verbraucher, gerade auf die Gestaltungsform von Waren und dabei also auf Varianten von Warengestaltungen unterschiedlicher Herkunft zu achten. Dem letztgenannten Schluss sei der Vorzug zu geben, da feststehe, dass dem Verbraucher Formgestaltungen nicht gleichgültig seien. Die Argumentation des Gerichts in Randnummer 37 des angefochtenen Urteils sei daher in sich widersprüchlich.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 37 Zum einen ergibt sich aus Randnummer 37 des angefochtenen Urteils keinesfalls, dass das Gericht der Auffassung war, dass dem Verbraucher die Gestaltungsform als Herkunftshinweis grundsätzlich gleichgültig sei.
- 38 Was zum anderen das Vorbringen der Rechtsmittelführerin anbelangt, gerade die große Designvielfalt lasse den Verbraucher auf die Form der Waren und dabei also auf Unterschiede in der Gestaltung von Waren verschiedener Herkunft achten, so zielt sie in Wirklichkeit darauf ab, den Gerichtshof dazu zu veranlassen, seine eigene Tatsachenwürdigung an die Stelle der vom Gericht in Randnummer 37 des angefochtenen Urteils vorgenommenen zu setzen.
- 39 Wie sich aus den Artikeln 225 EG und 58 Absatz 1 der Satzung des Gerichtshofes ergibt, ist das Rechtsmittel jedoch auf Rechtsfragen beschränkt. Daher ist allein das Gericht für die Feststellung und Beurteilung der relevanten Tatsachen sowie die

Beweiswürdigung zuständig. Somit ist die Würdigung der Tatsachen und Beweismittel, vorbehaltlich ihrer Verfälschung, keine Rechtsfrage, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofes im Rahmen eines Rechtsmittels unterliegen würde (vgl. in diesem Sinne die Urteile in der Rechtssache C-104/00 P, DKV/HABM, Randnr. 22, und vom 2. Oktober 2003 in der Rechtssache C-194/99 P, Thyssen Stahl/Kommission, Slg. 2003, I-10821, Randnr. 20).

- 40 Da im Rahmen des vorliegenden Rechtsmittelgrundes nicht geltend gemacht wird, dass das Gericht ihm vorgetragene Tatsachen oder vorgelegte Beweismittel verfälscht hätte, ist dieser Rechtsmittelgrund als unzulässig zurückzuweisen.

Zum vierten Rechtsmittelgrund

Vorbringen der Beteiligten

- 41 Mit ihrem vierten Rechtsmittelgrund macht die Rechtsmittelführerin geltend, das Gericht habe gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen, indem es bei seiner Beurteilung der Unterscheidungskraft der fraglichen Marken deren tatsächliche Wahrnehmung durch die Verbraucher außer Acht gelassen habe.
- 42 Wie das Gericht in Randnummer 33 des angefochtenen Urteils selbst ausgeführt habe, seien bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft einer Marke alle einschlägigen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Im krassen Widerspruch zu diesen Ausführungen habe sich das Gericht jedoch in den Randnummern 34 und 39 des angefochtenen Urteils unzulässigerweise auf eine von der Benutzung der Marke losgelöste Prognose beschränkt, ohne die Beweismittel hinsichtlich der Wahrnehmung der fraglichen Marken durch die Verkehrskreise nach ihrer Benutzung zu berücksichtigen.

