URTEIL DES GERICHTS (Zweite Kammer)

9. Oktober 2002 *

In der Rechtssache T-36/01

Glaverbel mit Sitz in Brüssel (Belgien), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin S. Möbus,

Klägerin,

gegen

Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM), vertreten durch A. di Carlo und G. Schneider als Bevollmächtigte,

Beklagter,

wegen Aufhebung der Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) vom 30. November 2000 (Sache R 137/2000-1)

* Verfahrenssprache: Englisch.

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten R. M. Moura Ramos sowie der Richter J. Pirrung und A. W. H. Meij,

Kanzler: J. Palacio González, Verwaltungsrat

aufgrund der am 19. Februar 2001 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 7. Mai 2001 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung,

auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 2002,

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Die Klägerin reichte am 24. April 1998 gemäß der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994,

L 11, S. 1) in ihrer geänderten Fassung die Anmeldung einer Gemeinschaftsmarke für ein als „Grafik, die auf der Oberfläche der Waren angebracht ist", beschriebenes Zeichen beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (im Folgenden: Amt) ein.

2 Die Marke, deren Eintragung beantragt worden ist, stellt sich nach ihrer Abbildung in der Anmeldung als abstraktes Muster dar, das dazu bestimmt ist, auf der Oberfläche eines Glaserzeugnisses aufgetragen zu werden.

3 Die Waren, für die die Eintragung der Marke beantragt worden ist, gehören zu den Klassen 11, 19 und 21 im Sinne des Abkommens von Nizza vom 15. Juni 1957 über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken in seiner überarbeiteten und geänderten Fassung und entsprechen, bezogen auf jede dieser Klassen, folgender Beschreibung:

— sanitäre Anlagen; Duschen, Duschschränke, Duschwände, Duschkabinen; Abstellflächen für Kühlschränke, Abstellflächen für Kühlschränke aus Glas; Teile und Bestandteile für die vorstehend genannten Waren (Klasse 11);

— Baumaterialien, nicht aus Metall; Bauglas; strukturiertes Glas; Verglasungen; Fenster und Türen, nicht aus Metall; Tafeln, Platten, Paneele, Wände und Glas für Bauten, für Einrichtungen sowie für dekorative Zwecke im Innen- und Außenbereich; Glasabschirmungen und -trennwände; Teile und Bestandteile für die vorstehend genannten Waren (Klasse 19);

— Glaswaren; rohes oder teilweise bearbeitetes Glas, mit Ausnahme von Bauglas; strukturiertes Glas; Platten und Tafeln aus unbearbeitetem oder teilweise bearbeitetem Glas zur Herstellung von Sanitäranlagen, Duschen, Duschschränken, Duschwänden, Duschkabinen, Abstellflächen für Kühlschränke, Verglasungsteilen, Trennwänden für Bauzwecke, Abschirmungen für Bauzwecke, Türen, Schranktüren und Möbelstücken; Geräte oder Behälter für Haushalt oder Küche, nicht aus Edelmetall oder damit plattiert; Küchenschneidbretter; Teile und Bestandteile für die vorstehend genannten Waren (Klasse 21).

4 Mit Entscheidung vom 24. Januar 2000 wies der Prüfer die Anmeldung gemäß Artikel 38 der Verordnung Nr. 40/94 mit der Begründung zurück, dass das angemeldete Zeichen keine Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 habe und dass die von der Klägerin vorgelegten Beweise nicht den Schluss darauf zuließen, dass das Zeichen gemäß Artikel 7 Absatz 3 dieser Verordnung die Unterscheidungskraft infolge seiner Benutzung erlangt habe.

5 Am 4. Februar 2000 legte die Klägerin gemäß Artikel 59 der Verordnung Nr. 40/94 Beschwerde gegen die Entscheidung des Prüfers beim Amt ein.

6 Mit Entscheidung vom 30. November 2000 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung), die der Klägerin am 20. Dezember 2000 zugestellt wurde, wies die Erste Beschwerdekammer die Beschwerde zurück.

7 Die Beschwerdekammer vertrat im Wesentlichen die Ansicht, dem angemeldeten Zeichen fehle die Unterscheidungskraft, da es von den angesprochenen Verbraucherkreisen als eines der möglichen funktionalen Erscheinungsbilder einer

bestimmten Glasart wahrgenommen werde und daher ungeeignet sei, auf die betriebliche Herkunft der fraglichen Waren hinzuweisen. Zur Frage der Erlangung der Unterscheidungskraft infolge Benutzung führte die Beschwerdekammer insbesondere aus, diese Benutzung sei nicht für die gesamte Gemeinschaft nachgewiesen worden.

