SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCIS G. JACOBS

vom 5. April 2001 [1]

1. Der vorliegende Fall betrifft das erste beim Gerichtshof eingelegte Rechtsmittel in einem — aus der Zurückweisung einer angemeldeten Wortmarke entstandenen — gemeinschaftsmarkenrechtlichen Verfahren, das seinerseits das erste dieser Art beim Gericht erster Instanz gewesen ist.

2. Abgesehen von bestimmten neuen Verfahrensfragen steht im Zentrum des Falles der anzulegende Maßstab für die Entscheidung, ob ein Ausdruck nicht als Gemeinschaftsmarke eintragungsfähig ist, weil er ausschließlich aus Angaben besteht, die im Verkehr zur Bezeichnung insbesondere der Bestimmung oder anderer Merkmale der beanspruchten Waren dienen können.

3. Angemeldet wurde der Ausdruck „Baby-Dry" für Babywindeln.

1 — Originalsprache: Englisch.

Einschlägige Rechtsvorschriften

4. Markenrechtliche Vorschriften haben ohne Zweifel erhebliche Auswirkungen auf den Handel, und es ist daher nicht überraschend, dass man in diesem Bereich bestrebt war, gewisse internationale Übereinkommen zu erzielen. Zu den wichtigsten darunter zählen die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ) [2] und das 1994 geschlossene Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums (TRIPS-Übereinkommen) [3], auf die ich mich im Folgenden beziehe.

5. Sogar noch wünschenswerter erscheint es, dass in diesem Bereich Einheitlichkeit in einem gemeinsamen oder einzigen Markt wie dem der Gemeinschaft besteht. Nach-

2 — Vom 20. März 1883, revidiert in Brüssel am 14. Dezember 1900, in Washington am 2. Juni 1911, im Haag am 6. November 1925, in London am 2. Juni 1934, in Lissabon am 31. Oktober 1958 und in Stockholm am 14. Juli 1967 (*United Nations Treaty Series* Nr. 11851, Bd. 828, S. 305 bis 388).

3 — Es ist enthalten in Anhang 1 C des Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO-Übereinkommen), für die Gemeinschaft im Rahmen ihrer Zuständigkeit genehmigt durch Beschluss 94/800/EG des Rates vom 22. Dezember 1994 (ABl. L 336, S. 1).

dem mit der Markenrechtsrichtlinie von 1989[4] die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten harmonisiert worden waren, vollzog die Verordnung Nr. 40/94 (Gemeinschaftsmarkenverordnung oder GMV)[5] den nächsten und weiter gehenden Schritt, neben den bestehenden nationalen Marken eine Gemeinschaftsmarke zu schaffen.

6. Nach der Gemeinschaftsmarkenverordnung ist die Gemeinschaftsmarke einheitlich und hat einheitliche Wirkung für die gesamte Gemeinschaft (Artikel 1). Es wurde ein Gemeinschaftsmarkenamt — mit der Bezeichnung Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (im Folgenden: Amt) — errichtet (Artikel 2). Die Gemeinschaftsmarke wird durch Eintragung erworben (Artikel 6), und die Entscheidungen über die Eintragung werden namens des Amtes von den Prüfern getroffen (Artikel 126). Der Bescheid eines Prüfers kann bei einer unabhängigen Beschwerdekammer (Artikel 130 und 131) angefochten werden. Gegen die Entscheidungen der Beschwerdekammern ist die Klage beim Gericht erster Instanz statthaft (Artikel 63[6]), gegen dessen Urteil abschließend ein Rechtsmittel zum Gerichtshof besteht.

4 — Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. 1989, L 40, S. 1).

5 — Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1).

6 — In Verbindung mit der dreizehnten Begründungserwägung der Gemeinschaftsmarkenverordnung und mit Artikel 3 Buchstabe c des Beschlusses 88/591/EGKS, EWG, Euratom des Rates vom 24. Oktober 1988 zur Errichtung eines Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (ABl. L 319, S. 1) in der Fassung des Beschlusses 93/350/Euratom, EGKS, EWG des Rates vom 8. Juni 1993 (ABl. L 144, S. 21).

7. Nach Artikel 4 GMV können Gemeinschaftsmarken „alle Zeichen sein, die sich graphisch darstellen lassen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen und die Form oder Aufmachung der Ware, soweit solche Zeichen geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden".

8. Artikel 7 („Absolute Eintragungshindernisse") bestimmt:

„(1) Von der Eintragung ausgeschlossen sind:

a) Zeichen, die nicht unter Artikel 4 fallen,

b) Marken, die keine Unterscheidungskraft haben,

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

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

...

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

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

9. An dieser Stelle sei angemerkt, dass die in Artikel 4 GMV enthaltene Definition der Marke mit der in Artikel 2 der Markenrechtsrichtlinie übereinstimmt und dass ebenso eine Entsprechung zwischen Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben a bis d GMV und Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a bis d der Richtlinie besteht [7], so dass für eine Gemeinschaftsmarke grundsätzlich die gleichen Eintragungshindernisse gelten wie für eine nationale Marke in den Mitgliedstaaten.

10. Da aber die Unterscheidungskraft oder der beschreibende Charakter eines Ausdrucks von Sprache zu Sprache unterschiedlich sein können, ist eine Marke, die in bestimmten Mitgliedstaaten und damit gemäß Artikel 7 Absatz 2 GMV nicht als Gemeinschaftsmarke eintragungsfähig ist, nicht notwendig auch in anderen Mitgliedstaaten von der Eintragung ausgeschlossen.

11. Die Parteien des vorliegenden Verfahrens haben außerdem darauf hingewiesen, dass Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b bis d GMV weitestgehend auf Artikel $6^{quinquies}$ B PVÜ [8] beruht, der die gegenseitige Eintragung und den Schutz von Marken regelt, die in einem der Länder des durch die Übereinkunft geschaffenen Verbandes zum Schutz des gewerblichen Eigentums eingetragen sind. In dieser Bestimmung heißt es:

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

...

7 — Auch wenn Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie nicht ausdrücklich auf Artikel 2 verweist, sondern von „Zeichen, die nicht als Marke eintragungsfähig sind," spricht.

8 — Zitiert oben in Nummer 4 und Fußnote 2.

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 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."

12. Die PVÜ enthält andererseits keine Definition der Marke wie die in Artikel 4 GMV enthaltene Definition. Vorschriften mit gleicher allgemeiner Wirkung sind aber in Markengesetzen weltweit üblich. Eine ähnliche Definition enthält insbesondere Artikel 15 Absatz 1 des TRIPS-Übereinkommens[9]: „Alle Zeichen und alle Zeichenkombinationen, die geeignet sind, die Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden, können eine Marke darstellen."

13. Gemäß Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b GMV kann der Inhaber einer Gemeinschaftsmarke es Dritten im Wesentlichen verbieten, im geschäftlichen Verkehr ein identisches oder verwechslungsfähig ähnliches Zeichen für identische oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen zu verwenden. Andererseits bestimmt Artikel 12:

„Die Gemeinschaftsmarke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten,

...

b) Angaben über die Art, die Beschaffenheit, die Menge, die Bestimmung, den Wert, die geographische Herkunft oder die Zeit der Herstellung der Ware oder der Erbringung der Dienstleistung oder über andere Merkmale der Ware oder Dienstleistung

...

im geschäftlichen Verkehr zu benutzen, sofern die Benutzung den anständigen Gepflogenheiten im Gewerbe oder Handel entspricht."

14. Weitgehend übereinstimmende Vorschriften (für nationale Marken) enthalten die Artikel 5 Absatz 1 und 6 Absatz 1 Buchstabe b der Markenrechtsrichtlinie

9 — Zitiert oben in Nr. 4 und Fußnote 3.

(und damit grundsätzlich die Gesetze der Mitgliedstaaten).

15. Auch insoweit besteht kein Pendant in der PVÜ; derartige Vorschriften liegen möglicherweise ohnehin außerhalb ihres Regelungsgegenstands. Artikel 17 des TRIPS-Übereinkommens lautet: „Die Mitglieder können begrenzte Ausnahmen von den Rechten aus einer Marke vorsehen, wie etwa eine lautere Benutzung beschreibender Angaben, wenn diese Ausnahmen die berechtigten Interessen des Inhabers der Marke und Dritter berücksichtigen."

Sachverhalt

Die Anmeldung

16. Die Procter & Gamble Company mit Sitz in Cincinnati (Ohio, USA) (im Folgenden: Procter & Gamble) meldete 1996 das Wortzeichen „Baby-Dry" als Gemeinschaftsmarke für „Wegwerfwindeln aus Papier oder Zellulose" und „Stoffwindeln" an.

