

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Achte Kammer)

25. Oktober 2007*

In der Rechtssache C-238/06 P

betreffend ein Rechtsmittel nach Art. 56 der Satzung des Gerichtshofs, eingelegt am 25. Mai 2006,

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

Rechtsmittelführerin,

anderer Verfahrensbeteiligter:

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

Beklagter im ersten Rechtszug,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Achte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten G. Arestis, der Richterin R. Silva de Lapuerta und des Richters E. Juhász (Berichterstatter),

Generalanwalt: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
Kanzler: B. Fülöp, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 24. Mai 2007,

aufgrund des nach Anhörung des Generalanwalts ergangenen Beschlusses, ohne Schlussanträge über die Rechtssache zu entscheiden,

folgendes

Urteil

- 1 Mit ihrem Rechtsmittel beantragt die Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG (im Folgenden: Develey) die Aufhebung des Urteils des Gerichts vom 15. März 2006, Develey/HABM (Form einer Kunststoffflasche) (T-129/04, Slg. 2006, II-811, 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) (HABM) vom 20. Januar 2004 (im Folgenden: streitige Entscheidung) über die Zurückweisung der Anmeldung einer dreidimensionalen Marke (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) abgewiesen hat.

Rechtlicher Rahmen

Internationales Recht

Pariser Verbandsübereinkunft

- 2 Auf internationaler Ebene gilt für das Markenrecht die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883, letztmalig revidiert am 14. Juli 1967 in Stockholm (*Recueil des traités des Nations unies*, Bd. 828, Nr. 11851, S. 305 bis 388, im Folgenden: Pariser Verbandsübereinkunft oder PVÜ). Alle Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft sind der PVÜ beigetreten.

- 3 Art. 2 Abs. 1 PVÜ sieht vor:

„Die Angehörigen eines jeden der Verbandsländer genießen in allen übrigen Ländern des Verbandes in Bezug auf den Schutz des gewerblichen Eigentums die Vorteile, welche die betreffenden Gesetze den eigenen Staatsangehörigen gegenwärtig gewähren oder in Zukunft gewähren werden, und zwar unbeschadet der durch diese Übereinkunft besonders vorgesehenen Rechte. Demgemäß haben sie den gleichen Schutz wie diese und die gleichen Rechtsbehelfe gegen jeden Eingriff in ihre Rechte, vorbehaltlich der Erfüllung der Bedingungen und Förmlichkeiten, die den eigenen Staatsangehörigen auferlegt werden.“

4 Artikel 6^{quinquies} Teile A und B der Pariser Verbandsübereinkunft bestimmt:

„A.

(1) Jede im Ursprungsland vorschriftsmäßig eingetragene Fabrik- oder Handelsmarke soll so, wie sie ist, unter den Vorbehalten dieses Artikels in den anderen Verbandsländern zur Hinterlegung zugelassen und geschützt werden. Diese Länder können vor der endgültigen Eintragung die Vorlage einer von der zuständigen Behörde ausgestellten Bescheinigung über die Eintragung im Ursprungsland verlangen. Eine Beglaubigung dieser Bescheinigung ist nicht erforderlich.

(2) Als Ursprungsland wird das Verbandsland angesehen, in dem der Hinterleger eine tatsächliche und nicht nur zum Schein bestehende gewerbliche oder Handelsniederlassung hat, und, wenn er eine solche Niederlassung innerhalb des Verbandes nicht hat, das Verbandsland, in dem er seinen Wohnsitz hat, und, wenn er keinen Wohnsitz innerhalb des Verbandes hat, das Land seiner Staatsangehörigkeit, sofern er Angehöriger eines Verbandslandes ist.

B. Die Eintragung von Fabrik- oder Handelsmarken, die unter diesen Artikel fallen, darf nur in folgenden Fällen verweigert oder für ungültig erklärt werden:

1. wenn die Marken geeignet sind, Rechte zu verletzen, die von Dritten in dem Land erworben sind, in dem der Schutz beansprucht wird;
2. wenn die Marken jeder Unterscheidungskraft entbehren oder ausschließlich aus Zeichen oder Angaben zusammengesetzt sind, die im Verkehr zur

Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, des Ursprungsortes der Erzeugnisse oder der Zeit der Erzeugung dienen können, oder die im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten des Landes, in dem der Schutz beansprucht wird, üblich sind;

3. wenn die Marken gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen, insbesondere wenn sie geeignet sind, das Publikum zu täuschen. Es besteht Einverständnis darüber, dass eine Marke nicht schon deshalb als gegen die öffentliche Ordnung verstößend angesehen werden kann, weil sie einer Vorschrift des Markenrechts nicht entspricht, es sei denn, dass diese Bestimmung selbst die öffentliche Ordnung betrifft.

Die Anwendung des Artikels 10^{bis} bleibt jedoch vorbehalten.“

Rechtsvorschriften auf der Grundlage des Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation

- 5 Art. 2 Abs. 1 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, im Folgenden: TRIPs-Übereinkommen), das den Anhang 1 C des Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation bildet, das am 15. April 1994 in Marrakesch unterzeichnet und mit dem Beschluss 94/800/EG des Rates vom 22. Dezember 1994 über den Abschluss der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986–1994) im Namen der Europäischen Gemeinschaft in bezug auf die in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche (ABl. L 336, S. 1) genehmigt wurde, lautet:

„In Bezug auf die Teile II, III und IV dieses Übereinkommens befolgen die Mitglieder die Artikel 1 bis 12 sowie Artikel 19 der Pariser Verbandsübereinkunft (1967).“

Gemeinschaftsrecht

- 6 Der letzte Erwägungsgrund des Beschlusses 94/800 lautet:

„Das Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation einschließlich seiner Anhänge ist nicht so angelegt, dass es unmittelbar vor den Rechtsprechungsorganen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten angeführt werden kann.“

- 7 Der zwölfte Erwägungsgrund 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) lautet:

„Da alle Mitgliedstaaten der Gemeinschaft durch die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums gebunden sind, ist es erforderlich, dass sich die Vorschriften dieser Richtlinie mit denen der erwähnten Pariser Verbandsübereinkunft in vollständiger Übereinstimmung befinden. Die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, die sich aus dieser Übereinkunft ergeben, werden durch diese Richtlinie nicht berührt. Gegebenenfalls findet Artikel 234 Absatz 2 des Vertrages Anwendung.“

- 8 Art. 3 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 89/104 bestimmt:

„(1) Folgende Zeichen oder Marken sind von der Eintragung ausgeschlossen oder unterliegen im Falle der Eintragung der Ungültigerklärung:

...

b) Marken, die keine Unterscheidungskraft haben“.