Anträge der Parteien

8 Die Klägerin beantragt,

— die Entscheidung der Beschwerdekammer aufzuheben oder abzuändern;

— dem Amt die Kosten aufzuerlegen.

9 Das Amt beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Entscheidungsgründe

10 Die Klägerin führt drei Klagegründe an, die sie auf einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94, eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 stützt.

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

Vorbringen der Parteien

11 Die Klägerin macht geltend, alle Markenarten seien gleichzubehandeln. Die Verordnung erkenne ausdrücklich an, dass die Form einer Ware eine Marke darstellen könne und dass es nicht darum gehe, zu ermitteln, was in einem bestimmten Bereich üblich sei, sondern darum, ob der angemeldeten Marke jede Unterscheidungskraft fehle.

12 Die von ihr zum Nachweis der Erlangung der Unterscheidungskraft infolge Benutzung vorgelegten Beweise zeigten, dass die Verbraucher in der Lage und auch daran gewöhnt seien, diese Art des verwendeten Zeichens als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Ware wahrzunehmen.

13 Die auf dem funktionalen Erscheinungsbild des Glases beruhende Auffassung der Beschwerdekammer könnte allenfalls dann gerechtfertigt sein, wenn die angemeldete Marke notwendiges Ergebnis des technischen Verfahrens wäre; das sei

hier aber nicht der Fall. Es gebe nämlich mehrere Möglichkeiten zur Erzeugung von Opakglas, ohne das fragliche Zeichen zu verwenden. Es treffe auch nicht zu, dass die angemeldete Marke in erster Linie als funktionales Merkmal der fraglichen Waren angesehen werde.

14 Im vorliegenden Fall sei die angemeldete Marke kein einfaches Muster wie ein Kreis oder ein Quadrat, sondern ein komplexes und fantasievolles Muster. Ein Verbraucher sei anhand des als Marke angemeldeten Musters eindeutig in der Lage, die betriebliche Herkunft einer Glasplatte zu erkennen und dieses besondere Glas von Glasplatten anderer Hersteller, die nicht mit diesem Muster versehen seien, zu unterscheiden.

15 Das Benelux-Markenamt, das die Anmeldungen im Wesentlichen anhand der gleichen absoluten Eintragungshindernisse wie der vom Amt herangezogenen prüfe, habe die Marke akzeptiert; auch das Amt habe andere Marken eingetragen, die weniger komplex und fantasievoll seien als das angemeldete Zeichen.

16 Das Amt trägt erstens vor, Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 verlange nicht nur ein ausreichendes Maß an Unterscheidungskraft, das sich aus dem Erscheinungsbild der Ware ergeben könne, sondern auch, dass das Zeichen geeignet sei, die Funktion des Hinweises auf die betriebliche Herkunft der Waren zu erfüllen.

17 Zweitens fehle der auf Glasplatten angebrachten Zeichnung jede Unterscheidungskraft, da das Muster banal sei und sich auf eine Art von Zeichnung beschränke, die für diese Waren üblich sei. Zudem könne ein sehr komplexes oder ornamentales Muster dann keine Unterscheidungskraft haben, wenn ein durchschnittlicher Verbraucher es sich unmöglich merken könne.

18 Drittens sei schließlich zu berücksichtigen, um welche Art Ware es sich handele und wie sie verwendet werde. Im vorliegenden Fall sei die Zeichnung für den Verbraucher in technischer und ästhetischer Hinsicht funktional. Um die betriebliche Herkunft der Ware festzustellen, betrachte der angesprochene Verbraucher die Bildmarken oder wende sich an den Händler. Außerdem enthalte das angemeldete Zeichen keine Elemente, die die Aufmerksamkeit des Verbrauchers auf sich lenken könnten oder die sich dieser merken könne.

Würdigung durch das Gericht

19 Zunächst ist festzustellen, dass ein auf der Oberfläche einer Ware angebrachtes Muster eine Gemeinschaftsmarke darstellen kann, soweit es geeignet ist, die Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen eines anderen Unternehmens zu unterscheiden.

