



GERICHTSHOF  
DER  
EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

Eingang:	29. MAI 2002
Fruchtlos:	
Bearbeitet:	
Gelesen:	

Sil

Kanzlei

Luxemburg, den 23. Mai 2002

Einschreiben m.R.

Herrn Dr. Ralf Sieckmann  
Patent- und Rechtsanwaltskanzlei  
Cohausz, Hannig, Dawidowicz & Koll.  
Postfach 14 01 61

D - 40071 Düsseldorf

In der Rechtssache C-273/00 (Vorabentscheidungsersuchen)

**Ralf Sieckmann**

**g e g e n**

**Deutsches Patent- und Markenamt**

bestätigt der Kanzler des Gerichtshofes den Eingang Ihres Schreibens vom 30. April 2002 mit dem Antrag die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.

Der Kanzler ist angewiesen mitzuteilen, daß der Gerichtshof über die Frage einer etwaigen Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung im Rahmen der Beratung entscheiden wird. Sie werden vom Ergebnis unterrichtet.

Die Ihrem Schriftsatz vom 30. April 2002 beigelegte Zeitschriftartikel erhalten Sie anliegend zurück.

Anlagen



Der Kanzler  
Im Auftrag

  
H.A. RÜHL  
Hauptverwaltungsrat

# COHAUSZ DAWIDOWICZ HANNIG & PARTNER

PATENT- UND RECHTSANWALTSKANZLEI GbR  
DÜSSELDORF - MÜNCHEN - BERLIN - PARIS

COHAUSZ DAWIDOWICZ HANNIG & PARTNER · POSTFACH 14 01 61 · 40071 DÜSSELDORF

Gerichtshof der  
Europäischen Gemeinschaften  
Kanzlei

L-2925 Luxemburg

40237 Düsseldorf, Schumannstr. 97-99  
Dipl.-Ing. WERNER COHAUSZ \*(† 1995)  
Dr.-Ing. HELGE B. COHAUSZ \*  
Dipl.-Chem. Dr. RALF SIECKMANN \*  
Dipl.-Ing. ROLF SCHROOTEN  
Dipl.-Phys. Dr. K.-U. BRAUN-DULLAEUS  
HEIKE HUISKEN Maître en droit \*\*  
JAN WILHELM HABER \*\*  
Dipl.-Phys. Dr. JENS BORKOWSKI

80637 München, Dantestr. 27  
Dipl.-Ing. JOACHIM HELMS \*

12489 Berlin, Friedlander Str. 37  
Dipl.-Ing. WOLF-DIETER HANNIG \*  
Dipl.-Chem. CLAUD GÖBEL \*

F 93166 Noisy Le Grand Cedex - Paris  
38/40, Allée du Closeau  
ARMAND DAWIDOWICZ \*  
C.P.I. Ingénieur E.S.I.M.

\* EUROPEAN PATENT ATTORNEY

\*\* zugelassen beim Landgericht

Ihr Zeichen  
639.852

Ihr Schreiben vom

Unser Zeichen  
SI/fk 570345

Düsseldorf, den  
30. April 2002

## Rechtssache C-273/00

### Auf die mit Bescheid vom 21. November 2001 Schlussanträge des Generalanwalts

Es wird beantragt, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen, hilfsweise den in Kopie beigefügten weiteren Meinungsstand gemäß Anlagen zu dieser Rechtssache vor der Beratung und dem Erlass des Urteils zur Kenntnis zu nehmen.

### Begründung zum Hauptantrag:

Es darf höflich darauf hingewiesen werden, dass die Analyse von Herrn Generalanwalt DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER leider von Gehalt und Inhalt nicht konkret auf den hier vorgelegten Fall eingeht, sondern „vielmehr nur eine umfangreiche, literarische, philosophische und psychologische Analyse vornimmt“, so die persönliche Meinung von Achim Bender, Mitglied der 3. Beschwerdekammer des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt anlässlich eines Ende November 2001 gehaltenen Vortrags, abgedruckt in Markenrecht 2/2002, Seite 37ff, insbesondere Fußnote 36 zur Frage der Markenfähigkeit (Anlage 1).