- 9 Der fünfte Erwägungsgrund der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) in geänderter Fassung lautet:

„Das gemeinschaftliche Markenrecht tritt jedoch nicht an die Stelle der Markenrechte der Mitgliedstaaten, denn es erscheint nicht gerechtfertigt, die Unternehmen zu zwingen, ihre Marken als Gemeinschaftsmarken anzumelden, da die innerstaatlichen Marken nach wie vor für diejenigen Unternehmen notwendig sind, die keinen Schutz ihrer Marken auf Gemeinschaftsebene wünschen.“

- 10 Art. 7 („Absolute Eintragungshindernisse“) der Verordnung Nr. 40/94 sieht in Abs. 1 vor:

„(1) Von der Eintragung ausgeschlossen sind

...

b) Marken, die keine Unterscheidungskraft haben,

...

h) Marken, die mangels Genehmigung durch die nationalen Stellen gemäß Artikel 6^{ter} der Pariser Verbandsübereinkunft zurückzuweisen sind,

i) Marken, die nicht unter Artikel 6^{ter} der Pariser Verbandsübereinkunft fallende Abzeichen, Embleme und Wappen, die von besonderem öffentlichen Interesse sind, enthalten, es sei denn, dass die zuständigen Stellen ihrer Eintragung zugestimmt haben.“

11 Art. 34 („Inanspruchnahme des Zeitrangs einer nationalen Marke“) der Verordnung Nr. 40/94 lautet:

„(1) Der Inhaber einer in einem Mitgliedstaat, einschließlich des Benelux-Gebiets, oder einer mit Wirkung für einen Mitgliedstaat international registrierten älteren Marke, der eine identische Marke zur Eintragung als Gemeinschaftsmarke für Waren oder Dienstleistungen anmeldet, die mit denen identisch sind, für welche die ältere Marke eingetragen ist, oder die von diesen Waren oder Dienstleistungen umfasst werden, kann für die Gemeinschaftsmarke den Zeitrang der älteren Marke in Bezug auf den Mitgliedstaat, in dem oder für den sie eingetragen ist, in Anspruch nehmen.

(2) Der Zeitrang hat nach dieser Verordnung die alleinige Wirkung, dass dem Inhaber der Gemeinschaftsmarke, falls er auf die ältere Marke verzichtet oder sie erlöschen lässt, weiter dieselben Rechte zugestanden werden, die er gehabt hätte, wenn die ältere Marke weiterhin eingetragen gewesen wäre.

(3) Der für die Gemeinschaftsmarke in Anspruch genommene Zeitrang erlischt, wenn die ältere Marke, deren Zeitrang in Anspruch genommen worden ist, für verfallen oder für nichtig erklärt wird oder wenn auf sie vor der Eintragung der Gemeinschaftsmarke verzichtet worden ist.“

- 12 Art. 35 („Inanspruchnahme des Zeitrangs nach Eintragung der Gemeinschaftsmarke“) der Verordnung Nr. 40/94 lautet:

„(1) Der Inhaber einer Gemeinschaftsmarke, der Inhaber einer in einem Mitgliedstaat, einschließlich des Benelux-Gebiets, oder einer mit Wirkung für einen Mitgliedstaat international registrierten identischen älteren Marke für Waren oder Dienstleistungen ist, die mit denen identisch sind, für welche die ältere Marke eingetragen ist, oder die von diesen Waren oder Dienstleistungen umfasst werden, kann den Zeitrang der älteren Marke in Bezug auf den Mitgliedstaat, in dem oder für den sie eingetragen ist, in Anspruch nehmen.

(2) Artikel 34 Absätze 2 und 3 sind entsprechend anzuwenden.“

- 13 Nach Art. 73 der Verordnung Nr. 40/94 sind die Entscheidungen des Amtes mit Gründen zu versehen. Sie dürfen nur auf Gründe gestützt werden, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten.

- 14 Art. 74 („Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen“) der Verordnung Nr. 40/94 lautet:

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

(2) Das Amt braucht Tatsachen und Beweismittel, die von den Beteiligten verspätet vorgebracht werden, nicht zu berücksichtigen.“

15 Art. 108 der Verordnung Nr. 40/94 lautet:

„(1) Der Anmelder oder Inhaber einer Gemeinschaftsmarke kann beantragen, dass seine Anmeldung oder seine Gemeinschaftsmarke in eine Anmeldung für eine nationale Marke umgewandelt wird,

- a) soweit die Anmeldung der Gemeinschaftsmarke zurückgewiesen wird oder zurückgenommen worden ist oder als zurückgenommen gilt;

- b) soweit die Gemeinschaftsmarke ihre Wirkung verliert.

(2) Die Umwandlung findet nicht statt,

- a) wenn die Gemeinschaftsmarke wegen Nichtbenutzung für verfallen erklärt worden ist, es sei denn, dass in dem Mitgliedstaat, für den die Umwandlung beantragt wird, die Gemeinschaftsmarke benutzt worden ist und dies als eine ernsthafte Benutzung im Sinne der Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats gilt;

- b) wenn Schutz in einem Mitgliedstaat begehrt wird, in dem gemäß der Entscheidung des Amtes oder des einzelstaatlichen Gerichts der Anmeldung oder der Gemeinschaftsmarke ein Eintragungshindernis oder ein Verfalls- oder Nichtigkeitsgrund entgegensteht.

(3) Die nationale Anmeldung, die aus der Umwandlung einer Anmeldung oder einer Gemeinschaftsmarke hervorgeht, genießt in dem betreffenden Mitgliedstaat den Anmeldetag oder den Prioritätstag der Anmeldung oder der Gemeinschaftsmarke sowie gegebenenfalls den nach Artikel 34 oder Artikel 35 beanspruchten Zeitrang einer Marke dieses Staates.

(4) Für den Fall, dass die Anmeldung der Gemeinschaftsmarke als zurückgenommen gilt, teilt das Amt dies dem Anmelder mit und setzt ihm dabei für die Einreichung eines Umwandlungsantrags eine Frist von drei Monaten nach dieser Mitteilung.