20 Die allgemeine Eignung einer Kategorie von Zeichen, eine Marke darzustellen, bedeutet jedoch nicht, dass die zu dieser Kategorie gehörenden Zeichen im Hinblick auf eine bestimmte Ware notwendig Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 haben.

21 Zeichen ohne Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 sind ungeeignet, die wesentliche Funktion der Marke zu erfüllen, die darin besteht, auf die Herkunft der Ware oder der Dienstleistung hinzuweisen, damit der Verbraucher, der die durch die Marke bezeichnete Ware oder Dienstleistung erwirbt oder in Anspruch nimmt, bei einem späteren Erwerb oder einer späteren Inanspruchnahme, wenn die Erfahrung positiv war, die gleiche Wahl oder, wenn sie negativ war, eine andere Wahl treffen kann.

22 Die Unterscheidungskraft eines Zeichens ist nur für die Erzeugnisse und Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wurde, und nur im Hinblick darauf zu prüfen, wie das Zeichen von den angesprochenen Verkehrskreisen wahrgenommen wird.

23 Sodann ist festzustellen, dass Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 nicht zwischen verschiedenartigen Zeichen unterscheidet. Die Wahrnehmung der angesprochenen Verkehrskreise ist jedoch nicht zwangsläufig die gleiche bei einem Zeichen, das aus einem auf der Oberfläche einer Ware angebrachten Muster besteht, und bei einer Wort- oder Bildmarke, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der Waren, die sie bezeichnet, unabhängig ist. Zwar ist das Publikum gewöhnt, Wort- oder Bildmarken sofort als Zeichen wahrzunehmen, die auf die betriebliche Herkunft der Ware hinweisen, dies ist aber nicht notwendig dann der Fall, wenn das Zeichen mit dem äußeren Erscheinungsbild der Ware, für die es angemeldet wurde, übereinstimmt.

24 Schließlich ist zu bemerken, dass auf der Oberfläche einer Ware angebrachte Muster verschiedene Funktionen haben können, u. a. technische, dekorative oder auf die betriebliche Herkunft der Ware hinweisende Funktionen. Nehmen die angesprochenen Verkehrskreise das Zeichen als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Ware wahr, so ist die Tatsache, dass dieses Zeichen mehrere gleichzeitige Funktionen erfüllt, für seine Unterscheidungskraft unerheblich.

25 Im vorliegenden Fall gehen die fraglichen Glaswaren sowohl die Gewerbetreibenden des Bausektors als auch das allgemeine Publikum an. Daher werden die angesprochenen Verkehrskreise vom normal informierten und ausreichend aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher gebildet (in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofes vom 22. Juni 1999 in der Rechtssache C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Slg. 1999, I-3819, Randnr. 26).

26 Das Muster besteht in der Aufbringung sich unbegrenzt wiederholender dünner Striche auf der Oberfläche einer Glasplatte, unabhängig davon, um welche

Oberfläche es sich handelt. Da das Muster über die Gesamtheit einer der Oberflächen der Ware angebracht ist, fällt es mit dem äußeren Erscheinungsbild der Ware selbst zusammen. Als Ganzes betrachtet, weist das Muster nämlich kein spezifisches Element auf, das geeignet wäre, die unmittelbare Aufmerksamkeit des Verbrauchers als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Ware auf sich zu lenken. Das angemeldete Zeichen, das das Erscheinungsbild des Glases wiedergibt, lässt offensichtliche Merkmale der Ware erkennen, so dass es vor allem als technisches Mittel wahrgenommen wird, das die Undurchsichtigkeit des Glases garantiert.

27 Insoweit hat die Beschwerdekammer zutreffend festgestellt, dass die angesprochenen Verkehrskreise nicht gewöhnt seien, auf der Oberfläche von Glasplatten angebrachte Muster als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Waren anzusehen, und dass das Muster nicht auf den ersten Blick als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Ware, sondern als ein funktionales Element dieser Ware erkennbar sei.

28 Außerdem genügt der von der Klägerin hervorgehobene komplexe und fantasievolle Charakter des angemeldeten Musters nicht, um dessen Unterscheidungskraft darzutun. Diese Eigenschaften wirken nämlich eher so, dass sie einer ästhetischen oder dekorativen Ausarbeitung zuzuschreiben sind, als dass sie auf die betriebliche Herkunft der Waren hinweisen sollten. Im Übrigen erlauben es die globale Komplexität des Musters sowie seine Anbringung auf der äußeren Oberfläche der Ware weder, besondere Details dieses Musters zu behalten, noch, es zu erfassen, ohne gleichzeitig die eigentlichen Merkmale der Ware wahrzunehmen. Somit können sich die angesprochenen Verkehrskreise das angemeldete Muster nicht leicht und unmittelbar als unterscheidungskräftiges Zeichen merken.