- 43 Für die originäre Unterscheidungskraft einer Marke komme es aus Rechtsgründen auf ihre tatsächliche Wahrnehmung durch die Verkehrskreise an. Nach der siebten Begründungserwägung der Verordnung Nr. 40/94 bestehe der Zweck des durch die eingetragene Marke gewährten Schutzes darin, die Herkunftsfunktion der Marke zu gewährleisten. Ob die Herkunftsfunktion einer Marke gewährleistet sei, könne sich letztlich mit Sicherheit aber nur durch eine Erfassung der tatsächlichen Wahrnehmung der Marke durch die angesprochenen Verkehrskreise ergeben. Auch folge aus dem Wortlaut des Artikels 7 der Verordnung Nr. 40/94 — insbesondere aus der Verwendung der Begriffe „im Verkehr“ in Absatz 1 Buchstabe c und „Publikum“ in Absatz 1 Buchstabe g –, dass sämtliche absoluten Eintragungshindernisse nach Artikel 7 Absatz 1 aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise zu beurteilen seien. Diese Auslegung sei wiederholt vom Gerichtshof (Urteil Baby-dry, Randnr. 42) und vom Gericht (Urteile vom 31. Januar 2001 in den Rechtssachen T-135/99, Taurus-Film/HABM [Cine Action], Slg. 2001, II-379, Randnr. 27, und T-331/99, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld/HABM [Giroform], Slg. 2001, II-433, Randnr. 24) bestätigt worden und werde auch von den deutschen Gerichten vertreten.
- 44 Das Amt ist der Auffassung, dass das Gericht die Unterscheidungskraft der fraglichen angemeldeten Marken nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 zu Recht im Rahmen einer Prognose und unabhängig von jeder tatsächlichen Benutzung des Zeichens beurteilt habe. Denn die Bestimmung des Artikels 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 über durch Benutzung erlangte Unterscheidungskraft wäre nutzlos, wenn bereits bei der Beurteilung der ursprünglichen Unterscheidungskraft einer Marke Umstände der Benutzung heranzuziehen wären.
- 45 Es stehe fest, dass sich die Rechtsmittelführerin nicht auf die Benutzung ihrer Marke im Sinne von Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 berufen habe. Das Gericht habe die Unterscheidungskraft der in Rede stehenden Marken daher zu Recht aus der Perspektive eines Verbrauchers beurteilt, der die auf dem Markt existierenden Taschenlampenformen kenne und erstmals mit den fraglichen Taschenlampen konfrontiert werde.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 46 Wie in Randnummer 29 dieses Urteils ausgeführt, bedeutet Unterscheidungskraft einer Marke im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94, dass diese Marke geeignet ist, die Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren oder Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.
- 47 Wenn eine Marke nicht von vornherein Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 hat, kann sie diese gemäß Artikel 7 Absatz 3 für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet wird, infolge ihrer Benutzung erlangen. Eine solche Unterscheidungskraft kann insbesondere nach einem normalen Prozess der Gewöhnung der beteiligten Verkehrskreise eintreten (vgl. Urteil vom 6. Mai 2003 in der Rechtssache C-104/01, Libertel, Slg. 2003, I-3793, Randnr. 67).
- 48 Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Marke Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 hat, berücksichtigen das Amt und im Fall einer Klage das Gericht alle relevanten Tatsachen und Umstände (vgl. zu Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 89/104 Urteil vom 12. Februar 2004 in der Rechtssache C-363/99, Koninklijke KPN Nederland, Slg. 2004, I-1619, Randnr. 35).
- 49 Auch wenn diese Beurteilung, wie in Randnummer 19 dieses Urteils ausgeführt, im Hinblick auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der Waren oder Dienstleistungen, für die die Marke angemeldet wird, vorzunehmen ist, lässt sich dabei nicht ausschließen, dass Beweismittel über die tatsächliche Wahrnehmung der Marke durch die Verbraucher in bestimmten Fällen dem Amt und im Fall einer Klage dem Gericht Klarheit geben können.