Postfach 14 01 61  
Schumannstr. 97-99  
Internet:

D-40071 Düsseldorf  
D-40237 Düsseldorf  
<http://www.copat.com>

Telefon: (0211) 9 14 60-0  
Telefax: (0211) 9 14 60-60  
e-mail: [copat@copat.de](mailto:copat@copat.de)

Dresdner Bank AG, Düsseldorf  
(BLZ 300 800 00) 46 26 400 00  
USt.-Id.-Nr DE 811 547 056

Postbank Essen  
(BLZ 360 100 43) 511572-439

INTERPAT®

Partner der EUPAT Attorneys' Association E.W.I.V.

EULAW®

Bereits in der Beschwerdebegründung ist auf Seite 28ff, insbesondere Seite 30ff, darauf hingewiesen worden, dass eine körperliche Hinterlegung bzw. eine Hinterlegung einer Beschaffungsadresse der Unmöglichkeit, olfaktorische Botschaften grafisch darzustellen, abhelfen kann. Dies stellt die gleiche Konvention dar, wie ein Verweis auf ein Farbdefinitionssystem nach R.A.L. oder Pantone, die ebenso wie ein Geruch nur bei speziellen Firmen als Fächer bezogen werden können, oder eine Hinterlegung in elektronischer Form von Hör-/Geräuschmarken.

Auch in Bezug auf die Nr. 42 der Schlussanträge irrt der Generalanwalt, er hat sich noch nicht einmal die Mühe gemacht, die der Akte beigefügte Geruchsprobe in die Hand zu nehmen, denn sonst wäre ihm aufgefallen, dass es sich, wie unter Randnummer 60 falsch ausgeführt, bei der hier vorgelegten Geruchsprobe um kein Parfum mit einer Kopfnote, einer Mittelnote und einer Basisnote handelt. Gerade über diesen vorgelegten Fall soll aber eine Entscheidung getroffen werden.

Diese Entscheidung sollte auch nicht eng getroffen werden, sondern vielmehr als obiter dictum für eine Reihe von weiteren, in der Zwischenzeit anhängigen Vorlageentscheidungen, beispielsweise der Sache C-283/01 bezüglich der grafischen Darstellbarkeit von Geräuschen bzw. der weiteren Vorlage durch das Bundespatentgericht vom 22.01.2002 in der Sache 33W (pat) 133/00 bezüglich der grafischen Darstellbarkeit abstrakter Farbmarken gemäß Anlage 2.

#### **Begründung zum Hilfsantrag:**

Es wird gebeten, vor der Beschlussfassung noch folgende weitere Meinungen aus der Literatur zu Rate zu ziehen:

Anlage 3: Hildebrandt „Zum Begriff der grafischen Darstellbarkeit des Art. 2 Markenrechtsrichtlinie, MarkenR 2002, Seite 1ff;

Anlage 4: Sieckmann „Die Eintragungspraxis und -möglichkeiten bei unkonventionellen Markenformen“, MarkenR 2001, Seite 236;

Anlage 5: Sieckmann „Zum Begriff der grafischen Darstellbarkeit von Marken“ WRP Mai 2002, Seite 491ff;

Anlage 6: Entscheidung der 3. Beschwerdekammer des Harmonisierungsamtes zur Eintragbarkeit des Dufts bzw. Geruchs von Himbeeren, GRUR 2002, Seite 348ff.

Mit freundlichen Grüßen



( Dr. Ralf Sieckmann )

Anlage: wie angegeben

# Die Gemeinschaftsmarke

## Neueste Entwicklungen in Rechtsprechung und Praxis<sup>1</sup>

Achim Bender<sup>2</sup>

### I. Die Dynamik der Marke und des Markenrechts

Das Markenrecht hat in den letzten Jahren eine unglaublich dynamische Entwicklung erlebt. Dies ist nicht allein bedingt durch das, allerdings seit dem Sommer 2001 leicht gebremste, allgemeine Wirtschaftswachstum und die Vielzahl neu entstandener Märkte besonders im Bereich der Telekommunikation und der Computertechnologie, sondern auch und insbesondere durch eine rasche Abfolge von Reformen des lange Jahrzehnte eher träge vor sich hindümpelnden Kennzeichnungsrechts. Die in Deutschland im Gefolge des Erstreckungsgesetzes erfolgte Lösung der Marke vom Geschäftsbetrieb, die in Umsetzung der Harmonisierungsrichtlinie der Europäischen Gemeinschaften (EG)<sup>3</sup> durch das deutsche MarkenG erfolgte Öffnung des Registers für neue Markenformen, insbesondere die dreidimensionale Gestalt, die Farben, die Hör-, Ausstattungs- oder Positionsmarken, hat die Fantasie der Markenschöpfer und Anmelders in nie gekanntem Ausmaß belebt und angeregt. Als Höhepunkt, wenn auch nicht als Schlusspunkt, dieser Entwicklung ist