17. Die Anmeldung wurde 1998 zurückgewiesen. Nach Auffassung des Prüfers war die Marke gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c GMV von der Eintragung ausgeschlossen, da sie für die beanspruchten Waren beschreibend sei. Sie sei „nur aus einer einfachen Kombination der keine Unterscheidungskraft besitzenden Wörter ‚BABY' und ‚DRY' zusammengesetzt ... und [bestehe] daher ausschließlich aus einer Angabe ..., die im Verkehr zur Bezeichnung der Bestimmung von Waren wie jenen, für welche die Eintragung beantragt wird, nämlich ein Baby trocken zu halten, dienen" könne.

Die Entscheidung der Beschwerdekammer

18. Procter & Gamble legte gegen diesen Bescheid des Prüfers eine der Ersten Beschwerdekammer zugewiesene Beschwerde ein. Sie machte geltend, die Wortverbindung „Baby-Dry" sei, auch wenn sie eine Anspielung enthalte, hinreichend unterscheidungskräftig, um als Marke schutzfähig zu sein; sie sei außerdem in Dänemark, Finnland und Frankreich eingetragen und überdies mindestens so unterscheidungskräftig wie andere, vom Amt bereits veröffentlichte Marken. Die Rechtsmittelführerin bot außerdem Beweise für durch Verkäufe und umfangreiche Bewerbung in Europa seit 1993 erworbene Unterscheidungskraft gemäß der in Artikel 7 Absatz 3 GMV niedergelegten Ausnahme von Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b bis d an.

19. Die Beschwerdekammer wies die Beschwerde am 31. Juli 1998 zurück.

20. Zur Begründung führte sie aus, sowohl Buchstabe b als auch Buchstabe c des Artikels 7 Absatz 1, die sich überschneiden könnten, seien einschlägig. In der Entscheidung der Kammer heißt es: „Keinem Unternehmen kann ein ausschließliches Recht für die Benutzung eines Zeichens im geschäftlichen Verkehr zugestanden werden, wenn dieses Zeichen nur die Art, Beschaffenheit oder die Bestimmung der Waren oder Dienstleistungen, für die es benutzt werden soll, im üblichen Sprachgebrauch beschreibt." „Baby-Dry" sei eine Kombination zweier im üblichen Sprachgebrauch verwendeter Wörter, die den Verbrauchern unmittelbar mitteile, dass das Erzeugnis seinen Hauptzweck, nämlich Babys trocken zu halten, zu erfüllen geeignet sei.

21. Die Eintragung sei somit zum einen gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c ausgeschlossen, da die Wortbildung „ausschließlich aus Zeichen oder Angaben [bestehe], welche im Verkehr zur Bezeichnung der ... Bestimmung ... der Waren" dienen könnten. Sie sei zum anderen auch nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b ausgeschlossen, da die Wortbildung keine Unterscheidungskraft habe; sie sei „nicht in der Lage ..., die Windeln von einem bestimmten Hersteller von jenen anderer Hersteller zu unterscheiden, die vielleicht auch den Wunsch haben, die Wirksamkeit ihrer Erzeugnisse bei der Trockenhaltung von Babys zu unterstreichen".

22. Auch die Argumente, das Amt habe bereits vergleichbare Marken eingetragen und „Baby-Dry" sei in bestimmten Mitgliedstaaten registriert, griffen nicht durch, da die anderen Marken nicht so ähnlich erschienen, dass eine unterschiedliche Behandlung das Diskriminierungsverbot verletze, und da eine Eintragung aus sprachlichen Gründen in einigen, aber nicht in allen Mitgliedstaaten möglich sein könne.

23. Nach Auffassung der Kammer waren die von Procter & Gamble angebotenen Beweise zur Verkehrsdurchsetzung gemäß Artikel 7 Absatz 3 nicht zu prüfen, da diese nicht gegenüber dem Prüfer geltend gemacht worden sei. Jedoch könne die Anmelderin eine neue Anmeldung einreichen und die Verkehrsdurchsetzung bei deren Prüfung nachweisen.

Das Urteil des Gerichts erster Instanz

24. Procter & Gamble hat gegen diese Entscheidung am 6. Oktober 1998 Klage

beim Gericht erster Instanz erhoben. Sie stellte

„den Hauptantrag [‚en ordre principal'],

die angefochtene Entscheidung der Beschwerdekammer vom 31. Juli 1998 aufzuheben,

das Amt anzuweisen, die Gemeinschaftsmarkenanmeldung Nr. 000200006 gemäß Artikel 40 der Gemeinschaftsmarkenverordnung zu veröffentlichen;

die Hilfsanträge [‚en ordre subsidiaire'],

die angefochtene Entscheidung der Beschwerdekammer vom 31. Juli 1998 aufzuheben, soweit darin das auf Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung gestützte Vorbringen der Klägerin für unzulässig erklärt wird,

es ihr zu erlauben, nachzuweisen, dass die Wortverbindung ‚Baby-Dry' durch ihre Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat,

zumindest die Sache an die Beschwerdekammer zurückzuweisen, damit diese hierüber entscheidet".

25. Obgleich der Hauptantrag einfach nur auf die Aufhebung der Entscheidung der Beschwerdekammer gerichtet ist, geht aus den Akten hervor, dass die Aufhebung wegen eines Verstoßes gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b und c GMV begehrt wurde. Tatsächlich hat das Gericht dieses Begehren sowohl im Sitzungsbericht als auch in seinem Urteil vom 8. Juli 1999 [10] in den Antrag umformuliert,

„— die angefochtene Entscheidung aufzuheben, soweit sie zu dem Ergebnis gelangt, dass die Marke die Voraussetzungen des Artikels 7 Absatz 1 Buchstaben b und c der Verordnung Nr. 40/94 nicht erfüllt".

26. Das Gericht hat diesen Hauptantrag in seinem Urteil zurückgewiesen, aber ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beschwerdekammer die von Procter & Gamble angebotenen Beweise für die Verkehrsdurchsetzung des Zeichens hätte prüfen müssen. Es hat die Entscheidung der Beschwerdekammer aus diesem Grund aufgehoben.

27. Im Zusammenhang mit dem Hauptantrag [11] hat das Gericht nur Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c geprüft, da das Zei-

10 — In der Rechtssache T-163/98 (Procter & Gamble/HABM, Slg. 1999, II-2383, im Folgenden: angefochtenes Urteil).

11 — Vgl. Randnrn. 20 bis 29 des angefochtenen Urteils.

chen bereits dann nicht eintragungsfähig sei, wenn nur eines der absoluten Eintragungshindernisse vorliege. Die unter diese Bestimmung fallenden Zeichen gälten „[n]ach dem Willen des Gesetzgebers ... bereits ihrer Natur nach als ungeeignet, die Waren eines Unternehmens von denen eines anderen Unternehmens zu unterscheiden". Die Beschwerdekammer habe darauf abgestellt, wie Windeln in Wörterbüchern definiert würden, und festgestellt, dass die Wortverbindung „Baby-Dry" als Ganzes die Verbraucher über die Bestimmung der Waren informiere, jedoch keinen zusätzlichen Bestandteil enthalte, der dem Zeichen die Fähigkeit verleihen könnte, die Waren von Procter & Gamble von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Die Kammer sei deshalb zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass das Zeichen gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c keine Gemeinschaftsmarke sein könne.

28. Was das Beweisangebot zur Verkehrsdurchsetzung gemäß Artikel 7 Absatz 3 GMV anbelangt [12], so prüfte das Gericht die Beschwerderegelung der Gemeinschaftsmarkenverordnung (insbesondere die Artikel 57 bis 62) und gelangte zu dem Ergebnis, „die Beschwerdekammer, die für die Entscheidung über eine Beschwerde über die gleichen Befugnisse wie der Prüfer [verfüge, habe] sich nicht darauf beschränken [dürfen], das auf Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 gestützte Vorbringen der Klägerin nur deshalb zurückzuweisen, weil es nicht schon vor dem Prüfer dargelegt worden [sei]. Nach der Prüfung der Beschwerde hätte die Beschwerdekammer entweder in der Sache über diese Fragen entscheiden oder die Angelegenheit an den Prüfer zurückverweisen müssen." Das Urteil des Gerichts ist insoweit nicht angefochten worden, weshalb ich hierzu nicht Stellung nehme.

29. Was die übrigen Anträge angeht [13], so hat es das Gericht abgelehnt, selbst Beweise zur durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft der Marke zu prüfen, da diese Frage noch nicht vom Amt geprüft worden sei. Es hat den Antrag, die Veröffentlichung der Anmeldung durch das Amt anzuordnen, mit der Begründung als unzulässig zurückgewiesen, es sei Sache des Amtes, die sich aus dem Urteil des Gerichts ergebenden Maßnahmen zu ergreifen.