29 Zu den von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung gegebenen Erläuterungen, wonach das Muster den Eindruck eines Pelzes, einer glänzenden Welle oder eines Fingerabdrucks hinterlässt, ist zu bemerken, dass, wenn man davon ausgeht, dass sich der Durchschnittsverbraucher komplexe Zeichen merken kann, er sie doch nur aufgrund besonderer, einprägsamer Merkmale behält, die er als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Ware wahrnimmt. Der Durchschnittsverbraucher ist aber nicht gewöhnt, einen bloßen Eindruck, den das äußere Erscheinungsbild einer Ware hinterlässt, als unterscheidungskräftiges Zeichen wahrzunehmen.

30 Außerdem ist der Eindruck, den das Muster hinterlässt, nicht beständig. Er kann nämlich je nach Blickwinkel, Lichtintensität oder Beschaffenheit des Glases ganz unterschiedlich wahrgenommen werden und lässt es daher nicht zu, die Waren der Klägerin zu identifizieren und sie von denen anderer betrieblicher Herkunft zu unterscheiden.

31 Demnach ist der Schluss zu ziehen, dass das angemeldete Zeichen es dem Verbraucher nicht ermöglicht, dieses Zeichen als unterscheidungskräftiges Zeichen zu erkennen, wenn er bei einem späteren Erwerb der fraglichen Waren seine Wahl zu treffen hat.

32 Diese Schlussfolgerung wird durch das Vorbringen der Klägerin nicht entkräftet, dass der Verbraucher das angemeldete Zeichen identifizieren könne, weil ihre Waren seit sehr langer Zeit vertrieben würden und Fachleute erkennen müssten, dass diese Waren mit der fraglichen Prägung von ihr stammten. Dieses Vorbringen beruht nämlich auf einer Analyse, die mit der infolge Benutzung erlangten Unterscheidungskraft und nicht mit der eigentlichen Unterscheidungskraft des angemeldeten Musters zusammenhängt, und außerdem ist nicht davon auszugehen, dass die Fachleute, Gewerbetreibende des Baugewerbes oder der Glasindustrie, die Einzigen sind, die die angesprochenen Verkehrskreise für die fraglichen Waren darstellen.

33 Zudem kann die Tatsache, dass es mehrere technische Verfahren und andere verfügbare Muster gibt, um ein Glas undurchsichtig zu machen, nicht beweisen, dass der Verbraucher das angemeldete Zeichen als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Waren wahrnimmt.

34 Was weiter das Vorhandensein einer Entscheidung angeht, mit der die Eintragungsfähigkeit des Zeichens als Marke in den Benelux-Staaten bejaht wird, so ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung die Gemeinschafts-

markenregelung ein eigenständiges System darstellt, dessen Anwendung von jedem nationalen System unabhängig ist (Urteil des Gerichts vom 5. Dezember 2000 in der Rechtssache T-32/00, Messe München/HABM [electronica], Slg. 2000, II-3829, Randnr. 47). Infolgedessen ist die Eintragung eines Zeichens als Gemeinschaftsmarke nur auf der Grundlage der einschlägigen Gemeinschaftsregelung zu beurteilen. Das Amt und gegebenenfalls der Gemeinschaftsrichter sind daher nicht an in bestimmten Mitgliedstaaten ergangene Entscheidungen gebunden, mit denen die Eintragungsfähigkeit dieses Zeichens als Marke bejaht wird.

35 Was im Übrigen das Argument der Klägerin in Bezug auf frühere Entscheidungen des Amtes betrifft, mit denen die Unterscheidungskraft der Form einer Ware als solcher bejaht werde, so ist festzustellen, dass die Entscheidungen der Beschwerdekammern über die Eintragung eines Zeichens als Gemeinschaftsmarke auf der Anwendung der Verordnung Nr. 40/94 beruhen. Daher ist die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen der Beschwerdekammern nur nach dieser Verordnung, wie sie vom Gemeinschaftsrichter ausgelegt worden ist, und nicht nach einer früheren Entscheidungspraxis dieser Kammern zu beurteilen.