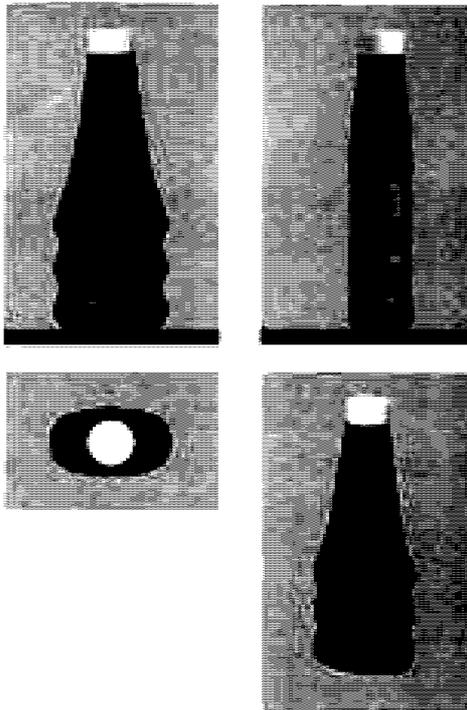
(5) Wird die Anmeldung der Gemeinschaftsmarke zurückgenommen oder verliert die Gemeinschaftsmarke ihre Wirkung, weil ein Verzicht eingetragen oder die Eintragung nicht verlängert wurde, so ist der Antrag auf Umwandlung innerhalb von drei Monaten nach dem Tag einzureichen, an dem die Gemeinschaftsmarke zurückgenommen wurde oder die Eintragung der Gemeinschaftsmarke ihre Wirkung verloren hat.

(6) Wird die Anmeldung der Gemeinschaftsmarke durch eine Entscheidung des Amtes zurückgewiesen oder verliert die Gemeinschaftsmarke ihre Wirkung aufgrund einer Entscheidung des Amtes oder eines Gemeinschaftsmarkengerichts, so ist der Umwandlungsantrag innerhalb von drei Monaten nach dem Tag einzureichen, an dem diese Entscheidung rechtskräftig geworden ist.

(7) Die in Artikel 32 genannte Wirkung erlischt, wenn der Antrag nicht innerhalb der vorgeschriebenen Zeit eingereicht wurde.“

Vorgeschichte des Rechtsstreits

- 16 Develey meldete am 14. Februar 2002 gemäß der Verordnung Nr. 40/94 beim HABM eine Gemeinschaftsmarke an und beanspruchte dabei für ihre Anmeldung den Zeitrang einer eingetragenen deutschen Marke, die am 16. August 2001 angemeldet worden war.
- 17 Es wurde das nachstehend wiedergegebene dreidimensionale Zeichen in Form einer Flasche angemeldet:



18 Die Marke wurde für folgende Waren der Klassen 29, 30 und 32 des Abkommens von Nizza über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken vom 15. Juni 1957 in revidierter und geänderter Fassung angemeldet:

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

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

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

19 Mit Entscheidung vom 1. April 2003 wies der Prüfer die Anmeldung gemäß Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 zurück. Er verwies darauf, dass das HABM nicht durch frühere nationale Eintragungen gebunden sei und dass die Form der angemeldeten Marke keine derart eigenartige und einprägsame Gestaltung aufweise, dass sie sich von den auf dem Markt üblichen Formen so abhebe, dass ihr dadurch eine herkunftshinweisende Funktion zukomme.

- 20 Die von Develey eingelegte Beschwerde, mit der sie geltend machte, die fragliche Flaschenform sei unüblich und eigenwillig, wurde von der Zweiten Beschwerdekammer des HABM mit der streitigen Entscheidung zurückgewiesen. Die Beschwerdekammer, die sich der Argumentation des Prüfers anschloss, hob hervor, es sei im Fall einer aus der Form der Verpackung bestehenden Marke zu berücksichtigen, dass ihre Wahrnehmung durch die angesprochenen Verkehrskreise nicht zwangsläufig die gleiche sei wie bei einer Wort-, Bild- oder dreidimensionalen Marke, die vom Erscheinungsbild der mit ihr gekennzeichneten Ware unabhängig sei. Der angesprochene Endverbraucher wende nämlich seine Aufmerksamkeit gewohnheitsmäßig mehr dem Etikett auf der Flasche zu als ausschließlich der bloßen, farblosen Form des Behältnisses.
- 21 Der angemeldeten Flasche fehle jedes Beiwerk, durch das sie sich von dem geläufigen Formenschatz erkennbar abheben und dem Verbraucher als Herkunftshinweis in Erinnerung bleiben könnte. Die von Develey behauptete besondere Gestaltung erschließe sich erst nach einer intensiven analytischen Betrachtung, die der Durchschnittsverbraucher aber nicht vornehme.
- 22 Schließlich könne sich Develey auch nicht auf die Eintragung der angemeldeten Marke im deutschen Markenregister stützen, denn eine solche nationale Eintragung könne zwar berücksichtigt werden, sei aber nicht entscheidend. Zudem ergebe sich aus den von Develey vorgelegten Eintragungsunterlagen nicht, aus welchen Gründen das Zeichen zur Eintragung zugelassen worden sei.

Die Klage vor dem Gericht und das angefochtene Urteil

- 23 Am 1. April 2004 erhob Develey beim Gericht Klage auf Aufhebung der streitigen Entscheidung. Dabei stützte sie sich auf vier Klagegründe. Das Gericht ist diesen Klagegründen nicht gefolgt und hat demgemäß die Klage abgewiesen.

- 24 Mit dem ersten Klagegrund rügte Develey, dass das HABM die Regeln der Beweislastverteilung verkannt und damit gegen Art. 74 Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94 und Art. 6^{quinquies} PVÜ verstoßen habe. Das HABM hätte das Fehlen von Unterscheidungskraft nachweisen müssen, als es angenommen habe, dass die fragliche Form als die einer gewöhnlichen Flasche und nicht als Hinweis auf die betriebliche Herkunft wahrgenommen werde.
- 25 Das Gericht hat dazu festgestellt, dass der Hinweis auf die Pariser Verbandsübereinkunft insoweit nicht durchgreife, da deren Art. 6^{quinquies}, der den Schutz und die Eintragung von in einem anderen Verbandsland eingetragenen Marken betreffe, keine Regelung über die Beweislastverteilung im gemeinschaftsmarkenrechtlichen Eintragungsverfahren enthalte. Es hat ferner daran erinnert, dass die Rolle des HABM bei der Prüfung der Frage, ob absolute Eintragungshindernisse nach Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94 vorlägen, darin bestehe, zu entscheiden, ob der Anmeldung ein solches Eintragungshindernis entgegenstehe, und dass das HABM nach Art. 74 Abs. 1 der Verordnung von Amts wegen den relevanten Sachverhalt zu ermitteln habe, aus dem sich seine Feststellung ergeben könnte, dass ein absolutes Eintragungshindernis vorliege.
- 26 Das Gericht hat weiter ausgeführt, wenn die Beschwerdekammer zu dem Ergebnis gelange, dass es der angemeldeten Marke von Haus aus an Unterscheidungskraft fehle, dürfe sie ihre Beurteilung auf Tatsachen stützen, die auf der allgemeinen praktischen Erfahrung mit der Vermarktung von Massenkonsumgütern beruhten und die jedermann und insbesondere den Verbrauchern dieser Waren bekannt sein könnten. Da Develey entgegen der Beurteilung der Beschwerdekammer geltend mache, dass die Anmeldemarke Unterscheidungskraft besitze, sei es ihre Sache, durch konkrete und fundierte Angaben darzulegen, dass die Anmeldemarke Unterscheidungskraft entweder von Haus aus besitze oder durch Benutzung erworben habe.
- 27 Mit dem zweiten Klagegrund rügte Develey, das HABM habe dadurch gegen Art. 6^{quinquies} Teil A Abs. 1 der Pariser Verbandsübereinkunft verstoßen, dass es der