30. Das Gericht ist so zu folgendem Ergebnis gelangt [14]: „Aus den Randnummern 32 bis 45 dieses Urteils ergibt sich, dass die angefochtene Entscheidung aufzuheben ist, da es die Beschwerdekammer zu Unrecht abgelehnt hat, das auf Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung Nr. 40/94 gestützte Vorbringen der Klägerin zu prüfen. Das Amt hat, wie bereits hervorgehoben worden ist, die sich aus diesem Urteil ergebenden Maßnahmen zu ergreifen."

31. Es hat demgemäß die Entscheidung der Beschwerdekammer aufgehoben, aber jeder Partei nach Artikel 87 § 3 seiner Verfahrensordnung betreffend die Kosten-

12 — Vgl. Randnrn. 32 bis 45 des angefochtenen Urteils.

13 — Vgl. Randnrn. 46 bis 53 des angefochtenen Urteils.

14 — Randnr. 54 des angefochtenen Urteils.

verteilung, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt, ihre eigenen Kosten auferlegt [15].

Das Rechtsmittel

32. Mit ihrem am 8. Oktober 1999 eingelegten Rechtsmittel beantragt Procter & Gamble, das angefochtene Urteil aufzuheben, „soweit darin festgestellt wird, dass die Erste Beschwerdekammer mit ihrer Entscheidung vom 31. Juli 1998 nicht gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 40/94 verstoßen hat". Das Amt beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen, und beide Parteien haben Kostenanträge gestellt.

Zulässigkeit

33. Keine der Parteien hat sich eingehender mit der Zulässigkeit des Rechtsmittels befasst, obgleich zumindest dem Anschein nach ein Paradox darin liegt, dass ein Kläger, der auf Aufhebung einer Maßnahme geklagt hat, das die Maßnahme aufhebende Urteil anfechtet.

34. Procter & Gamble weist darauf hin, dass nach Artikel 49 der Satzung des Gerichtshofes (im Folgenden: Satzung) eine Partei, die mit ihren Anträgen ganz oder teilweise unterlegen ist, gegen Endentscheidungen des Gerichts ein Rechtsmittel einlegen kann. Sie sei in Wirklichkeit mit ihren Anträgen teilweise unterlegen. Es bestehe auch ein Rechtsschutzbedürfnis, da für das Amt nicht nur der Tenor, sondern auch die Begründung des angefochtenen Urteils bindend sei; nach der Begründung habe das Amt die Anmeldung aber nur nach Artikel 7 Absatz 3 GMV und nicht auch gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b und c GMV erneut zu prüfen.

35. Das Amt räumt ein, dass Procter & Gamble für das Rechtsmittel ein Rechtsschutzbedürfnis habe, und bezweifelt nur, dass hier „eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch das Gericht" [16] in Frage stehe. Es sei der Beurteilung des Gerichtshofes zu überlassen, ob er hier gemäß Artikel 92 § 2 seiner Verfahrensordnung von Amts wegen eine Zulässigkeitsfrage eigens zu prüfen habe.

36. Gegen die Zulässigkeit des Rechtsmittels ließe sich einwenden, dass es sich gegen ein Urteil richtet, das eben das gewährt, was der Kläger beantragt hat — die Aufhebung der streitigen Entscheidung. Die Rechtsmittelführerin begehrt auch keine Änderung des Tenors des Urteils, sondern die Aufhebung des Teils der Urteils-

15 — Vgl. Randnr. 55 des angefochtenen Urteils.

16 — Artikel 51 der Satzung.

begründung, der festlegt, in welcher Weise dem Tenor nachzukommen ist. Man könnte nun ein Risiko darin sehen, ein Rechtsmittel immer schon dann zuzulassen, wenn eine Partei lediglich mit einem Teil der Begründung nicht einverstanden ist, auf den das Gericht sein den Anträgen dieser Partei stattgebendes Urteil gestützt hat.

37. Ich halte diesen Einwand jedoch für unbegründet.

38. Artikel 49 Absatz 2 der Satzung grenzt die Rechtsmittelbefugnis dahin ein, dass ein „Rechtsmittel... von einer Partei eingelegt werden [kann], die mit ihren Anträgen ganz oder teilweise unterlegen ist". Damit werden die Fälle limitiert, in denen ein Rechtsmittel zulässig ist, zugleich aber alle Rechtsmittel zugelassen, die (vorbehaltlich weiterer sich aus der Satzung ergebender Einschränkungen, etwa für Streithelfer, hinsichtlich der Rechtsmittelgründe oder die Unzulässigkeit von Rechtsmitteln nur gegen eine Kostenentscheidung) diesen Voraussetzungen genügen, so dass der Gerichtshof ohne zwingenden Grund keine weitere Einschränkung vornehmen sollte.

39. Das Wort „submissions" in der englischen Fassung des Artikels 49 entspricht den „conclusions" im Französischen (in der Terminologie der Verfahrensordnung: „forms of order sought"). Während im Englischen zwei Begriffe verwendet werden, erscheint im Französischen nur ein Begriff, und Gleiches gilt zumindest für die deutsche, die italienische und die spanische Fassung des Statuts. Wird der Begriff in der beschränkteren Bedeutung von Anträgen („forms of order sought") aufgefasst, so erschiene die Rechtsmittelbefugnis eng umgrenzt, jedoch erscheint eine extensivere Auslegung möglich. Das Englische ist nicht die einzige Sprache, die unterschiedliche Begriffe verwendet, — im Niederländischen etwa wird von „iedere partij die geheel of gedeeltelijk in het ongelijk is gesteld" gesprochen, ohne speziell auf „conclusies" Bezug zu nehmen, und zumindest auch die dänische, die portugiesische und die finnische Fassung verwenden unterschiedliche Ausdrücke. Unter diesen Umständen sollte die Bestimmung meiner Auffassung nach dahin ausgelegt werden, dass sie allgemein darauf abstellt, dass nicht erlangt wurde, was begehrt wurde, und nicht streng darauf, dass ein bestimmtes Argument oder ein bestimmter Antrag zurückgewiesen wurde.

40. Im vorliegenden Fall ist den Randnummern 20 bis 29 des angefochtenen Urteils klar zu entnehmen, dass Procter & Gamble mit ihrem Hauptantrag keinen Erfolg hatte. In Randnummer 55 stellt das Gericht ausdrücklich fest, dass jede Partei teils unterlegen ist. Zudem umfasst die Pflicht des Amtes, die sich aus dem angefochtenen Urteil ergebenden Maßnahmen zu ergreifen, eindeutig die Verpflichtung, Procter & Gamble den Nachweis durch Benutzung erworbener Unterscheidungskraft gemäß Artikel 7 Absatz 3 GMV zu gestatten, während es an einer Überprüfung seiner Auslegung von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c gehindert ist. Dies schränkt die Chancen von Procter & Gamble ein, die Eintragung zu erwirken, und sie hat des-

halb ein Interesse an der weiteren Verfolgung ihres ursprünglichen Antrags.

41. Insbesondere nimmt das angefochtene Urteil, obgleich es dem Antrag formal stattgibt, dabei eine ausdrückliche Beschränkung vor, durch die Procter & Gamble eine volle Anerkennung der geltend gemachten Rechte versagt bleibt. Die Rechtsmittelbefugnis würde ungerechtfertigt verkürzt, könnte eine derartige Beschränkung nicht angefochten werden. Könnte das Amt unter den gegebenen Umständen die Anmeldung nicht gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c erneut prüfen und bestünde auch kein Rechtsmittel, so wäre eine weitere Überprüfung der im vorliegenden Fall zentralen und ordnungsgemäß beim Gericht vorgetragenen Frage nicht möglich, was die Rechte von Procter & Gamble verletzen könnte.

Begründetheit

Vorbringen der Parteien

42. Procter & Gamble macht geltend, das Gericht habe das Gemeinschaftsrecht durch eine fehlerhafte Auslegung von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c GMV verletzt.

43. Die Rechtsmittelführerin argumentiert im Wesentlichen dahin, das Gericht hätte anstelle seiner Feststellung, unter Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c GMV fallende Marken gälten ihrer Natur nach als ungeeignet, die Waren eines Unternehmens von denen eines anderen Unternehmens im Sinne von Artikel 4 GMV zu unterscheiden, die Bestimmung so verstehen müssen, dass sie nur Beispiele nenne, in welcher Weise Marken zur Unterscheidung von Waren ungeeignet sein könnten, wobei aber für die Beurteilung, ob es sich so verhalte, jede Marke als Einzelfall zu würdigen sei. Es gebe somit im Wesentlichen nur eine Anforderung, nämlich die in Artikel 4 genannte, dass eine Marke „geeignet" sein müsse „zu unterscheiden".