die Schaffung der neuen europäischen Gemeinschaftsmarke ab 1.4.1996 anzusehen, die ein vollständig neues gewerbliches Schutzrecht geschaffen hat, das als eigenständiges Markensystem neben den nationalen besteht. Der ungeahnte Erfolg der Gemeinschaftsmarke mit jetzt fast einer Viertelmillion Anmeldungen<sup>4</sup> zeigt die zunehmende Bedeutung dieses neuen Rechtsinstituts für alle Bereiche des wirtschaftlichen Lebens.

### II. Das Harmonisierungsamt in Alicante und die Aufgabe der Beschwerdekammern

Das Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM), wie der offizielle Name des Europäischen Markenamts lautet,<sup>5</sup> hat seit der Aufnahme<sup>6</sup> seiner Registertätigkeit 249.454 Anmeldungen empfangen und davon 189.842 veröffentlicht. An Widersprüchen sind 47.024 eingegangen, hiervon sind 29.592 abgeschlossen (davon nur 5.968 durch streitige Entscheidungen). 132.218 Marken sind inzwischen eingetragen und 360 Anträge auf Erklärung der Nichtigkeit eingegangen, davon 96 entschieden und 33 anderweitig erledigt.

Gegen Bescheide der Ausgangsinstanzen des Amts sind bislang 3.414 Beschwerden erhoben worden,<sup>7</sup> von denen bereits über 1.572 entschieden wurden, während 341 auf sonstige Weise ihre Erledigung gefunden haben. Die relativ hohe Anzahl der noch offenen Verfahren erklärt sich aus der Tatsache, dass die größten Bugwellen von Beschwerden erst im Jahr 2000 und in den ersten Monaten des Jahres 2001 eingegangen sind.<sup>8</sup> Bei den Verfahrenssprachen in der Beschwerde hat sich die deutliche Dominanz des Englischen mit 66 % verfestigt, vor Deutsch mit 21 %, Französisch mit 6 %, Spanisch mit 5 %, Italienisch mit 2 % und die übrigen Sprachen mit weniger als 1 %.<sup>9</sup>

Derzeit arbeiten in Alicante vier Beschwerdekammern, die mit Mitgliedern aus den verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft besetzt sind. Je zwei Kammern bestehen aus vier Richtern und zwei aus drei, entscheiden jedoch immer in der Besetzung von nur drei Mitgliedern. Hinsichtlich der Geschäftsverteilung gibt es keine Spezialisierung auf bestimmte Fachgebiete oder Klassen, sondern die einlaufenden Beschwerden werden der Reihenfolge nach gleichmäßig verteilt. Die Mitglieder der Kammern, die vom Europäischen Ministerrat bestellt werden, sind unabhängig und nicht weisungsgebunden (Artikel 131, 120 GMV<sup>10</sup>). Die Stellung der Beschwerdekammern im Gemeinschaftsmarkensystem ist unbeschadet ihrer organisatorischen Eingliederung im Amt<sup>11</sup> derjenigen der Marken-Beschwerdesenate des deutschen Bundespatentgerichts (BPatG) oder der Position der

<sup>1</sup> Aktualisierte Fassung eines Vortrags anlässlich des Fünften St. Galler Internationalen Immaterialgüterrechtsforum am 29.11.2001. Vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass dieser Vortrag – soweit er sich nicht auf zitierte Entscheidungen bezieht – die persönliche Auffassung des Verfassers wiedergibt und keine offizielle Stellungnahme des Amts darstellt. Der aktualisierte Stand bezieht sich auf den Stichtag 31.1.2002.

<sup>2</sup> Achim Bender ist Mitglied der Beschwerdekammern des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt, Richter am Bundespatentgericht.

<sup>3</sup> Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken; ABl. EG 1989, L 40/1 (MarkenRL).

<sup>4</sup> Die genauen Zahlen lauten für 1996: 43.010, für 1997: 27.238, für 1998: 31.572, für 1999: 41.242, für 2000: 57.324 und für 2001: 48.856.