- 50 Um jedoch zum Nachweis der Unterscheidungskraft einer Marke im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 beizutragen, müssen diese Beweismittel belegen, dass sich die Verbraucher an die Marke nicht im Wege ihrer Benutzung haben gewöhnen müssen, sondern dass die Marke es ihnen sofort ermöglicht hat, die damit versehenen Waren oder Dienstleistungen von denen der konkurrierenden Unternehmen zu unterscheiden. Wie nämlich das Amt zu Recht ausführt, wäre Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 nutzlos, wenn eine Marke nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b deswegen einzutragen wäre, weil sie durch ihre Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat.
- 51 Die von der Rechtsmittelführerin zur tatsächlichen Wahrnehmung der fraglichen Marken durch die Verbraucher vorgelegten Beweismittel werden in den Randnummern 21 und 22 des angefochtenen Urteils zusammengefasst. Sie sollen belegen, dass Verbraucher Nachahmungen der von der Rechtsmittelführerin vertriebenen Taschenlampen als von dieser stammend angesehen haben und dass Wettbewerber für ihre Waren mit dem Hinweis geworben haben, dass sie dasselbe Design wie die Taschenlampen der Rechtsmittelführerin aufwiesen.
- 52 Entgegen dem Vorbringen der Rechtsmittelführerin hat es das Gericht keineswegs abgelehnt, diese Beweismittel zu prüfen.
- 53 Zum einen hat das Gericht mit seiner Ausführung in Randnummer 34 des angefochtenen Urteils, dass „im Rahmen einer Prognose und unabhängig von jeder tatsächlichen Benutzung des Zeichens im Sinne von Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94“ zu ermitteln sei, ob die angemeldete Marke den angesprochenen Verkehrskreisen eine Unterscheidung der betreffenden Waren oder Dienstleistungen von denen anderer Unternehmen ermögliche, lediglich angezeigt, dass es nicht prüfen werde, ob die fraglichen Marken Unterscheidungskraft im Sinne dieser Bestimmung erlangt haben könnten; damit hat es die Konsequenz daraus gezogen, dass sich die Rechtsmittelführerin darauf in dem Verfahren zu keiner Zeit berufen hatte.

- 54 Zum anderen ergibt sich aus Randnummer 39 des angefochtenen Urteils, dass das Gericht die in den Randnummern 21 und 22 des angefochtenen Urteils zusammengefassten Beweismittel geprüft, sie aber als zum Nachweis der Unterscheidungskraft der fraglichen Marken im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 ungeeignet zurückgewiesen hat.
- 55 Dazu ist festzustellen, dass sich diese Beweismittel auf die tatsächliche Wahrnehmung der fraglichen Marken durch die Verbraucher zu einem Zeitpunkt beziehen, zu dem die in Rede stehenden Taschenlampen bereits seit vielen Jahren vertrieben worden waren und sich die Verbraucher daher an ihre Form gewöhnt hatten. Die Rechtsmittelführerin hat im Übrigen in ihrer Rechtsmittelschrift selbst eingeräumt, dass die genannten Beweismittel „sich ... auch darauf beziehen [mögen], dass die angesprochenen Verkehrskreise die Gestaltungsform der Leuchten der Rechtsmittelführerin unter anderem auf Grund [von] deren Benutzung im Verkehr zuordneten“.
- 56 Daher konnte das Gericht in Randnummer 39 des angefochtenen Urteils, ohne die in den Randnummern 21 und 22 des angefochtenen Urteils zusammengefassten Beweismittel zu verfälschen, zu dem Ergebnis kommen, dass mit diesen die Unterscheidungskraft der fraglichen Marken im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 nicht nachgewiesen werde, sondern lediglich belegt werden könne, dass diese Marken möglicherweise nach Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt haben.
- 57 Folglich ist der vierte Rechtsmittelgrund als nicht stichhaltig zurückzuweisen.