nationalen Voreintragung den Schutz abgesprochen habe. Mit seiner Entscheidung, dass es der angemeldeten Marke im Gemeinschaftsgebiet an Unterscheidungskraft fehle, habe es letztlich die ältere deutsche Marke, als die dasselbe Zeichen beim Deutschen Patent- und Markenamt eingetragen sei, für ungültig erklärt und ihr damit im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland den Schutz genommen.

- 28 Dazu hat das Gericht ausgeführt, dass das gemeinschaftliche Markenrecht, auch wenn eine Bindung des HABM an Art. 6^{quinquies} PVÜ unterstellt werde, nach dem fünften Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 40/94 nicht an die Stelle der Markenrechte der Mitgliedstaaten trete. Daher berühre die streitige Entscheidung weder die Gültigkeit noch den Schutz der älteren nationalen Eintragung im deutschen Staatsgebiet. Jedenfalls erlaube Art. 6^{quinquies} Teil B Nr. 2 PVÜ die Zurückweisung einer angemeldeten Marke, wenn diese keine Unterscheidungskraft besitze.
- 29 Mit dem dritten Klagegrund rügte Develey, das HABM habe gegen Art. 73 der Verordnung Nr. 40/94, Art. 6^{quinquies} PVÜ und Art. 2 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens verstoßen, da es sich nicht ausreichend mit der nationalen Voreintragung auseinandergesetzt habe. Das HABM müsse nationale Voreintragungen berücksichtigen. Jedenfalls müssten das HABM und die zuständigen nationalen Behörden wegen der übereinstimmenden Rechtsgrundlage in Form der Richtlinie 89/104 und der Verordnung Nr. 40/94 die gleichen, in beiden Regelungen vorgesehenen Kriterien anwenden. Das HABM hätte daher die Gründe darlegen müssen, aus denen es diese Kriterien anders anwende als die nationale Verwaltung.
- 30 Das Gericht hat zunächst die Bezugnahme auf die Pariser Verbandsübereinkunft und das TRIPs-Übereinkommen zurückgewiesen, weil diese keine Begründungspflicht für Entscheidungen vorsähen und daher im Rahmen dieses Klagegrundes nicht einschlägig seien. Sodann könnten die Art. 34 und 35 der Verordnung

Nr. 40/94 weder bezwecken noch bewirken, dass dem Inhaber einer nationalen Marke deren Eintragung als Gemeinschaftsmarke garantiert werde. Die Gemeinschaftsregelung für Marken sei ein autonomes System aus einer Gesamtheit von ihm eigenen Zielsetzungen und Vorschriften, dessen Anwendung von jedem nationalen System unabhängig sei. Schließlich habe die Beschwerdekammer das Vorliegen der nationalen Eintragung berücksichtigt, und die streitige Entscheidung nenne klar und eindeutig die Gründe, aus denen die Beschwerdekammer der Entscheidung des Deutschen Patent- und Markenamts nicht gefolgt sei.

31 Mit dem vierten Klagegrund rügte Develey eine Verletzung von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94, die darin liege, dass das HABM die Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke und insbesondere die technische Funktionslosigkeit ihrer Merkmale verkannt habe. Ein Minimum an Unterscheidungskraft genüge, um die Eintragungsfähigkeit einer Marke zu begründen. Auch sei bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken kein strengerer Maßstab anzulegen. Der Verbraucher treffe beim Kauf seine Wahl nach der Flaschenform, und erst nachdem er das gewünschte Produkt identifiziert habe, überprüfe er seine Wahl anhand des Etiketts. Der Durchschnittsverbraucher sei daher vollauf in der Lage, die Form der Verpackung der betreffenden Waren als Hinweis auf deren betriebliche Herkunft wahrzunehmen. Vorsorglich trug Develey vor, dass keines der kennzeichnenden Elemente der angemeldeten Marke eine technische Funktion habe.

32 Das Gericht hat insoweit darauf hingewiesen, dass sich die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die aus der Form der Ware bestünden, nicht von denjenigen unterschieden, die auf andere Kategorien von Marken Anwendung fänden. Die Unterscheidungskraft einer Marke müsse zum einen im Hinblick auf die Waren und Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt werde, und zum anderen im Hinblick auf die Wahrnehmung der beteiligten Verkehrskreise beurteilt werden. Außerdem sei bei der Prüfung der Unterscheidungskraft einer Marke der von ihr hervorgerufene Gesamteindruck zu prüfen.

- 33 Im vorliegenden Fall seien die Waren, auf die sich die angemeldete Marke beziehe, Lebensmittel des täglichen Verbrauchs. Folglich bestünden die beteiligten Verkehrskreise aus allen Verbrauchern. Daher sei die Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke unter Berücksichtigung der mutmaßlichen Erwartung eines normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers zu beurteilen.
- 34 Zur angemeldeten Marke hat das Gericht zunächst ausgeführt, dass die Durchschnittsverbraucher aus der Form der Waren oder der ihrer Verpackung, wenn grafische oder Wortelemente fehlten, gewöhnlich nicht auf die Herkunft dieser Waren schließen und den Flaschen, die solche Waren enthielten, in erster Linie eine reine Verpackungsfunktion zuschrieben. Nach Prüfung der Merkmale, die nach Ansicht von Develey zur Unterscheidungskraft der Flasche beitrugen, ist das Gericht zu dem Ergebnis gelangt, dass diese Merkmale keinen Gesamteindruck hervorriefen, der die Feststellung in Frage stellen könnte, dass die Marke nicht erheblich von der Norm oder der Branchenüblichkeit abweiche. Schließlich könne die angebliche technische Funktionslosigkeit der Elemente der angemeldeten Marke nichts daran ändern, dass diese keine Unterscheidungskraft habe.

Anträge der Parteien

- 35 Im Rahmen ihres Rechtsmittels beantragt Develey,
- das angefochtene Urteil aufzuheben;

 - die streitige Entscheidung aufzuheben oder, hilfsweise, die Sache an das Gericht zurückzuverweisen;

— dem HABM die Kosten in beiden Instanzen aufzuerlegen.