44. In anderen Worten, es genüge nicht die Feststellung, dass die Worte „Baby" und „Dry" als einzige Bestandteile der Marke „Baby-Dry" zur Bezeichnung der Bestimmung von Windeln dienen könnten, sondern die Marke sei insgesamt zu prüfen, um festzustellen, ob sie gegenüber den Verbrauchern die erforderliche Unterscheidungsfunktion erfüllen könne oder nicht. Tatsächlich werde „Baby-Dry" in den Käuferkreisen nicht als Synonym für Windeln oder als bloße Beschreibung ihres Zwecks verstanden werden, sondern als Garantie, dass sie von einem bestimmten Unternehmen hergestellt seien.

45. Der gleichen Linie wie das Gericht seien zumindest in der Vergangenheit die Gerichte vieler Länder, darunter mancher

Mitgliedstaaten, gefolgt, und zwar in der Regel im Kontext eines „monopolistischen" Verständnisses des Markenrechts — je größer das Recht des Markeninhabers sei, Dritten jede Art von Verwendung zu untersagen, desto stärker sei die Tendenz, von der Kategorie eintragungsfähiger Marken alle Bestandteile auszuschließen, die der allgemeinen Verfügbarkeit zu entziehen verfehlt erscheine. Nicht angemessen sei dies aber im Hinblick auf die Gemeinschaftsmarkenverordnung, nach deren Artikel 12 der Markeninhaber die Verwendung von Angaben der in Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c genannten Art nicht untersagen könne.

46. In diesem Zusammenhang resümiert Procter & Gamble die Entstehungsgeschichte des Artikels 7 Absatz 1 Buchstaben b und c und die einschlägige Rechtsprechung.

47. Der Wortlaut dieser Bestimmungen gehe zurück auf die PVÜ, deren unterschiedlicher Kontext — die Schutzgewährung für in einem anderen Land bereits eingetragene Marken — die andernfalls widersprüchliche Formulierung „Marken, die keine Unterscheidungskraft haben" in Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b erkläre. Trotz der in den Verhandlungen über die PVÜ (deren jetzige Fassung die 1911 in Washington revidierte sei) unternommenen Versuche, eine stimmige Konzeption zu erreichen, sei es bei zwei „Lagern" verblieben: Zum einen gebe es Länder wie das Vereinigte Königreich und Deutschland, die alle beschreibenden Bestandteile grundsätzlich ausschlössen, und zum anderen „moderner" eingestellte Länder wie Frankreich oder die Benelux-Staaten, die jeden Einzelfall als solchen würdigten und nur Zeichen von der Eintragung ausschlössen, die *ausschließlich* für die in Frage stehenden Waren beschreibend seien. Procter & Gamble zitiert in diesem Zusammenhang verschiedene Urteile, darunter einige jüngere Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes.

48. Nach der modernen Konzeption gebe es nur ein Kriterium — eine Marke müsse geeignet sein, vom Publikum als Hinweis darauf verstanden zu werden, dass die Waren von einem bestimmten Unternehmen stammten. Dem früheren, dem Recht des Vereinigten Königreichs und Deutschlands zugrunde liegende Bestreben, einer Monopolisierung beschreibender Ausdrücke vorzubeugen, sei durch Artikel 12 GMV umfassend Rechnung getragen — so wie der Inhaber der Marke „Vittel" andere Erzeuger nicht den redlichen Hinweis untersagen könne, dass ihr Wasser in Vittel abgefüllt werde, so könne auch Procter & Gamble einem Wettbewerber nicht die Behauptung verbieten, dass seine Windeln „Ihr Baby trocken halten" („keep your baby dry"). Anders formuliert, allein daraus, dass ein Zeichen beschreibend sei, folge noch nicht, dass es nicht für die Waren eines bestimmten Unternehmens unterscheidungskräftig sein könne.

49. Das Amt sieht durch das Rechtsmittel zwei Fragen angesprochen: (i) Ist der in Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c GMV genannte beschreibende Charakter ein hinreichender Grund dafür, einem Zeichen den Schutz zu versagen? (ii) Welche beschreibenden Zeichen können oder müssen auf der Grundlage dieser Bestimmung von der Eintragung ausgeschlossen werden?

50. Die erste Frage ist nach Auffassung des Amtes zu bejahen.

51. Mit Artikel $6^{quinquies}$ B PVÜ sei beabsichtigt gewesen, die Schutzverweigerung für andernorts bereits eingetragene Marken durch Verbandsländer einzuschränken. Die Bestimmungen des Artikels seien aber in das materielle Recht vieler Verbandsländer übernommen und so zu Voraussetzungen geworden, die in diesem Zusammenhang für alle Marken gälten. Nach dem für die Gemeinschaft bindenden TRIPS-Übereinkommen müssten dessen Parteien die Artikel 1 bis 12 und 19 PVÜ einhalten, obgleich diese in der Gemeinschaft nicht unmittelbar anwendbar seien.

52. In die Gemeinschaftsmarkenverordnung seien diese Bestimmungen nicht einfach wörtlich übernommen worden, da Artikel 7 die Eintragung von Gemeinschaftsmarken und nicht den Schutz andernorts bereits eingetragener Marken betreffe. Da aber die Gemeinschaft nach dem TRIPS-Übereinkommen zur Einhaltung der einschlägigen Artikel der PVÜ verpflichtet sei, bestehe dennoch eine enge Entsprechung sowohl dem Wortlaut als auch dessen Auslegung durch das Amt nach. Die Eintragungshindernisse gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b bis d GMV entsprächen denen gemäß Artikel $6^{quinquies}$ Buchstabe B Absatz 2 PVÜ und bildeten ebenso Alternativen.

53. Es sei zutreffend, dass — wie Procter & Gamble ausführe — Artikel 7 GMV nicht als Verbot der Eintragung von Begriffen zu verstehen sei, die allgemein verfügbar bleiben müssten, da diesem Erfordernis durch Artikel 12 Rechnung getragen werde. Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c solle vielmehr sicherstellen, dass nur unterscheidungskräftige — im Gegensatz zu beschreibenden oder generischen — Marken eingetragen würden. Der Bestimmung liege die Auffassung zugrunde, dass ausschließlich beschreibende Begriffe nicht die Unterscheidungskraft hätten, die Wesensmerkmal der Marke sei (sofern die Unterscheidungskraft nicht durch Benutzung erworben worden sei). Der in Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c niedergelegte Maßstab sei als Eintragungshindernis hinreichend eigenständig, ohne die Prüfung nach dem Grundkriterium des Artikels 4 leer laufen zu lassen, denn das Ergebnis sei in beiden Fällen das Gleiche.

54. Zur zweiten Frage sei festzustellen, dass das Gericht Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c im angefochtenen Urteil fehlerfrei ausgelegt und angewandt habe — bei Betrachtung als Ganzes im Hinblick auf die angemeldete Art von Waren enthalte „Baby-Dry" keinen Bestandteil, der nicht beschreibend sei, und unterrichte den Verbraucher unmittelbar und eindeutig über die Bestimmung des Erzeugnisses.

Umfang des Rechtsmittels

55. Procter & Gamble begehrt die Aufhebung des Urteils des Gerichts, soweit darin

festgestellt wird, dass die Beschwerdekammer in ihrer Entscheidung vom 31. Juli 1998 nicht gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c GMV verstoßen habe. Die Rechtsmittelführerin stützt dies auf den einzigen Rechtsmittelgrund, dass das Gericht durch eine fehlerhafte Auslegung dieser Bestimmung das Gemeinschaftsrecht verletzt habe.

56. Es sei darauf hingewiesen, dass Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b hier nicht in Frage steht. Dafür ist auch kein Grund ersichtlich. Der ursprüngliche Prüferbescheid war allein auf Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c gestützt, und mit der einfachen Zurückweisung der Beschwerde fügte die Entscheidung der Kammer nicht Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b als weiteres Eintragungshindernis hinzu. Auch das Gericht hat diese Bestimmung in seinem Urteil nicht herangezogen.

57. Damit sind im Wesentlichen zwei Passagen des angefochtenen Urteils vom Rechtsmittel betroffen.

58. In den Randnummern 20 bis 23 hat das Gericht die Artikel 4 und 7 Absatz 1 Buchstabe c GMV geprüft und ist zu dem Schluss gelangt, dass die in Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c genannten Zeichen (Zeichen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Merkmale der fraglichen Waren, darunter ihrer Bestimmung, dienen können) nach dem Willen des Gesetzgebers bereits ihrer Natur nach als ungeeignet gälten, die Waren eines Unternehmens von denen eines anderen Unternehmens zu unterscheiden — und somit als ungeeignet, eine der in Artikel 4 genannten Grundvoraussetzungen für eine Gemeinschaftsmarke zu erfüllen.