Zum zweiten Rechtsmittelgrund

Vorbringen der Beteiligten

- 58 Mit ihrem zweiten Rechtsmittelgrund macht die Rechtsmittelführerin geltend, dass das Gericht in Randnummer 39 des angefochtenen Urteils die von ihr für ihre Klage vorgelegten, in den Randnummern 18, 19, 21 und 22 des angefochtenen Urteils bezeichneten Beweismittel verfälscht habe, indem es denkgesetzwidrig den Standpunkt vertreten habe, dass sie nur die durch Benutzung erlangte Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 betreffen, und sie deshalb unberücksichtigt gelassen habe.
- 59 Tatsächlich bezögen sich diese Beweismittel ausschließlich oder überwiegend auf die ursprüngliche Unterscheidungskraft der fraglichen Marken im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94.
- 60 Das Amt trägt vor, dass das Gericht in den Randnummern 18, 19, 21 und 22 des angefochtenen Urteils alle von der Rechtsmittelführerin geltend gemachten Beweismittel zusammengefasst und sie anschließend in Randnummer 39 des angefochtenen Urteils auf ihre sachliche Bedeutung geprüft habe. Das Gericht sei zu Recht — und ohne gegen die allgemeinen Denkgesetze zu verstoßen — zu dem Schluss gelangt, dass den von der Rechtsmittelführerin angeführten Tatsachen im Rahmen einer Prüfung nach Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 Bedeutung hätte zukommen können, nicht aber bei einer Prüfung nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 61 Was erstens die in den Randnummern 21 und 22 des angefochtenen Urteils zusammengefassten Beweismittel betrifft, so konnte das Gericht — ohne diese Beweismittel zu verfälschen — aus den in den Randnummern 55 und 56 dieses Urteils dargelegten Gründen die Auffassung vertreten, dass sich damit nur nachweisen lasse, dass die fraglichen Marken infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft hätten erlangt haben können.
- 62 Was zweitens die in den Randnummern 18 und 19 des angefochtenen Urteils zusammengefassten Beweismittel anbelangt, so soll damit nachgewiesen werden, dass die in Rede stehenden Taschenlampenformen angesichts ihrer funktionalen und ästhetischen Eigenschaften und ihres außergewöhnlichen Designs unterscheidungskräftig sind.
- 63 Entgegen dem Vorbringen der Rechtsmittelführerin hat es das Gericht keineswegs abgelehnt, diese Beweismittel zu berücksichtigen.
- 64 Aus Randnummer 37 des angefochtenen Urteils ergibt sich nämlich, dass das Gericht die Argumente der Rechtsmittelführerin hinsichtlich der ästhetischen Eigenschaften und des Designs der fraglichen Taschenlampen geprüft hat, aber am Ende seiner Prüfung zu dem Ergebnis gelangt ist, dass diese Merkmale nicht ausreichen, um den fraglichen Marken Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 zu verleihen.
- 65 Auch hat das Gericht in Randnummer 39 des angefochtenen Urteils lediglich betont, dass mit den Beweismitteln zum Nachweis des herausragenden Designs der genannten Lampen sowie ihrer ästhetischen und funktionalen Eigenschaften nicht belegt werde, dass die fraglichen Marken von vornherein Unterscheidungskraft gehabt hätten, sondern dass damit nur nachgewiesen werden könne, dass sie möglicherweise infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hätten.

- 66 Entgegen dem Vorbringen der Rechtsmittelführerin hat das Gericht diese Beweismittel in keiner Weise verfälscht.
- 67 Was das von der Rechtsmittelführerin vorgelegte Gutachten betrifft, so war das Gericht nicht verpflichtet, dem Standpunkt seines Verfassers beizutreten, und konnte seine eigene Beurteilung der Unterscheidungskraft der fraglichen Marken vornehmen.
- 68 Ebenso ist hinsichtlich der Anerkennung, die das Design der fraglichen Taschenlampen nach den Angaben der Rechtsmittelführerin auf internationaler Ebene genießt, darauf zu verweisen, dass der Umstand, dass die Waren ein Qualitätsdesign aufweisen, nicht zwangsläufig bedeutet, dass eine in der dreidimensionalen Form dieser Waren bestehende Marke von vornherein eine Unterscheidung dieser Waren von denen anderer Unternehmen im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 ermöglicht.
- 69 Daher ist der zweite Rechtsmittelgrund als nicht stichhaltig zurückzuweisen.

Zum dritten Rechtsmittelgrund

Vorbringen der Beteiligten

- 70 Mit ihrem dritten Rechtsmittelgrund trägt die Rechtsmittelführerin vor, das Gericht habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör nach Artikel 6 Absatz 2 EU in Verbindung mit Artikel 6 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und Artikel 41 Absatz 2 erster Gedankenstrich der am 7. Dezember 2000 in Nizza proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. C 364, S. 1) verletzt.