³⁶ Das HABM beantragt,

— das Rechtsmittel zurückzuweisen;

— Develey die Kosten aufzuerlegen.

Zum Rechtsmittel

³⁷ Es ist zunächst zu prüfen, ob die Vorschriften des TRIPs-Übereinkommens und der Pariser Verbandsübereinkunft im Rahmen des vorliegenden Verfahrens unmittelbar anwendbar sind.

³⁸ Hinsichtlich des TRIPs-Übereinkommens ist daran zu erinnern, dass laut dem letzten Erwägungsgrund des Beschlusses 94/800 das Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation einschließlich seiner Anhänge nicht so angelegt ist, dass es unmittelbar vor den Rechtsprechungsorganen der Gemeinschaft oder der Mitgliedstaaten angeführt werden kann.

³⁹ Zudem hat der Gerichtshof entschieden, dass die Vorschriften des TRIPs-Übereinkommens keine unmittelbare Wirkung haben und für den Einzelnen keine Rechte begründen, auf die er sich nach dem Gemeinschaftsrecht vor den Gerichten unmittelbar berufen könnte (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 23. November 1999,

Portugal/Rat, C-149/96, Slg. 1999, I-8395, Randnrn. 42 bis 48, vom 14. Dezember 2000, Dior u. a., C-300/98 und C-392/98, Slg. 2000, I-11307, Randnrn. 44 und 45, und vom 16. November 2004, Anheuser-Busch, C-245/02, Slg. 2004, I-10989, Randnr. 54).

- 40 Auch die Vorschriften der Pariser Verbandsübereinkunft können im vorliegenden Fall nicht unmittelbar geltend gemacht werden.
- 41 Erstens nämlich gehört die Gemeinschaft der Pariser Verbandsübereinkunft, anders als dem TRIPs-Übereinkommen, nicht an.
- 42 Zweitens hat der Gemeinschaftsgesetzgeber, soweit er es als erforderlich ansah, bestimmten Vorschriften der Pariser Verbandsübereinkunft unmittelbare Wirkung zu verleihen, auf diese in der Verordnung Nr. 40/94 ausdrücklich Bezug genommen, so insbesondere hinsichtlich der absoluten Eintragungshindernisse gemäß Art. 7 Abs. 1 Buchst. h und i der Verordnung. Hingegen enthält Art. 7 Abs. 1 hinsichtlich der Unterscheidungskraft von Marken keine Bezugnahme dieser Art. Hierfür hat der Gemeinschaftsgesetzgeber in Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung eine autonome Bestimmung geschaffen.
- 43 Drittens könnte sich eine unmittelbare Wirkung der Pariser Verbandsübereinkunft zwar daraus ergeben, dass Art. 2 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens auf sie verweist. Da dieses Abkommen aber selbst nicht unmittelbar anwendbar ist, kann auch dieser Verweis keine unmittelbare Anwendbarkeit der Pariser Verbandsübereinkunft bewirken.
- 44 Folglich sind im vorliegenden Fall weder das TRIPs-Übereinkommen noch die Pariser Verbandsübereinkunft anwendbar. Der Gerichtshof wird die Rechtsmittelgründe nur prüfen, soweit mit ihnen geltend gemacht wird, dass das Gericht gegen die Verordnung Nr. 40/94 verstoßen habe.

Zum ersten Rechtsmittelgrund: Verkennung der Beweislastregeln

Vorbringen der Parteien

- ⁴⁵ Develey macht geltend, dass das Gericht hinsichtlich der Beweislast Art. 74 Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94 verkannt habe. Nach Auffassung von Develey hätte das Gericht die streitige Entscheidung aufheben müssen, weil es die Unterscheidungskraft der Anmeldemarke selbst mit dem in Randnr. 52 seines Urteils gegebenen Hinweis anerkannt habe, dass die Marke aus den handelsüblichen Marken heraussteche.
- ⁴⁶ Darüber hinaus widersprechen die Erwägungen des Gerichts zur Orientierung der Verbraucher bei ihrer Produktwahl seiner Rechtsprechung (Urteile vom 3. Dezember 2003, Nestlé Waters France/HABM [Form einer Flasche], T-305/02, Slg. 2003, II-5207, Randnr. 34, und vom 24. November 2004, Henkel/HABM [Form einer weißen und transparenten Flasche], T-393/02, II-4115, Randnr. 34). Die Verwendung der Gestaltung als Kennzeichen der Warenherkunft sei von Bedeutung, weil die Verbraucher anhand der Verpackungsform eine Vorauswahl vornähmen und das Etikett erst danach überprüften.
- ⁴⁷ Das HABM macht geltend, dass das Verfahren der Eintragung einer Marke ein Verwaltungsverfahren sei, in dem es nach Art. 74 Abs. 1 der Verordnung den Sachverhalt von Amts wegen ermittle. Der Begriff der Beweislastverteilung könne daher nur dann Bedeutung erlangen, wenn bestimmte Tatsachen unerweislich blieben. Das Gericht habe die Grundsätze über die Erhebung und die Würdigung der Beweise, die ihm in einem Verfahren wie diesem oblägen, zutreffend nachgezeichnet. Jedenfalls dürfe das Begründungserfordernis nicht mit irgendeiner Nachweispflicht des HABM verwechselt werden.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 48 Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Rolle des HABM, wie das Gericht in den Randnrn. 15 und 16 des angefochtenen Urteils dargelegt hat, bei der Prüfung des Vorliegens absoluter Eintragungshindernisse gemäß Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94 darin besteht, zu entscheiden, ob der Markenmeldung solche Hindernisse entgegenstehen.
- 49 Dem ist hinzuzufügen, dass nach Art. 74 Abs. 1 der Verordnung Nr. 40/94 das HABM von Amts wegen den relevanten Sachverhalt zu ermitteln hat, der ihn zu der Feststellung veranlassen könnte, dass ein absolutes Eintragungshindernis vorliegt.
- 50 Schließlich ist es, wie zutreffend in Randnr. 21 des angefochtenen Urteils ausgeführt worden ist, dann, wenn ein Kläger geltend macht, eine Anmeldemarke habe entgegen der vom HABM vorgenommenen Beurteilung Unterscheidungskraft, Sache des Klägers, durch konkrete und fundierte Angaben darzulegen, dass die Anmeldemarke Unterscheidungskraft entweder von Haus aus besitzt oder durch Benutzung erworben hat.
- 51 Folglich hat das Gericht die Beweislastregeln nicht verkannt.
- 52 Soweit die Rechtsmittelführerin geltend macht, die Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke sei fehlerhaft beurteilt worden, sind ihre Rügen im Rahmen des fünften Rechtsmittelgrundes zu prüfen.