59. In den Randnummern 25 bis 28 hat das Gericht sodann den Ausdruck „Baby-Dry" im Licht dieser Erwägungen geprüft und festgestellt, die Beschwerdekammer habe zu Recht angenommen, dass das Zeichen ausschließlich aus Wörtern bestehe, die im Verkehr zur Bezeichnung der Bestimmung der Ware dienen könnten. Die Wortverbindung informiere die Verbraucher unmittelbar über diese Bestimmung und sei auch nicht mit einem zusätzlichen Bestandteil versehen, der dem Zeichen insgesamt die Fähigkeit verleihen könnte, die Waren von Procter & Gamble von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden.

60. Ich werde diese beiden Aspekte getrennt prüfen. Wie dabei deutlich werden wird, meine ich nicht, dass eine Entscheidung über den ersten Aspekt für das Rechtsmittelverfahren von wesentlicher Bedeutung ist; ich werde ihn dennoch eingehender erörtern, da er im Zentrum des Vorbringens der Rechtsmittelführerin steht.

Das Verhältnis zwischen Artikel 4 und Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c

61. Es erscheint nicht ganz einfach, zu klären, wie Artikel 4 und Artikel 7 Ab-

satz 1 Buchstaben a bis d GMV (oder die im Wesentlichen übereinstimmenden Artikel 2 und 3 Absatz 1 Buchstaben a bis d der Markenrechtrichtlinie) miteinander zusammenhängen.

62. Artikel 4 definiert die Zeichen, aus denen eine Gemeinschaftsmarke bestehen kann; eine Voraussetzung dafür ist, dass sie geeignet sind, die Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Eine Gemeinschaftsmarke kann somit nicht aus Zeichen bestehen, die Waren nicht in dieser Weise unterscheiden können.

63. Artikel 7 betrifft die absoluten Eintragungshindernisse. Wie nicht überrascht, ist es eines dieser Hindernisse, dass die Voraussetzungen des Artikels 4 nicht erfüllt sind (Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a). Dies ist zwar tautologisch, aber verständlich, da dasselbe Kriterium unter zwei verschiedenen Blickwinkeln (als positive Eintragungsvoraussetzung und negatives Eintragungshindernis) behandelt wird.

64. Nicht ebenso leicht verständlich erscheint eine weitere Tautologie, die sich offenbar aus Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b ergibt, wonach „Marken, die keine Unterscheidungskraft haben" von der Eintragung ausgeschlossen sind. Worin besteht der Unterschied zwischen der mangelnden Eignung, zwei verschiedene Gruppen von Waren zu unterscheiden, und dem Fehlen von Unterscheidungskraft? Die Antwort, dies sei eine Frage von Potenzialität und Aktualität, verlagert die Frage möglicherweise nur um einen Schritt. Aus einem anderen Blickwinkel ist darauf hingewiesen worden, dass Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b bei der Zusammenschau mit Artikel 4 dem Buchstaben nach für „zur Unterscheidung geeignete Zeichen, die keine Unterscheidungskraft haben", gelte [17]. Außerdem können nach Artikel 7 Absatz 3 Zeichen oder Marken, obgleich sie keine Unterscheidungskraft haben, durch Benutzung unterscheidungskräftig werden.

65. Wie ist in diesem bereits verwickelten Zusammenhang Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c einzuordnen? Die Bestimmung betrifft Zeichen oder Angaben, die im Verkehr zur Bezeichnung von Merkmalen der Waren oder Dienstleistung dienen können. Handelt es sich dabei, wie Procter & Gamble argumentiert, nur um eine Kategorie fehlender Unterscheidungskraft? Wenn ja, warum wird sie gesondert behandelt? Und könnte nicht Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe d (Zeichen oder Angaben, die im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten üblich geworden sind) wiederum nur eine Untergruppe von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c sein?

66. Man kann sich in derartigen Überlegungen regelrecht verstricken. Vor allem das Verhältnis zwischen einem „zur Unterscheidung geeigneten" Zeichen und einer Marke, „die keine Unterscheidungskraft hat", hat im Vereinigten Königreich eine lebhafte Diskussion hervorgerufen und

17 — Justice Jacob in *Philips* v *Remington*, RPC 1998, 283, 289; die Bemerkung bezog sich auf den Wortlaut von Section 1(1) und Section 3(1)(b) des Trade Marks Act 1994, mit denen im Vereinigten Königreich die entsprechenden Bestimmungen der Markenrechtsrichtlinie umgesetzt wurden.

kürzlich ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof veranlasst [18].

67. Zu einem großen Teil ergeben sich diese Schwierigkeiten aus dem Versuch, Vorschriften mit unterschiedlichem Ursprung stimmig und einheitlich auszulegen. Meiner Ansicht nach braucht ein zu hohes Maß an Stimmigkeit oder Einheitlichkeit indessen nicht angestrebt zu werden, sondern sollten die verschiedenen Vorschriften, zumindest im Kontext des vorliegenden Falles, jeweils in ihrem eigenen Bereich ausgelegt werden.

68. Zunächst sind die in Artikel 4 GMV festgelegten Kriterien zu betrachten. Ein Zeichen, das sie nicht erfüllt, kann nicht als Gemeinschaftsmarke eingetragen werden — und insoweit ist unbeachtlich, ob Artikel 4 oder Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a als Grundlage für den Ausschluss von der Eintragung herangezogen wird.

69. Sodann gibt es die weiteren absoluten Eintragungshindernisse der Buchstaben b bis j des Artikels 7 Absatz 1. Die Schutzhindernisse der Buchstaben e bis j sind eigener Art und hier nicht von Belang. Die Eintragungshindernisse der Buchstaben b bis d sind nicht nur eine aus der PVÜ übernommene „Paketregelung" [19], sondern überschneiden sich auch in unterschiedlichem Umfang untereinander und mit den Artikeln 4 und 7 Absatz 1 Buchstabe a.

70. Diese Überlappungen sind meines Erachtens einfach hinzunehmen. Es erscheint nicht sinnvoll, sich dabei aufzuhalten, dass eine angemeldete Marke unter ein und demselben Gesichtspunkt wegen mehrerer Eintragungshindernisse zugleich von der Eintragung ausgeschlossen sein kann. Artikel 4 legt fest, welche positiven Erfordernisse eine Gemeinschaftsmarke erfüllen muss. Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a wiederholt diese Erfordernisse in negativer Form. Die folgenden Buchstaben b bis d enthalten sodann die Angleichung an die PVÜ [20], brauchen aber weder von den Artikeln 4 oder 7 Absatz 1 Buchstabe a gesondert noch in deren Licht ausgelegt zu werden [21].

18 — Rechtssache C-299/99, Philips Electronics; Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer hielt seine Schlussanträge in dieser Rechtssache am 23. Januar 2001. Vgl. die Erörterung der Frage in *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 13. Auflage 2001, S. 18 bis 35.

19 — Wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass die PVÜ Gründe normiert, aus denen ein Verbandsmitglied einer bereits in einem anderen Verbandsland eingetragenen Marke den Schutz verweigern *kann*, während die Markenrechtsrichtlinie und die Gemeinschaftsmarkenverordnung zwingende Schutzversagungsgründe regeln.

20 — Die Gemeinschaftsmarkenverordnung bezieht sich nicht ausdrücklich auf die Pariser Verbandsübereinkunft, aber die letzte Begründungserwägung der Markenrechtsrichtlinie unterstreicht das Erfordernis, dass ihre (insoweit mit der Verordnung deckungsgleichen) Vorschriften „mit denen der ... Pariser Verbandsübereinkunft in vollständiger Übereinstimmung" stehen. In der Begründung der Kommission zum ursprünglichen Vorschlag für eine Gemeinschaftsmarkenverordnung hieß es zum damaligen Artikel 6: „Die Auflistung der absoluten Eintragungshindernisse beruht weitgehend auf Artikel $6^{quinquies}$ der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums und auf den geltenden Gesetzen der Mitgliedstaaten. Nur in Ausnahmefällen erschien ein Verweis auf den Text der Pariser Verbandsübereinkunft angezeigt."

21 — Vgl. z. B. Entscheidung der Dritten Beschwerdekammer vom 27. November 1998 in der Beschwerdesache R 26/1998-3 („Netmeeting"), Randnr. 13: „Obwohl sich die Vorschriften in den verschiedenen Unterabsätzen von Artikel 7 GMV zum Teil überschneiden können, gelangt die Beschwerdekammer zu der Erkenntnis, dass jeder Unterabsatz getrennt auszulegen und anzuwenden ist. Dies bedeutet andererseits nicht, dass für eine Anmeldung nicht gleichzeitig mehr als ein absolutes Eintragungshindernis [sic] zutreffen kann."