<sup>5</sup> Dies deshalb, weil es sich nach den Vorstellungen des europäischen Gesetzgebers nicht allein mit dem Markenrecht befassen soll, sondern auch mit weiteren Schutzrechten auf dem Gebiet des geistigen Eigentums, worauf sein zweiter Namensbestandteil hinweist: „Marken, Muster und Modelle“. Am 18.12.2001 ist nach langen, insbes. auch durch die Sprachfrage bedingten, Anlaufschwierigkeiten vom Rat die Verordnung über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster verabschiedet worden, sodass jetzt auch das europäische Designrecht nach Alicante kommt. Das Amt hatte im Jahr 2001 bereits einen Arbeitsstab zum Aufbau eingesetzt. S. hierzu Maier/Schlötelburg, Das HABM bereitet sich auf das EU-Geschmacksmuster vor, Mitt. 2001, 285.

<sup>6</sup> Diese Zahlen gelten bis zum Stichtag 31.12.2001.

<sup>7</sup> Diese Zahlen gelten zum Stichtag 31.12.2001.

<sup>8</sup> Der Eingang der Beschwerden stellt sich in folgenden Zahlen dar: 1997: 20, 1998: 251, 1999: 881, 2000: 1.236, 2001: 1.046.

<sup>9</sup> S. hierzu Schlötelburg, Die Stimme der Markenmelder im Sprachenstreit um das Gemeinschaftspatent, Mitt. 2001, 349.

<sup>10</sup> Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20.12.1993 über die Gemeinschaftsmarke i. d. F. v. 22.12.1994; ABl. EG L 11/1 vom 14.1.1994 und ABl. EG L 349/83 vom 31.12.1994.

<sup>11</sup> Wie es das Beispiel der Beschwerdekammern im Europäischen Patentamt erfolgreich zeigt.

schiedliche Behandlung bei der Sprache keineswegs auf die GMV selbst zurückzuführen sein, denn diese gewährleistet gerade die Benutzung der Sprache, in der die Anmeldung eingereicht worden ist, als Verfahrenssprache und damit als Sprache, in der die Verfahrenshandlungen mit Entscheidungscharakter abzufassen sind. Artikel 115 Abs. 3 GMV ist zu dem legitimen Zweck erlassen worden, eine Lösung des Sprachenproblems für die Fälle zu finden, in denen ein zweiseitiges Verfahren zwischen Beteiligten durchgeführt wird, die nicht die gleiche Sprache bevorzugen und sich untereinander nicht auf eine Verfahrenssprache einigen können. Bei der Verfolgung des Zieles, festzulegen, welche Sprache in diesem Fall Verfahrenssprache sein soll, hat der Rat, auch wenn er die Amtssprachen der Gemeinschaft unterschiedlich behandelt hat, eine sachgerechte und angemessene Wahl getroffen. Zum einen ermöglicht Artikel 115 Abs. 3 GMV es dem Anmelder für den Fall, dass die erste von ihm gewählte Sprache von einem anderen Verfahrensbeteiligten nicht gewünscht wird, unter den in der EG meistbekanntesten Sprachen diejenige zu wählen, die die Sprache des zweiseitigen Verfahrens sein soll. Zum anderen ist der Rat, indem er diese Wahl auf die in der EG meistbekanntesten Sprachen beschränkt und damit zu verhindern versucht hat, dass die Verfahrenssprache einem anderen Verfahrensbeteiligten völlig unbekannt ist, innerhalb der Grenzen dessen geblieben, was zur Erreichung des verfolgten Zieles erforderlich ist. S. zu diesem Urteil auch von Kapff, Sprachensystem der Gemeinschaftsmarke, *European Law Reporter* 2001, 11.