36 Infolgedessen geht das Argument der Klägerin hinsichtlich der Existenz früherer Entscheidungen, insbesondere der Entscheidung R 104/1999-3 der Dritten Beschwerdekammer vom 28. Oktober 1999, mit denen die Unterscheidungskraft von Formen als solchen bejaht worden sei, fehl. Überdies hat die Klägerin weder Entscheidungen des Amtes über gleichartige oder ähnliche Zeichen wie das fragliche vorgelegt noch wesentliche Argumente, die aus solchen Entscheidungen hergeleitet werden können, vorgetragen.

37 Nach alledem hat die Beschwerdekammer zu Recht die Auffassung vertreten, dass dem fraglichen Zeichen die Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 fehlt. Der vorliegende Klagegrund ist daher zurückzuweisen.

Zur Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Vorbringen der Parteien

38 Die Klägerin trägt vor, die Beschwerdekammer habe die Auffassung des Prüfers über die Erlangung der Unterscheidungskraft des angemeldeten Zeichens infolge Benutzung abgelehnt. Die Beschwerdekammer habe dem angemeldeten Zeichen die Unterscheidungskraft infolge Benutzung allerdings unter Heranziehung neuer, von ihr auf eigene Initiative angeführter Gründe abgesprochen. Da diese Einwände erstmals von der Beschwerdekammer erhoben und der Klägerin durch die angefochtene Entscheidung zur Kenntnis gebracht worden seien, habe sie in keinem Verfahrensstadium zu diesen Einwänden Stellung nehmen können.

39 Das Amt macht geltend, die Rechte der Klägerin seien nicht verletzt worden, da die Beschwerdekammer nur die ihr von der Klägerin vorgelegten Beweise anders gewürdigt habe als der Prüfer. Seit Beginn des Verfahrens sei die Klägerin auf die Notwendigkeit hingewiesen worden, Beweise hinsichtlich der Benutzung des angemeldeten Zeichens für das gesamte Gemeinschaftsgebiet beizubringen.

40 Außerdem seien der Prüfer und die Beschwerdekammer zu dem Schluss gelangt, dass die vorgelegten Beweise für den Nachweis der Erlangung der Unterscheidungskraft nicht ausreichten. Die Unterschiede in der Würdigung der Beweise durch den Prüfer und die Beschwerdekammer seien nicht mit einer Änderung der der Klägerin entgegengehaltenen Ablehnungsgründe gleichbedeutend.

41 Die von der Klägerin vorgelegten Beweise seien verständlich, und es sei nicht notwendig, ihr eine Frist zur Beschaffung weiterer Beweise einzuräumen.

42 Im Übrigen sei das Verfahren vor der Beschwerdekammer im Einklang mit den Artikeln 38 Absatz 3 und 61 Absatz 2 der Verordnung Nr. 40/94 durchgeführt worden. Was Artikel 61 Absatz 2 der Verordnung angehe, so lägen in der vorliegenden Rechtssache keine Bescheide der Kammer oder Schriftsätze der anderen Beteiligten im Sinne dieser Bestimmung vor. Deshalb sei diese Bestimmung im vorliegenden Fall, in dem es nur um eine Frage der Beweiswürdigung gehe, nicht anwendbar.

Würdigung durch das Gericht

43 Es ist unstreitig, dass der Prüfer den Eintragungsantrag abgelehnt hat, nachdem er die Behauptung der Klägerin geprüft hatte, dass die Marke gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe. Insoweit kam er zu dem Ergebnis, dass die von der Klägerin vorgelegten Belege zeigten, dass das angemeldete Muster als dekoratives Element verwendet worden sei und dass die Waren unter der Wortmarke CHINCHILLA vertrieben worden seien.

44 In der angefochtenen Entscheidung erklärte die Beschwerdekammer, dass sie dieser Schlussfolgerung des Prüfers nicht zustimme, da sie nicht auf einer Untersuchung der vorgelegten Beweise beruhe. Weiter stellte sie fest, dass das angemeldete Zeichen keine Unterscheidungskraft infolge Benutzung erlangt habe, wobei sie hervorhob, dass die eingereichten Unterlagen nicht für eine Entscheidung zugunsten der Klägerin ausreichten, da sie von Gewerbetreibenden stammten, die in nur drei Mitgliedstaaten ansässig seien, und aus ihnen die Geringfügigkeit der Verkäufe in fünf weiteren Mitgliedstaaten hervorgehe.