71. Wie das Gericht zu Recht festgestellt hat [22], ist ein Zeichen bereits dann von der Eintragung als Gemeinschaftsmarke ausgeschlossen, wenn nur eines der absoluten Eintragungshindernisse vorliegt. Mir erscheint auch kein Fall vorstellbar, in dem es von praktischer Bedeutung sein könnte, festzustellen, ob ein absolutes Eintragungshindernis vorliegt oder ob mehrere vorliegen. Da die Regelung der durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft gemäß Artikel 7 Absatz 3 sich nur auf Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b bis d und nicht auf Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a bezieht, könnte es theoretisch erforderlich sein, zwischen nicht zur Unterscheidung geeigneten Zeichen und Marken, die keine Unterscheidungskraft haben oder ausschließlich aus deskriptiven Elementen bestehen, zu differenzieren. Kann aber in der Praxis Verkehrsdurchsetzung nachgewiesen werden, so muss eine Eignung zur Unterscheidung bereits gegeben sein; falls nicht, ist die Frage gegenstandslos.

72. Anders formuliert, ist Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c im vorliegenden Fall unabhängig von Artikel 4 auszulegen.

73. Ich meine deshalb, dass der von Procter & Gamble unternommene Versuch, alle in Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben a bis d enthaltenen Maßstäbe zu Teilaspekten des Grundkriteriums der Eignung zur Unterscheidung einzuschmelzen, unnötig und im vorliegenden Fall vielleicht sogar irreführend ist [23]. Überdies ist das Gericht meines Erachtens in Randnummer 23 des angefochtenen Urteils mit seiner Feststellung zu weit gegangen, nach dem Willen des Gesetzgebers gälten die in Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c genannten Zeichen „bereits ihrer Natur nach als ungeeignet, die Waren eines Unternehmens von denen eines anderen Unternehmens zu unterscheiden".

74. Obgleich das Gericht meines Erachtens damit in dieser Hinsicht weiter gegangen ist als notwendig, ist deshalb nicht zwingend sein weiterer Schluss falsch, die Beschwerdekammer habe die Wortverbindung „Baby-Dry" zu Recht für gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c nicht eintragungsfähig gehalten. Es ist zunächst der genaue Anwendungsbereich dieser Vorschrift zu prüfen, wobei sich möglicherweise ihr Verhältnis zu Artikel 4 oder zu den anderen absoluten Eintragungshindernissen als nicht ausschlaggebend erweist.

22 — Randnr. 29 des angefochtenen Urteils.

23 — En passant sei angemerkt, dass die zahlreichen Bezugnahmen der Rechtsmittelführerin auf die Rechtsprechung der Benelux-Länder wohl nicht wirklich greifen, weil die Rechtsvorschriften der Benelux-Länder anders ausgestaltet sind. Obgleich das Einheitliche Benelux-Markengesetz die Markenrechtsrichtlinie umsetzen soll, ist eine Anmeldung nach Artikel 6^{bis} des Gesetzes zurückzuweisen, wenn das fragliche Zeichen „keine Marke im Sinne von Artikel 1 [der sich im Wesentlichen auf alle Zeichen bezieht, die der Unterscheidung der Waren eines bestimmten Unternehmens dienen] bildet, insbesondere weil es keine Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel $6^{quinquies}$ B Absatz 2 der Pariser Verbandsübereinkunft besitzt". Meines Erachtens ist dies ein ganz anderer gesetzlicher Rahmen als der von Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben a bis d GMV.

Der Anwendungsbereich von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c

— Im Allgemeinen

75. Es ist ein Aspekt dieser Frage, ob der Ausschluss von Zeichen oder Angaben, die zur Bezeichnung der Merkmale von Waren oder Dienstleistungen dienen können, dahin aufzufassen ist, dass er Wirtschaftsteilnehmer daran hindern soll, Wörter „aus dem Verkehr zu ziehen", die richtigerweise zur allgemeinen Verfügung stehen müssen. Die Beschwerdekammer hat ein solches Verständnis des Eintragungshindernisses in Randnummer 15 ihrer Entscheidung [24] zum Ausdruck gebracht, Procter & Gamble jedoch widerspricht ihm mit Nachdruck. Es sei indessen angemerkt, dass das Gericht im angefochtenen Urteil zu dieser Frage nicht Stellung genommen hat.

76. Eben deshalb ist dieser Punkt für die Entscheidung über das Rechtsmittel nicht unmittelbar relevant. Er kann gleichwohl von Bedeutung sein für die Auslegung von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c.

77. Ich teile in dieser Frage weitgehend die Auffassung von Procter & Gamble — wie im Übrigen auch das Amt. Es mag eine der Absichten der Verfasser der Pariser Verbandsübereinkunft gewesen sein, es bestimmten Ländern, nach deren Rechtsvorschriften eine Marke ein Monopol zur Benutzung begründete und nach deren Auffassung bestimmte geläufige Begriffe einem solchen Monopol entzogen bleiben mussten, zu erlauben, andernorts eingetragenen Marken, die aus solchen Begriffen bestanden, den Schutz zu versagen. Für Angaben, die die Merkmale von Waren oder Dienstleistungen betreffen, wird diesem Erfordernis jedoch durch Artikel 12 Buchstabe b GMV Genüge getan, der die Wirkungen einer Gemeinschaftsmarke beschränkt und gewährleistet, dass die Verwendung solcher Angaben — zu beschreibenden oder informativen Zwecken und nicht zur Kennzeichnung durch eine Marke — vom Markeninhaber nicht untersagt werden kann. Damit ist weitgehend einer Besorgnis Rechnung getragen, die ein englischer Richter vor langem in die Worte kleidete: „Wohlhabende Unternehmer sind gemeinhin bestrebt, Teile des großen Allgemeinguts der englischen Sprache einzuhegen und der Allgemeinheit heute und künftig den Zugang zum eingehegten Terrain zu verwehren." [25]

78. Vor diesem Hintergrund erscheint es besser, den Zweck des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe c GMV nicht darin zu erblicken, jeder Monopolisierung gewöhnlicher beschreibender Ausdrücke vorzubeugen, sondern darin, die Eintragung beschreibender Marken zu vermeiden, für die kein Schutz gewährt werden könnte. Wenn dies heißt,

24 — „Gerade wegen der Ausschließlichkeit des durch die Gemeinschaftsmarke gewährten Rechts verbieten die Bestimmungen von Artikel 7 Absatz 1 [Buchstabe] c GMV die Eintragung von Zeichen,... die die Waren oder Dienstleistungen, für welche das Zeichen benutzt werden soll, bloß beschreiben."

25 — *„Perfection": Joseph Crosfield & Sons' Application*, 26 RPC 1909, 837, 854, Court of Appeal, per Cozens-Hardy, Master of the Rolls.

dass die gleiche Formulierung in anderem Sinne ausgelegt wird als etwa in der Pariser Verbandsübereinkunft, so deshalb, weil sie in einem unterschiedlichen Kontext steht.

79. Ich bin mir des Umstandes bewusst, dass diese Auffassung als im Widerspruch zu bestimmten Passagen des Urteils Windsurfing Chiemsee [26] stehend erscheinen mag. Der Gerichtshof stellte dort fest, dass der (Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c GMV entsprechende) Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c der Markenrechtsrichtlinie „das im Allgemeininteresse liegende Ziel [verfolgt], dass Zeichen oder Angaben, die die Waren- oder Dienstleistungsgruppen beschreiben, für die Eintragung beantragt wird, von allen frei verwendet werden können", und dass dem (Artikel 12 Buchstabe b GMV entsprechenden) Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b kein ausschlaggebender Einfluss auf diese Auslegung zukomme.

80. Meiner Meinung nach sind jedoch diese Feststellungen trotz ihrer allgemeinen Formulierung im Zusammenhang jenes Einzelfalls zu sehen, der nicht die Verwendung beschreibender Ausdrücke, sondern einer geographischen Bezeichnung betraf. Obgleich Angaben der geographischen Herkunft wie andere beschreibende Elemente unter Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c GMV und Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie fallen, haben sie eine besondere Stellung. Gemäß Artikel 64 Absatz 2 GMV und Artikel 15 Absatz 2 der Richtlinie sind sie als Kollektivmarken eintragungsfähig, und im Zusammenhang mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen und Lebensmitteln (für die sie besondere Bedeutung haben) sind sie Gegenstand einer eingehenden anderweitigen gemeinschaftsrechtlichen Regelung [27]. Vor allem aber würde die Registrierung eines geographischen Namens als Marke viel umfassender „das Terrain okkupieren" als eine Marke mit beschreibenden Bestandteilen. Es sei auch angemerkt, dass das Gemeinschaftsrecht nach dem Urteil Windsurfing Chiemsee [28] in diesem Kontext nicht den deutschen Begriff des Freihaltebedürfnisses („ein konkretes, aktuelles oder ernsthaftes Freihaltebedürfnis") kennt.