53 Demnach ist der erste Rechtsmittelgrund als unbegründet anzusehen.

Zum zweiten Rechtsmittelgrund: Rechtswidrige Bestätigung der Ungültigerklärung einer älteren nationalen eingetragenen Marke

Vorbringen der Parteien

54 Develey trägt vor, das HABM habe mit der streitigen Entscheidung eine fehlende Unterscheidungskraft der Anmeldemarke auch für Deutschland festgestellt. Mit seiner Bestätigung dieser Entscheidung habe das Gericht nach Art. 108 der Verordnung Nr. 40/94 eine voreingetragene identische nationale Marke ungültig werden lassen.

55 Nach Ansicht des HABM hat das Gericht zutreffend entschieden, dass die streitige Entscheidung weder die Gültigkeit noch den Schutz der nationalen Voreintragung im deutschen Staatsgebiet berühre. Die nationalen Behörden prüften stets unabhängig von seinen eigenen Entscheidungen nach nationalem Markenrecht, ob die nationalen Marken und die nationalen Markenmeldungen schutzfähig seien.

Würdigung durch den Gerichtshof

56 Wie das Gericht zutreffend in Randnr. 25 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, berührt die streitige Entscheidung, mit der die Gemeinschaftsmarkenmeldung zurückgewiesen wurde, weder die Gültigkeit noch den Schutz der älteren nationalen Eintragung im deutschen Staatsgebiet.

- 57 Laut dem fünften Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 40/94, auf den sich das Gericht in dieser Randnummer des angefochtenen Urteils zu Recht bezogen hat, tritt das gemeinschaftliche Markenrecht nämlich nicht an die Stelle der Markenrechte der Mitgliedstaaten.
- 58 Es ist daher nicht nur möglich, dass einer Marke wegen sprachlicher, kultureller, sozialer und wirtschaftlicher Unterschiede in einem Mitgliedstaat die Unterscheidungskraft fehlt, in einem anderen aber nicht (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 9. März 2006, Matratzen Concord, C-421/04, Slg. 2006, I-2303, Randnr. 25, und zum irreführenden Charakter einer Marke entsprechend Urteil vom 26. November 1996, Graffione, C-313/94, Slg. 1996, I-6039, Randnr. 22), sondern ebenso, dass eine Marke auf der Ebene der Gemeinschaft keine Unterscheidungskraft besitzt, wohl aber in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft.
- 59 Hinzuzufügen ist, dass diese Feststellung, anders als Develey geltend macht, durch die Regelung des Art. 108 der Verordnung Nr. 40/94 keineswegs entkräftet wird.
- 60 Dieser Rechtsmittelgrund ist daher als unbegründet anzusehen.

Zum dritten und zum vierten Rechtsmittelgrund: Verfälschung von Tatsachen und Verletzung der Begründungspflicht in Bezug auf die ältere nationale eingetragene Marke sowie Verkennung des Gebots, dass der nationale Prüfer und der Prüfer des HABM gleiche Anforderungen an die Unterscheidungskraft stellen müssten

Vorbringen der Parteien

- 61 Im Rahmen dieser Rechtsmittelgründe wirft Develey dem Gericht vor, sich auf eine unzutreffende Tatsachenfeststellung gestützt und einen Teil ihres Sachvortrags

ignoriert zu haben. Sie habe die Eintragungsurkunde des Deutschen Patent- und Markenamts vorgelegt, aus der sich ergebe, dass die angemeldete Marke aufgrund originärer und nicht aufgrund durch Benutzung erworbener Unterscheidungskraft eingetragen worden sei.

- 62 Develey trägt vor, dass die streitige Entscheidung hinsichtlich der Prüfung der Voreintragung der nationalen Marke an einem Begründungsmangel leide. Außerdem müssten angesichts der Harmonisierung des Markenrechts das HABM und der nationale Prüfer an die Unterscheidungskraft die gleichen Anforderungen stellen.
- 63 Zur Tatsachenfeststellung trägt das HABM vor, die Erläuterungen der Vertreter von Develey im Verfahren vor dem HABM seien wenig aussagekräftig gewesen und hätten sich in nicht nachprüfbar behauptungen über die deutsche Eintragung erschöpft. Da die genauen Gründe, aus denen die Eintragung zugelassen worden sei, der Beschwerdekammer des HABM unbekannt geblieben seien, könne dem Gericht insoweit keine Sachverhaltsverzerrung angelastet werden.
- 64 Auf die Rüge eines Begründungsmangels entgegnet das HABM, dass seine Verpflichtung zur Begründung von Einzelfallentscheidungen dem doppelten Ziel diene, die Beteiligten über die Gründe für die erlassene Maßnahme zu unterrichten, damit sie ihre Rechte verteidigen könnten, und es dem Gemeinschaftsrichter zu ermöglichen, die Rechtmäßigkeit der Entscheidung zu überprüfen. Dass Develey mit der Begründung der Beschwerdekammer und deren Bestätigung durch das Gericht nicht einverstanden sei, reiche nicht aus, um einen Begründungsmangel des angefochtenen Urteils anzunehmen. Das Gericht sei zu Recht von einer ausreichenden Begründung der streitigen Entscheidung ausgegangen, und das angefochtene Urteil könne keineswegs im Hinblick auf Art. 73 Verordnung der Nr. 40/94 in Frage gestellt werden.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 65 Zu der von Deveyly angeführten Entscheidung des Deutschen Patent- und Markenamts genügt der auch vom Gericht in Randnr. 32 seines Urteils gegebene Hinweis, dass die Gemeinschaftsregelung für Marken ein autonomes System ist, das aus einer Gesamtheit von Vorschriften besteht und Zielsetzungen verfolgt, die ihm eigen sind, und dessen Anwendung von jedem nationalen System unabhängig ist.
- 66 Daher ist die angemeldete Marke allein auf der Grundlage der einschlägigen Gemeinschaftsregelung zu beurteilen, und die nationale Entscheidung kann jedenfalls weder die Rechtmäßigkeit der streitigen Entscheidung noch die des angefochtenen Urteils in Frage stellen.
- 67 Diese Rüge geht daher ins Leere.
- 68 Soweit die Rechtsmittelführerin eine unrichtige Feststellung von Tatsachen und eine ungenügende Begründung des angefochtenen Urteils rügt, ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht in Randnr. 34 seines Urteils Randnr. 55 der streitigen Entscheidung zitiert hat, der zufolge die Registrierung der Anmeldung im deutschen Markenregister für das Gemeinschaftsmarkensystem nicht bindend ist und in den Mitgliedstaaten bereits vorliegende Eintragungen einen Umstand darstellen, der für die Eintragung einer Gemeinschaftsmarke lediglich berücksichtigt werden kann, ohne entscheidend zu sein.
- 69 Hieraus ergibt sich, dass das Gericht den Sachverhalt hinsichtlich der älteren nationalen Eintragung nicht fehlerhaft festgestellt hat und dass ein Begründungsmangel des angefochtenen Urteils im Hinblick auf diese Voreintragung nicht geltend gemacht werden kann.