- 28 S. z. B. Entscheidungen vom 26.9.2001, R 417/01-3, *meccanocar MOOLE Professional Line/MECCANO*, und vom 31.7.2001, R 896/00-3, *FEMICARE/FEMICUR*.
- 29 S. z. B. Entscheidungen vom 31.7.2001, R 39/01-3, *Simsala/Simsalabim*, zu einer vom Anmelder nicht bestrittenen Schutzdauererweiterung der älteren Marke, und vom 31.5.2001, R 762/00-3, *Pikanteria Copperrath & Wiese/PIKANTERIA* zu einer privaten Datenbankauskunft über den Status des älteren Rechts; *Mitt.* 2001, 317.
- 30 S. z. B. Entscheidungen vom 25.4.2001, R 641/00-3, *Silk Cocoon/COOON*, wo ein Auszug aus dem Katalog eines führenden französischen Versandhauses als ausreichender Nachweis der Benutzung angesehen wurde (Hiergegen ist Klage zum EuG erhoben), und vom 11.7.2001, R 759/00-3, *Grafenwälder/Grafenwalder*, wo eine eidesstattliche Versicherung, verbunden mit Produktabbildungen, Werbeprospekt und monatlicher Umsatzaufstellung, anerkannt wurde, zumal die inhaltliche Richtigkeit vom Anmelder nicht bestritten worden war.
- 31 Der Versender trägt die Beweislast für die Übermittlung seines Faxes (s. Entscheidungen vom 31.5.1999, R 34/99-3, *VAUDE*; *GRUR Int.* 1999, 966; *NJWE-WettbR* 2000, 21; *MarkenR* 1999, 319 und vom 30.4.1999, R 227/98-3, *clubhouse*; *GRUR Int.* 1999, 964; *NJWE-WettbR* 2000, 22). Mit Urteil vom 15.11.2001 – T-128/99, *MarkenR* 2001, 487 – *TELEYE* (Rdn 47–50) hat das EuG dem Anmelder erlaubt, seinen Schreibfehler zu berichtigen, um seine Anmeldung (*TELEYE*) in Einklang mit seinen ebenfalls geltend gemachten Prioritätsansprüchen (*TELEBYE*) zu bringen, weil der Schreibfehler für das Amt nach Ansicht des EuG eindeutig erkennbar gewesen sei, die begehrte Änderung in diesem Falle nicht missbräuchlich sei und keine wesentliche Änderung der Marke mit sich bringe.
- 32 Eine Originalwiedergabe kann wegen Regeln 3, 80 Abs. 1 DV innerhalb einer Frist nachgereicht werden.
- 33 Schreibfehler in einer Wortmarke sowie falsche oder widersprüchliche Kennzeichnungen sind zu vermeiden. Außerdem kann nicht von einer zu einer anderen Markenform (z. B. von der Bild- zur dreidimensionalen Marke) übergegangen werden (s. Entscheidungen vom 27.6.2000, R 452/99-3, *Flasche mit Strohalm*, vom 28.10.1999, R 104/99-3; *NJWE-WettbR* 2000, 299, *Strahlregler*; *MarkenR* 2000, 37; *GRUR Int.* 2000, 363; *NJWE-WettbR* 2000, 49; *IIC* 2001, 679 und vom 10.9.1998, R 40/98-3, *NATURAL BEAUTY*; *GRUR Int.* 1999, 448; *NJWE-WettbR* 1999, 288).
- 34 Zu näheren Details s. Bender, *Neue Markenformen in Alicante*; *MarkenR* 1999, 117.
- 35 So erfüllten weder ein „Klick-Geräusch“ noch eine „Vakuumverpackung für einen Bekleidungsartikel in einer Plastikumhüllung“ mangels Bestimmtheit die Voraussetzungen der Markenfähigkeit (Entscheidungen v. 7.10.1998, R 1/98-2, *déclic*, und v. 21.1.1998, R 4/97-2, *Vakuumverpackung*; *GRUR Int.* 1998, 611; *NJWE-WettbR* 1998, 137). S. auch *Völker/Schuster*, *Gemeinschaftsmarken und absolute Eintragungshindernisse*; *MarkenR* 1999, 369 und 2000, 10, sowie Bender, *Die absoluten Schutzversagungsgründe für die Gemeinschaftsmarke*; *MarkenR* 2000, 118.
- 36 Über die Frage der Markenfähigkeit einer „Riechmarke“ und die dann evtl. erforderlichen Anforderungen an die grafische Darstellbarkeit wird auf eine Vorlagefrage des BPatG, *GRUR* 2000, 1044, demnächst der EuGH (C-273/00) zu entscheiden haben; Generalanwalt Ruiz-Jarar-