81. Meiner Auffassung nach kann deshalb Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c gemäß seinem Wortlaut dahin verstanden werden, dass er die Eintragung einer angemeldeten Marke untersagt, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben besteht, die Merkmale der Waren oder Dienstleistungen bezeichnen. Aus Artikel 12 Buchstabe b ergibt sich, dass eine Marke solche Zeichen oder Angaben enthalten kann (da die Bestimmung andernfalls sinnlos wäre), und aus Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c, dass sie nicht *ausschließlich* aus solchen Zeichen oder Angaben bestehen darf.

26 — Urteil vom 4. Mai 1999 in den verbundenen Rechtssachen C-108/97 und C-109/97, Slg. 1999, I-2779, insbesondere Randnrn. 25 bis 28.

27 — Vgl. z. B. Verordnung (EWG) Nr. 2081/92 des Rates vom 14. Juli 1992 zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel (ABl. L 208, S. 1).

28 — Randnr. 35.

— In Bezug auf „Baby-Dry"

82. Im vorliegenden Fall stellte die Beschwerdekammer fest, dass die „Kombination von den zwei im üblichen Sprachgebrauch verwendeten Wörtern ‚Baby' und ‚Dry' (trocken) ohne zusätzliches Element, das als einfallsreich oder erfinderisch gelten könnte, ... den Verbrauchern unmittelbar mit[teilt], dass das Erzeugnis zur Erfüllung seiner grundsätzlichen Funktion, nämlich der Trockenhaltung von Babys, geeignet ist".

83. Zugegebenermaßen ist kaum zu bezweifeln, dass die Worte „Baby" und „Dry" im Verkehr als Angaben zur Bezeichnung der Zweckbestimmung von Windeln verwendet werden können und dass die Wortbildung „Baby-Dry" keine anderen Wörter enthält.

84. Zweifelhaft erscheint aber, ob eine durchschnittlich verständige Person, die die Marke „Baby Dry" noch nicht kennt, ohne Zögern an Windeln denken würde, wenn sie erstmals mit ihr konfrontiert würde, oder sie, wenn sie von ihr im Zusammenhang mit solchen Waren hörte, als Bezeichnung der Bestimmung dieser Waren auffassen würde.

85. Von diesen beiden Aspekten der individuellen Reaktion ist die zweite bedeutender, da für die Beurteilung, ob eine Eintragung nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c ausgeschlossen ist, wie das Gericht im angefochtenen Urteil zu Recht festgestellt hat [29], auf die Art der angemeldeten Waren abzustellen ist. Obgleich es aber, wie die Beschwerdekammer hervorgehoben hat, einer der Hauptzwecke von Windeln ist, „Babys trocken zu halten" (in einer bestimmten Bedeutung dieser Worte), wird die Wortverbindung „Baby-Dry" nach meiner Kenntnis im gewöhnlichen Sprachgebrauch nicht verwendet, um solche Erzeugnisse oder ihre Bestimmung zu bezeichnen, und es ist auch nie behauptet worden, dass dies der Fall sei.

86. Dennoch ist der erste Aspekt möglicherweise nicht ganz bedeutungslos. Kann nämlich die Wortbildung „Baby-Dry" so verschiedene Waren wie etwa Körperpuder, Regenverdecke für Kinderwagen, kompakte Trockner oder in kleine Flaschen abgefüllte Getränke bezeichnen, so relativiert dies ihre Eignung, gerade die Bestimmung von Windeln genau zu bezeichnen.

87. Insoweit ist die Bedeutung der Worte „ausschließlich" und „im Verkehr zur Bezeichnung ... dienen können" in Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c von Gewicht.

29 — Randnr. 21.

88. Die Beschwerdekammer und das Gericht sind offenbar im Wesentlichen zu dem Ergebnis gelangt, dass die angemeldete Marke, da sie keinen Bestandteil aufweise, der nicht zur Bezeichnung der Bestimmung von Windeln dienen könnte, ausschließlich aus Angaben bestehe, die im Verkehr zur Bezeichnung dieser Bestimmung dienen könnten.

89. Dies ist jedoch meines Erachtens, zumindest im vorliegenden Fall, eine zu enge Betrachtungsweise.

90. Sie berücksichtigt insbesondere nicht, dass die fragliche Angabe stark verkürzt ist, eine ungewöhnliche Struktur aufweist und sich einer intuitiven grammatischen Analyse entzieht, die ihre Bedeutung unmittelbar klar machte. All dies sind meiner Auffassung nach zusätzliche Elemente zu den Wörtern „Baby" und „Dry", die in die Beurteilung eingehen müssen.

91. Auch nicht berücksichtigt wird damit umgekehrt, dass jede im Verkehr zur Bezeichnung der Bestimmung von Windeln verwendete Angabe, um als solche erkennbar zu sein, mehr enthalten muss als nur, wie die fragliche Marke, die verbundenen Worte „Baby" und „Dry". Ohne Berücksichtigung bleibt dabei schließlich auch, dass „Baby-Dry" bei jeder Betrachtungsweise ein erfundener Begriff und als solcher nicht Teil der englischen Sprache ist, was seine beschreibende Verwendung im Verkehr viel weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

92. Ein extensiveres Verständnis von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c ist weder im Amt noch seitens des Gerichts ohne Präzedenzfall.

93. So heißt es etwa in den Prüfungsrichtlinien des Amtes, dass eine Marke die Waren nicht lediglich beschreiben dürfe. Die Zweite Beschwerdekammer legte Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c im Zusammenhang mit der Marke „Oilgear" für hydraulische Pumpen, Motoren und automatische Werkzeuge dahin aus, dass danach „Marken nur eintragungsfähig [seien], wenn sie nicht ausschließlich oder rein beschreibend" seien [30]. Die Dritte Beschwerdekammer, die einer Beschwerde gegen die Zurückweisung von „Netmeeting" für Computerprogramme zur Bereitstellung von Echtzeit-, Multimedia- und Mehrfachnutzer-Kommunikation über Computernetze stattgab, stellte fest, dass diese Marke zumindest ein schöpferisches Element enthalte, da die fraglichen Wörter gewöhnlich nicht zusammen verwendet würden, dass weiterhin ihre Kombination keine direkte Beziehung zu den spezifischen Waren vermittele, die für die Anmelderin von Interesse seien, und dass die Marke nicht ausschließlich die Bestimmung oder andere Merkmale der Waren bezeichne [31].

30 — Entscheidung vom 22. September 1998 in der Beschwerdesache R 36/1998-2, The Oilgear Company.

31 — Entscheidung vom 27. November 1998 in der Beschwerdesache R 26/1998-3, Microsoft Corporation.

94. In einem anderen Fall stellte die Dritte Beschwerdekammer (in Anlehnung an die Ausführungen des Gerichtshofes zur Verwechslungsgefahr im Puma-Urteil [32]) fest, dass Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c nur eingreife, „wenn sich der beschreibende Inhalt unmittelbar, klar und unmissverständlich aus der Anmeldung ergibt, zumal der Verbraucher erfahrungsgemäß nicht dazu neigt, ihm begegnende Marken begrifflich zu zergliedern, um ihnen eine bestimmte begriffliche Bedeutung beizulegen ... Wird ein zur Bezeichnung der Merkmale von Waren geeigneter Begriff lediglich angedeutet und erst durch gedankliche Schlussfolgerungen erkennbar, so steht dies der Eintragung in der Regel nicht entgegen." [33]

95. In einem jüngst ergangenen Urteil [34] hob das Gericht eine Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer auf, mit der eine Beschwerde gegen die Zurückweisung der Marke „Doublemint" für verschiedene Waren, aber vor allem Kaugummi, zurückgewiesen worden war. Das Urteil basiert im Wesentlichen auf der Erwägung, dass der Bestandteil „double" im fraglichen Zusammenhang zu vieldeutig sei und dass „Doublemint" die „betroffenen Verkehrskreise nicht in die Lage [versetzt], sofort und ohne weiteres Nachdenken zu erkennen, dass es sich um die Beschreibung eines Merkmals der fraglichen Ware handelt" [35].