- 71 Zum einen habe das Gericht nämlich zu Unrecht die bereits im Rahmen des zweiten Rechtsmittelgrundes angeführten Beweismittel zurückgewiesen. Die Rechtsmittelführerin wirft dem Gericht vor, dass es ihr Angebot, den Verfasser des von ihr vorgelegten Gutachtens als „sachverständigen Zeugen“ vernehmen zu lassen, abgelehnt habe.
- 72 Zum anderen habe das Gericht die von ihr vorgelegten Beweismittel nicht berücksichtigt, die bewiesen, dass die anderen Hersteller eine große Vielfalt von Taschenlampenformen verwendeten und dass sich die fraglichen Marken deutlich von allen diesen Formen unterschieden. Es habe ohne Begründung ausgeführt, dass die in Rede stehenden Taschenlampen Formen hätten, die gewöhnlich auch von anderen Herstellern verwendet würden.
- 73 Das Amt macht geltend, dass die Rechtsmittelführerin mit ihrem dritten Rechtsmittelgrund in Wirklichkeit versuche, die vom Gericht vorgenommene Tatsachewürdigung vor dem Gerichtshof in Frage zu stellen.
- 74 Die ablehnende Entscheidung des Gerichts über eine Anhörung des Verfassers des von der Rechtsmittelführerin vorgelegten Gutachtens verstoße nicht gegen Verfahrensvorschriften, da es allein Sache des Gerichts sei, zu entscheiden, ob eine Zeugenvernehmung oder ein Sachverständigengutachten erforderlich sei.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 75 Soweit zunächst mit dem dritten Rechtsmittelgrund gerügt wird, dass das Gericht die in den Randnummern 18, 19, 21 und 22 des angefochtenen Urteils zusammengefassten Beweismittel nicht berücksichtigt habe, so fällt der dritte Rechtsmittelgrund mit dem zweiten Rechtsmittelgrund zusammen und ist daher aus denselben Gründen zurückzuweisen.

- 76 Was weiter den Vorwurf an das Gericht betrifft, es habe den Verfasser des von der Rechtsmittelführerin vorgelegten Gutachtens nicht entsprechend ihrer Anregung angehört, so ist darauf zu verweisen, dass es allein Sache des Gerichts ist, zu entscheiden, ob das ihm in einer Rechtssache vorliegende Beweismaterial der Ergänzung bedarf. Die Frage, ob Verfahrensunterlagen beweiskräftig sind, unterliegt seiner freien Würdigung des Sachverhalts, die sich, wie bereits in Randnummer 39 dieses Urteils ausgeführt worden ist, der Überprüfung durch den Gerichtshof in der Rechtsmittelinstanz entzieht, sofern dem Gericht vorgelegte Beweismittel nicht verfälscht worden sind oder sich die Unrichtigkeit der Tatsachenfeststellungen des Gerichts nicht aus den Akten ergibt (Urteile vom 10. Juli 2001 in der Rechtssache C-315/99 P, *Ismeri Europa/Rechnungshof*, Slg. 2001, I-5281, Randnr. 19, und vom 7. November 2002 in den Rechtssachen C-24/01 P und C-25/01 P, *Glencore und Compagnie Continentale/Kommission*, Slg. 2002, I-10119, Randnrn. 77 und 78).
- 77 Im vorliegenden Fall konnte das Gericht nach der Prüfung aller ihm vorgelegten Tatsachen und Beweismittel berechtigterweise annehmen, dass die Vernehmung des Verfassers eines bereits vorgelegten Gutachtens als Zeuge für seine Beurteilung der Unterscheidungskraft der fraglichen Marken im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 entbehrlich war. Somit hat es den Anspruch der Rechtsmittelführerin auf rechtliches Gehör nicht verletzt, indem es diese Vernehmung nicht angeordnet hat.
- 78 Soweit schließlich dem Gericht mit dem dritten Rechtsmittelgrund vorgeworfen wird, es habe die anderen von der Rechtsmittelführerin vorgelegten Beweismittel nicht berücksichtigt, die bewiesen, dass die anderen Hersteller eine große Vielfalt von Taschenlampenformen verwendeten und dass sich die fraglichen Marken deutlich von allen diesen Formen unterschieden, so wird damit letztlich eine Tatsachenwürdigung in Frage gestellt. Somit ist dieser Rechtsmittelgrund, da eine Verfälschung von Tatsachen oder Beweismitteln nicht dargelegt worden ist, aus den in Randnummer 39 dieses Urteils angeführten Gründen als im Rahmen eines Rechtsmittels offensichtlich unzulässig zurückzuweisen.
- 79 Daher ist der dritte Rechtsmittelgrund als teilweise nicht stichhaltig und teilweise unzulässig zurückzuweisen.