- 70 Diese Rüge ist daher zurückzuweisen.
- 71 Die Rüge schließlich, das HABM hätte wegen der Harmonisierung des Markenrechts an die Unterscheidungskraft die gleichen Anforderungen stellen müssen wie der nationale Prüfer, kann deshalb nicht durchgreifen, weil zum einen die Gemeinschaftsregelung für Marken ein autonomes System ist und weil es zum anderen möglich ist, dass eine Marke keine Unterscheidungskraft in einem Mitgliedstaat oder im Rahmen der gemeinschaftlichen Regelung besitzt, wohl aber in einem anderen Mitgliedstaat.
- 72 Zudem ist im Rahmen der Behandlung der vorstehenden Rügen bereits darauf hingewiesen worden, dass in den Mitgliedstaaten bereits bestehende Eintragungen nur ein Umstand sind, der im Zusammenhang mit der Eintragung einer Gemeinschaftsmarke berücksichtigt werden kann, und dass die Anmeldemarke auf der Grundlage der einschlägigen Gemeinschaftsregelung beurteilt werden muss.
- 73 Folglich ist das HABM weder gehalten, sich die von der zuständigen Markenbehörde des Ursprungsland gestellten Anforderungen und vorgenommene Beurteilung zu eigen zu machen, noch dazu verpflichtet, die Anmeldemarke deshalb zur Eintragung zuzulassen, weil diese nationale Behörde das Zeichen als lediglich anspielend und nicht als unmittelbar beschreibend angesehen hat.
- 74 Diese Rüge ist daher nicht begründet.
- 75 Unter diesen Umständen ist der vorliegende Rechtsmittelgrund zurückzuweisen.

Zum fünften Rechtsmittelgrund: Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94

Vorbringen der Parteien

- 76 Mit diesem Rechtsmittelgrund macht Develey zum einen geltend, dass das Gericht nicht ordnungsgemäß festgestellt habe, welches der durch die angemeldete Marke hervorgerufene Gesamteindruck sei. Es habe versäumt, eines der charakteristischen Merkmale dieser Marke zu prüfen, nämlich den abgeflachten breiten Flaschenhauptteil, der den größten Teil der Vorder- und Hinteransicht bestimme, konvex ausgewölbt sei und nach oben durch einen leicht spitzwinklig zulaufenden Bogen abgeschlossen werde, wodurch der Eindruck eines Portals hervorgerufen werde. Dieses Merkmal trage aber dadurch, dass es dem Flaschenhauptteil den Eindruck eines Portals verleihe, erheblich zum Gesamteindruck bei. Eine Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung dieses Merkmals hätte zur Feststellung der Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke führen müssen.
- 77 Zum anderen habe das Gericht bei seiner Beurteilung der Unterscheidungskraft der Anmeldemarke im Hinblick auf die betroffenen Waren nicht zwischen den einzelnen Warengattungen wie dünnflüssigen, dickflüssigen, festen und pulverisierten Nahrungs- und Gewürzmitteln unterschieden, sondern zu Unrecht alle in der Anmeldung beanspruchten Waren über einen Kamm geschoren.
- 78 Das HABM meint, dass die im Rahmen dieses Rechtsmittelgrundes erhobenen Rügen ausschließlich die Feststellung von Tatsachen durch das Gericht betreffen und dass der Rechtsmittelgrund daher zurückzuweisen sei.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 79 Nach ständiger Rechtsprechung besagt die Unterscheidungskraft einer Marke im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94, dass die Marke geeignet ist, die Ware, für die die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Ware somit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Urteile vom 29. April 2004, Procter & Gamble/HABM, C-473/01 P und C-474/01 P, Slg. 2004, I-5173, Randnr. 32, und vom 21. Oktober 2004, HABM/Erpo Möbelwerk, C-64/02 P, Slg. 2004, I-10031, Randnr. 42). Die Unterscheidungskraft einer Marke 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 (Urteile Procter & Gamble/HABM, Randnr. 33, und vom 22. Juni 2006, Storck/HABM, C-24/05 P, Slg. 2006, I-5677, Randnr. 23).
- 80 Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung sind die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst bestehen, keine anderen als für die übrigen Markenkategorien. Jedoch ist im Rahmen der Anwendung dieser Kriterien zu berücksichtigen, dass eine dreidimensionale Marke, die aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst besteht, von den maßgeblichen Verkehrskreisen nicht notwendig in der gleichen Weise wahrgenommen wird wie eine Wort- oder Bildmarke, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der mit der Marke bezeichneten Waren unabhängig ist. Denn wenn grafische oder Wortelemente fehlen, schließen die Durchschnittsverbraucher aus der Form der Waren oder der ihrer Verpackung 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 (Urteile vom 7. Oktober 2004, Mag Instrument/HABM, C-136/02 P, Slg. 2004, I-9165, Randnr. 30, und Storck/HABM, Randnrn. 24 und 25).
- 81 Unter diesen Umständen besitzt nur eine Marke, die erheblich von der Norm oder der Branchenüblichkeit abweicht und deshalb ihre wesentliche herkunftskennzeich-

nende Funktion erfüllen kann, Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 (Urteile vom 12. Januar 2006, Deutsche SiSi-Werke/HABM, C-173/04 P, Slg. 2006, I-551, Randnr. 31, und Storck/HABM, Randnr. 26).

- 82 Um zu beurteilen, ob eine Marke Unterscheidungskraft hat, ist auf den von ihr hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass nicht zunächst die einzelnen Gestaltungselemente der Marke nacheinander geprüft werden könnten. Es kann sich nämlich als zweckmäßig erweisen, im Zuge der Gesamtbeurteilung jeden einzelnen Bestandteil der betreffenden Marke zu untersuchen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Juni 2005, Eurocermex/HABM, C-286/04 P, Slg. 2005, I-5797, Randnrn. 22 und 23 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 83 Dem angefochtenen Urteil ist zu entnehmen, dass das Gericht die in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien fehlerfrei herangezogen und auf den vorliegenden Fall angewandt hat.
- 84 Das Gericht hat zu Recht in den Randnrn. 50 bis 53 des angefochtenen Urteils die einzelnen Bestandteile, aus denen die durch die Anmeldemarke gebildete Form besteht, einer Prüfung unterzogen und anschließend in den Randnrn. 53 und 54 des Urteils den von ihr hervorgerufenen Gesamteindruck beurteilt, um festzustellen, ob die Marke Unterscheidungskraft besitzt.
- 85 Insoweit ist zum einen darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Prüfung der verschiedenen für eine Anmeldemarke verwendeten Gestaltungsmerkmale der Betroffene keinen Anspruch darauf hat, die Reihenfolge dieser Prüfung, den Grad der Aufgliederung dieser Elemente oder die verwendeten Ausdrücke zu bestimmen.