96. Wäre diese Herangehensweise, die ich für richtig halte, im vorliegenden Fall gewählt worden, so hätte dies bei Berücksichtigung der oben genannten Gesichtspunkte — starke Verkürzung, ungewöhnliche und undurchsichtige grammatische Struktur, Unvollständigkeit als Beschreibung und Charakter des Erfundenen — zu dem Ergebnis geführt, dass Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c GMV der Eintragung der Marke „Baby-Dry" für Babywindeln nicht entgegensteht, selbst wenn der Schutzbereich der Marke wegen Artikel 12 Buchstabe b nur sehr beschränkt wäre [36].

97. Ich gelange daher, unter angemessener Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte im Zusammenhang mit Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c, zu dem Ergebnis, dass die Beurteilung der Beschwerdekammer auf einem Rechtsfehler beruht und dass das Gericht die Entscheidung der Kammer in dieser Hinsicht rechtlich fehlerhaft aufrechterhalten hat.

32 — Urteil vom 11. November 1997 in der Rechtssache C-251/95, SABEL/Puma, Slg. 1997, I-6191, Randnr. 23.

33 — Entscheidung vom 26. Februar 1999 in der Beschwerdesache R 71/1998-3, Micro-Frame Technologies, zum Begriff „Portfolio" für verschiedene Arten von Computer- und Druckmaterialien zur geschäftlichen Auswahl und Planung von Vorhaben auf der Grundlage bestehender oder künftiger Verpflichtungen und Ressourcen (Randnr. 10 der Entscheidung). Dabei sei darauf hingewiesen, dass diese Feststellungen im Kontext der von mir nicht geteilten Auffassung getroffen wurde, der Zweck von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c liege darin, beschreibende Ausdrücke zur allgemeinen Verfügung frei zu halten.

34 — Urteil vom 31. Januar 2001 in der Rechtssache T-193/99 (Wrigley/HABM, Slg. 2001, II-417).

35 — Randnr. 30 des Urteils.

36 — Es wäre, wie Procter & Gamble ausgeführt hat, nicht möglich, Wettbewerber an der Feststellung zu hindern, dass ihre Erzeugnisse „Ihr Baby trocken halten" („keep your baby dry") — oder vielleicht sogar „Ihr Baby noch trockener halten" („keep your baby even drier"). Möglich hingegen wäre es, Wettbewerbern zu untersagen, die beiden Worte „baby dry" zur Identifizierung ihrer Erzeugnisse oder in einer Weise zu verwenden, die im Publikum die Gefahr der Verwechslung zwischen beiden Marken hervorriefe.

Verfahrensrechtliche Folgen

98. Auch die verfahrensrechtlichen Folgen der Feststellung, dass das Gericht einen Rechtsfehler beging, bedürfen der Erörterung.

99. Im vorliegenden Fall erließ der Prüfer seinen Bescheid ausschließlich auf der Grundlage von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c. Die Beschwerdekammer entschied, dass auch Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Eintragung entgegensteht, wies aber die Beschwerde lediglich zurück, was vermutlich zum Ergebnis hatte, dass der ursprüngliche Bescheid (vorbehaltlich der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gemäß Artikel 57 Absatz 1 GMV und des gerichtlichen Verfahrens gemäß Artikel 62 Absatz 3) unberührt blieb. Obgleich die Beschwerdekammer gemäß Artikel 62 Absatz 1 GMV entweder im Rahmen der Zuständigkeit der Dienststelle tätig werden kann, die die angefochtene Entscheidung erlassen hat, oder die Angelegenheit zur weiteren Entscheidung an diese Dienststelle zurückverweisen kann, wählte sie im vorliegenden Fall keine dieser beiden Möglichkeiten, was für die Zurückweisung der Beschwerde auch nicht erforderlich war.

100. Procter & Gamble hat ihre beim Gericht erhobene Klage darauf gestützt, dass die Beschwerdekammer sowohl Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b als auch Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c rechtlich fehlerhaft ausgelegt habe. Das Gericht hat jedoch nur die letztgenannte Bestimmung geprüft, und folglich ist auch nur diese Gegenstand des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens.

101. Gemäß Artikel 63 Absatz 3 GMV kann das Gericht die Entscheidung der Beschwerdekammer aufheben oder abändern; im vorliegenden Fall hat es die Entscheidung aufgehoben [37]. Einige der verfahrensrechtlichen Folgen dieser Aufhebung habe ich bereits im Zusammenhang mit der Zulässigkeit des Rechtsmittels angesprochen.

102. Nach Artikel 54 der Satzung schließlich hebt der Gerichtshof, wenn das Rechtsmittel begründet ist, die Entscheidung des Gerichts auf und entscheidet sodann entweder den Rechtsstreit selbst endgültig oder verweist die Sache zur Entscheidung an das Gericht zurück.

103. Was erscheint im vorliegenden Fall angezeigt, wenn der Gerichtshof zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass das Gericht Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c fehlerhaft ausgelegt hat?

104. Wegen der Vielstufigkeit des Rechtsbehelfsverfahrens und der bereits langen

37 — Tatsächlich scheint es bisher keinen Fall zu geben, in dem das Gericht die Entscheidung einer Beschwerdekammer abänderte.

Verfahrensdauer halte ich den kürzesten Weg für den besten.

105. So halte ich es nicht für erforderlich, die Sache an das Gericht zurückzuverweisen. Man könnte dies für notwendig erachten, weil das Gericht das bei ihm geltend gemachte Vorbringen zu Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b nicht geprüft und somit darüber nicht entschieden hat. Jedoch war der ursprüngliche Bescheid des Prüfers nur auf Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c gestützt, und eine andere Maßnahme der Schutzversagung aus sonstigen Gründen ist nicht dazwischengetreten. Meines Erachtens braucht das Vorbringen zu Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b deshalb nicht behandelt zu werden.

106. Wird das Urteil des Gerichts aufgehoben und durch ein Urteil ersetzt, das die Entscheidung der Beschwerdekammer erneut, aber aus anderen Gründen aufhebt, so ist nicht ganz klar [38], ob die Beschwerdekammer mit dem Fall befasst bleibt. Wenn ja, hätte sie vermutlich eine neue Entscheidung zu treffen, bei der sie durch das Urteil des Gerichtshofes gebunden wäre — ein möglicherweise unnötiger und verfahrensrechtlich unökonomischer Schritt.

107. Der Gerichtshof sollte deshalb das angefochtene Urteil aufheben und unter Wahrnehmung seiner Befugnis aus Artikel 63 Absatz 3 GMV, die Entscheidung der Beschwerdekammer abzuändern, selbst endgültig entscheiden.

108. Obgleich es dem Gerichtshof unter diesen Umständen (gemäß Artikel 62 Absatz 1 GMV, wonach die Beschwerdekammer im Rahmen der Zuständigkeit des Prüfers tätig werden kann) theoretisch möglich wäre, selbst die Eintragung der Marke anzuordnen, läge hierin meiner Meinung nach eine gänzlich ungerechtfertigte Einmischung in die Tätigkeit des Amtes, insbesondere weil es andere Aspekte des Falles geben mag, die nicht vor dem Gerichtshof erörtert worden sind.

109. Meiner Auffassung nach ist es deshalb im vorliegenden Fall am effizientesten, wenn die Sache zur weiteren Entscheidung an den Prüfer zurückverwiesen wird. Dabei wäre der Prüfer dann an die Begründung des Urteils des Gerichtshofes gebunden und hätte somit die vorstehend von mir dargelegten Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

38 — Es scheint für diesen Fall keine ausdrückliche Vorschrift zu geben, und das Amt ist in der mündlichen Verhandlung nicht in der Lage gewesen, dem Gerichtshof eine konsistente Handhabung der wenigen Fälle darzulegen, in denen die Entscheidung einer Beschwerdekammer aufgehoben wurde (bis zum Tag der mündlichen Verhandlung hatte es nur zwei solche Fälle gegeben, darunter den vorliegenden — allerdings hat das Gericht am folgenden Tag, dem 31. Januar 2001, vier weitere Entscheidungen aufgehoben). Das Amt ist jedoch der Auffassung, es sei grundsätzlich Sache der Beschwerdekammern, die sich aus einem Urteil ergebenden Maßnahmen zu ergreifen.

Ergebnis

110. Ich schlage daher vor,

1. das Urteil des Gerichts erster Instanz in der Rechtssache T-163/98 aufzuheben;

2. die Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer in der Beschwerdesache R 35/1998-1 dahin abzuändern, dass

   — der Bescheid des Prüfers vom 29. Januar 1998, wonach die Marke „Baby-Dry" ausschließlich aus Angaben besteht, die im Verkehr zur Bezeichnung der Bestimmung von Babywindeln dienen können, aufgehoben wird;

   — die Sache zur weiteren Entscheidung an den Prüfer zurückverwiesen wird;

3. dem Amt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.