Zum fünften Rechtsmittelgrund

Vorbringen der Beteiligten

- 80 Mit ihrem fünften Rechtsmittelgrund trägt die Rechtsmittelführerin vor, das Gericht habe gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen, indem es den angemeldeten Marken allein aufgrund von pauschalen Annahmen, die durch keine Tatsachenfeststellung gestützt würden, Unterscheidungskraft abgesprochen habe.
- 81 Denn ohne seine Ausführungen insofern auf Tatsachenfeststellungen zu stützen, habe das Gericht in den Randnummern 33, 36 und 37 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die fraglichen Formen gewöhnlich seien, dass der Durchschnittsverbraucher an diese Formen gewöhnt sei, dass diese Formen gemeinhin im Handel angetroffen würden und dass die Natur der Marken ihre Wahrnehmung durch die angesprochenen Verkehrskreise beeinflusse.
- 82 Das Amt macht geltend, dass die Zweite Beschwerdekammer zu der Frage, welche Formen von Taschenlampen als üblich oder nahe liegend anzusehen seien, bereits ausreichende Feststellungen getroffen habe, u. a. unter Berücksichtigung der von der Rechtsmittelführerin vorgelegten Reihe von Darstellungen anderer Lampenformen. Weiterhin hätten die Mitglieder des Gerichts, da sie als Verbraucher selbst mit Taschenlampen vertraut seien, aus eigener Sachkenntnis beurteilen können, welche Taschenlampenformen „normal“ und üblich seien.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 83 Erstens schließen die Durchschnittsverbraucher, wie in Randnummer 30 dieses Urteils ausgeführt, aus der Form der Waren oder der ihrer Verpackung, wenn grafische oder Wortelemente fehlen, gewöhnlich nicht auf die Herkunft dieser Waren; daher kann es schwieriger sein, die Unterscheidungskraft einer solchen dreidimensionalen Marke nachzuweisen als diejenige einer Wort- oder Bildmarke.
- 84 Daher hat das Gericht in Randnummer 33 des angefochtenen Urteils zu Recht betont, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Natur der Marke, deren Eintragung beantragt werde, die Wahrnehmung der Marke durch die angesprochenen Verkehrskreise beeinflusse.
- 85 Soweit dem Gericht mit dem fünften Rechtsmittelgrund vorgeworfen wird, eine solche Feststellung getroffen zu haben, ist er nicht stichhaltig.
- 86 Zweitens hat das Gericht in den Randnummern 36 und 37 des angefochtenen Urteils entgegen dem Vorbringen der Rechtsmittelführerin nicht Behauptungen aufgestellt, die durch keine Tatsachenfeststellungen gestützt werden, sondern Tatsachenwürdigungen vorgenommen, die insbesondere auf der Prüfung der ihm vorgelegten fraglichen Taschenlampen beruhen.
- 87 Das Gericht ist so zu dem Ergebnis gelangt, dass die Formen dieser Taschenlampen keine Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 haben.

- 88 Wie in Randnummer 39 dieses Urteils ausgeführt worden ist, handelt es sich jedoch bei der Würdigung des Sachverhalts, vorbehaltlich einer Verfälschung der dem Gericht vorgelegten Tatsachen oder Beweismittel, die mit dem vorliegenden Rechtsmittelgrund nicht geltend gemacht wird, nicht um eine Rechtsfrage, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofes im Rahmen eines Rechtsmittels unterliegen würde.
- 89 Unter diesen Umständen ist der fünfte Rechtsmittelgrund als teilweise nicht stichhaltig und teilweise unzulässig und damit das Rechtsmittel insgesamt zurückzuweisen.

Kosten

- 90 Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung, der nach Artikel 118 der Verfahrensordnung auf das Rechtsmittelverfahren entsprechende Anwendung findet, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Rechtsmittelführerin mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr entsprechend dem Antrag des Amtes die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Zweite Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Das Rechtsmittel wird zurückgewiesen.**
- 2. Die Mag Instrument Inc. trägt die Kosten des Verfahrens.**

Unterschriften.