45 Bei einer Gesamtbetrachtung des Vorbringens der Klägerin ist festzustellen, dass diese im Wesentlichen geltend macht, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei insoweit verletzt, als sie weder vor dem Prüfer noch vor der Beschwerdekammer zu den Erwägungen habe Stellung nehmen können, mit denen die Beschwerdekammer ihre Auffassung begründet habe, dass die angemeldete Marke keine Unterscheidungskraft infolge Benutzung erlangt habe.

46 Dazu ist zu bemerken, dass die Beschwerdekammer, soweit sie einen Fehler bei der Beurteilung des Prüfers feststellte, gemäß Artikel 62 Absatz 1 der Verordnung Nr. 40/94 entweder im Rahmen der Zuständigkeit des Prüfers tätig werden oder die Angelegenheit zur weiteren Entscheidung an diesen zurückverweisen konnte.

47 Entscheidet sich die Beschwerdekammer also dafür, die Angelegenheit nicht an den Prüfer zurückzuverweisen, so verfügt sie über die gleichen Befugnisse und unterliegt den gleichen Verpflichtungen wie dieser, u. a. auch derjenigen, einen Antrag nicht abzulehnen, bevor dem Antragsteller nicht Gelegenheit gegeben wurde, sich gemäß den Artikeln 38 Absatz 3 und 73 der Verordnung Nr. 40/94 zu äußern.

48 Im vorliegenden Fall konnte die Beschwerdekammer, nachdem sie sich dafür entschieden hatte, im Rahmen der Zuständigkeit des Prüfers tätig zu werden, nicht, wie auch der Prüfer es nicht hätte tun können, die Anmeldung zurückweisen, ohne der Klägerin Gelegenheit zu geben, sich zu der fraglichen Begründung, die auf die Geringfügigkeit der Verkäufe des betreffenden Erzeugnisses in einigen Mitgliedstaaten und auf die beschränkte geografische Ausdehnung der hierzu abgegebenen Erklärungen abstellte, zu äußern, da diese Begründung der Klägerin nicht vorher bekannt gegeben worden war.

49 Das Amt kann nicht geltend machen, dass sich die Würdigung der Beweise für die Unterscheidungskraft infolge Benutzung auf die bloße Feststellung beschränkt habe, dass Beweiselemente hinsichtlich des gesamten Gemeinschaftsgebiets fehl-

ten, die die Klägerin zwingend hätte vorlegen müssen. Die Prüfung der Beschwerdekammer hat sich nämlich nicht auf die bloße Feststellung beschränkt, dass solche Beweise in Bezug auf bestimmte Mitgliedstaaten fehlten, sondern auch die Auslegung der Tragweite der Beweiselemente hinsichtlich anderer Mitgliedstaaten umfasst, zu der Stellung zu nehmen der Klägerin hätte ermöglicht werden müssen. Insoweit heißt es in der angefochtenen Entscheidung im Übrigen, dass sich der Nachweis der Benutzung nicht zwangsläufig auf jeden Mitgliedstaat erstrecken müsse.

50 Daraus folgt, dass die Beschwerdekammer dadurch, dass sie der Klägerin keine Gelegenheit gegeben hat, zu der in der angefochtenen Entscheidung erstmals angeführten Begründung für die Anwendung von Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 in angemessener Weise Stellung zu nehmen, den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör verletzt hat.

51 Unter diesen Umständen greift der Klagegrund der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch. Die Entscheidung ist daher aufzuheben, ohne dass das Gericht die Begründetheit des dritten Klagegrundes prüfen müsste, der auf einen Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 gestützt wird.

Kosten

52 Nach Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da das Amt mit seinem Vorbringen unterlegen ist, hat es gemäß dem Antrag der Klägerin seine eigenen Kosten sowie die Kosten der Klägerin zu tragen.

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) vom 30. November 2000 (Sache R 137/2000-1) wird aufgehoben.**

2. **Das Amt trägt seine eigenen Kosten sowie die Kosten der Klägerin.**

Moura Ramos Pirrung Meij

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 9. Oktober 2002.

Der Kanzler

H. Jung

Der Präsident

R. M. Moura Ramos