- 86 Daher ist im vorliegenden Fall daraus, dass bei der vom Gericht vorgenommenen Prüfung bestimmte Ausdrücke wie „konvex ausgewölbter Flaschenhauptteil“ oder „Eindruck eines Portals“ nicht verwendet worden sind, nicht zu schließen, dass bestimmte Merkmale, die nach Auffassung von Develey zur Unterscheidungskraft beitragen, nicht ordnungsgemäß berücksichtigt worden wären.
- 87 Da zum anderen bei der Beurteilung der Frage, ob eine Anmeldemarke Unterscheidungskraft besitzt, der von ihr hervorgerufene Gesamteindruck zu berücksichtigen ist, folgt aus der Feststellung, dass sich die Marke durch eines ihrer Merkmale von der üblichen Form abhebt, nicht automatisch eine Bejahung der Unterscheidungskraft.
- 88 Develey kann daher nicht geltend machen, dass das Gericht die streitige Entscheidung deshalb hätte aufheben müssen, weil es in Randnr. 52 des angefochtenen Urteils anerkannt hat, dass „[d]as einzige Merkmal, mit dem sich die angemeldete Marke von der üblichen Form abhebt, ... die seitlichen Mulden [sind]“.
- 89 Überdies hat das Gericht in Randnr. 53 des angefochtenen Urteils klargestellt, dass selbst dann, „wenn ... dieses Merkmal als ungewöhnlich angesehen werden könnte, ... es allein nicht ausreichend [wäre], um den durch die angemeldete Marke hervorgerufenen Gesamteindruck so stark zu beeinflussen, dass die Marke damit erheblich von der Norm oder der Branchenüblichkeit abweiche und deshalb ihre wesentliche herkunftskennzeichnende Funktion erfüllen könnte“.
- 90 Folglich kann nicht geltend gemacht werden, dass das Gericht den von der Anmeldemarke hervorgerufenen Gesamteindruck nicht ordnungsgemäß beurteilt habe.

- 91 Hinsichtlich der Rüge, es sei nicht zwischen den verschiedenen Warengattungen differenziert worden, genügt der Hinweis, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine zuständige Behörde, wenn sie die Eintragung einer Marke ablehnt, gemäß der Richtlinie 89/104 verpflichtet ist, in ihrer Entscheidung für jede der in der Anmeldung bezeichneten Waren und Dienstleistungen anzugeben, zu welchem Schluss sie gekommen ist. Wenn allerdings dasselbe Eintragungshindernis für eine Kategorie oder Gruppe von Waren oder Dienstleistungen festgestellt wird, darf sich die zuständige Behörde auf eine globale Begründung für alle betroffenen Waren oder Dienstleistungen beschränken (Urteil vom 15. Februar 2007, BVBA Management, Training en Consultancy, C-239/05, Slg. 2007, I-1455, Randnr. 38).
- 92 Geht man davon aus, dass diese Rechtsprechung das Gericht bindet, ist darauf hinzuweisen, dass es in den Randnrn. 46 und 47 seines Urteils festgestellt hat, dass die Waren, auf die sich die angemeldete Marke bezieht, Lebensmittel des täglichen Verbrauchs sind und dass die Verbraucher den Flaschen, die solche Waren enthalten, in erster Linie eine reine Verpackungsfunktion zuschreiben. Wie sich überdies aus Randnr. 18 des vorliegenden Urteils ergibt, gehören die angemeldeten Marken nur zu drei Warenklassen des Abkommens von Nizza.
- 93 Es kann daher nicht geltend gemacht werden, dass sich das Gericht fehlerhaft auf eine globale Begründung für diese Waren beschränkt hätte.
- 94 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass das Gericht mit der Entscheidung, dass die angemeldete Marke keine Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 40/94 hat, keinen Rechtsfehler im Hinblick auf diese Bestimmung und die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs begangen hat.
- 95 Soweit die Klägerin die Ausführungen des Gerichts zu den Merkmalen der maßgeblichen Verkehrskreise, zur Haltung der Verbraucher und zu deren

Orientierung rügt, ist darauf hinzuweisen, dass diese Ausführungen zur Würdigung der Tatsachen gehören und dass Develey dem Gericht keine Verfälschung von Tatsachen vorwirft.

- 96 Auch die Feststellungen zu der Frage, ob eine erhebliche Abweichung im Sinne von Randnr. 81 des vorliegenden Urteils vorliegt, gehören zur Tatsachenwürdigung.
- 97 Nach Art. 225 EG und Art. 58 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs ist das Rechtsmittel auf Rechtsfragen beschränkt. Daher ist allein das Gericht dafür zuständig, die Tatsachen festzustellen — sofern sich nicht aus den Prozessakten ergibt, dass seine Feststellungen tatsächlich falsch sind — und diese zu würdigen. Die Tatsachenwürdigung stellt somit, vorbehaltlich einer Entstellung des dem Gericht unterbreiteten Sachvortrags, keine Rechtsfrage dar, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofs im Rechtsmittelverfahren unterläge (Urteile vom 19. September 2002, DKV/HABM, C-104/00 P, Slg. 2002, I-7561, Randnr. 22, und vom 29. April 2004, Henkel/HABM, C-456/01 P und C-457/01 P, Slg. 2004, I-5089, Randnr. 41).
- 98 Diese Rüge ist deshalb unzulässig.
- 99 Der fünfte Rechtsmittelgrund ist somit teils unbegründet, teils unzulässig und kann daher nicht durchgreifen.
- 100 Da alle Rechtsmittelgründe von Develey zurückzuweisen sind, ist das Rechtsmittel insgesamt zurückzuweisen.

Kosten

¹⁰¹ Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung, der nach deren Art. 118 auf das Rechtsmittelverfahren entsprechende Anwendung findet, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da das HABM beantragt hat, Develey die Kosten aufzuerlegen und diese mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr die Kosten aufzuerlegen.

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

- 1. Das Rechtsmittel wird zurückgewiesen.**
- 2. Die Develey Holding GmbH & Co. Beteiligungs KG trägt die Kosten.**

Unterschriften