## V. Anmeldetag

Um für eine Gemeinschaftsmarke einen Anmeldetag zu erlangen, bedarf es der Einreichung einer Anmeldung, die die Erfordernisse des Artikel 26 GMV erfüllt. Besonderes Augenmerk ist darauf zu richten, dass das Verzeichnis der Waren und Dienstleistungen vollständig ist, da eine nachträgliche Erweiterung wegen Artikel 44 Abs. 1 GMV nicht mehr möglich ist. Treten bei der Übermittlung der Anmeldung an das Amt Pannen auf, so kommt es darauf an, in wessen Gefahrenbereich der Fehler liegt.<sup>31</sup> Auch die Wiedergabe einer Marke hat insbesondere bei Bildzeichen und bei den neuen Markenformen sorgfältig zu erfolgen,<sup>32</sup> da wegen Artikel 44 Abs. 2 GMV Änderungen nach Vergabe eines Anmeldetags nicht bzw. nur unter stark eingeschränkten Voraussetzungen möglich sind. Es ist immer daran zu denken, dass die Anmeldung (auch für die Rechtsverteidigung z. B. im Widerspruchsverfahren) reproduzierbar sein muss.<sup>33</sup> Im Zweifelsfall empfehlen sich daher detaillierte Beschreibungen.<sup>34</sup>

## VI. Markenfähigkeit

Auch für das Gemeinschaftsmarkensystem gilt das Grunderfordernis, dass ein Zeichen wegen Artikel 4 i. V. m. 7 Abs. 1 a GMV eine abstrakte Unterscheidungs-eignung aufweisen muss, um als markenfähig angesehen werden zu können. In diesem Prüfungsstadium ist die Unterscheidungskraft noch abstrakt, d. h. ohne Bezugnahme auf die angemeldeten Waren und Dienstleistungen zu bestimmen. An die erforderliche grafische Darstellbarkeit wird dabei kein strenger Maßstab angelegt. Dieses Kriterium spielt insbesondere bei den neuen Markenformen eine Rolle. Dreidimensionale Gestaltungen, Farben an sich, Hör- und Ausstattungsmarken sind jedenfalls markenfähig. Nur wenn es sich z. B. um eine unbestimmte und unklare Form oder ein nicht exakt beschriebenes Geräusch handelt, kann es einmal im Einzelfall an dieser Voraussetzung fehlen.<sup>35</sup> Sehr umstritten ist die Markenfähigkeit eines Geruchs, besonders weil er subjektiv unterschiedlich wahrgenommen werden kann und die Frage der Beschreibung und Reproduzierbarkeit große Probleme aufwirft.<sup>36</sup>

## VII. Unterscheidungskraft

Hinsichtlich des für die Eintragungsfähigkeit geforderten Kriteriums der Unterscheidungskraft hat sich die Rechtsprechung der Kammern dahingehend stabilisiert, dass lediglich ein Minimum gefordert wird. Die Marke muss einen betrieblichen Herkunftshinweis darstellen, also die Garantie einer bestimmten Ursprungsidentität bieten. Der Verbraucher kann erwarten, dass die Herstellung der mit der Marke gekennzeichneten Ware unter Kontrolle eines einzigen Unternehmens erfolgt ist. Bei der Beurteilung ist jeweils das beanspruchte Zeichen in seiner Gesamtheit unter Berücksichtigung der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise zu betrachten. Rein beschreibende Angaben bedürfen eines besonderen Zusatzes, um unterscheidungskräftig werden zu können. Umstritten ist allerdings, inwieweit Kriterien wie Ungewöhnlichkeit, Eigentümlichkeit, Originalität und Fantasieüberschuss für das Vorliegen von Unterscheidungskraft geeignete Maßstäbe sind.<sup>37</sup>

bo Colomer kommt in seinen Schlussanträgen vom 6.11.2001 nach einer umfangreichen literarischen, philosophischen und psychologischen Analyse zu dem Ergebnis, dass ein Zeichen nur dann eine Marke sein kann, wenn es Unterscheidungskraft hat und sich vollständig, klar, genau und in für die Allgemeinheit der Hersteller und Verbraucher verständlicher Weise grafisch darstellen lässt. Da Gerüche nicht in der beschriebenen Form grafisch dargestellt werden könnten, fehle ihnen die Markenfähigkeit. Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH ihm folgt. Die Zweite Beschwerdekammer hatte mit ihrer viel diskutierten Entscheidung vom 11.2.1999, R 156/98-2, THE SMELL OF FRESH CUT GRASS; ABl. HABM 10/1999, 1238 = MarkenR 1999, 142 = WRP 1999, 681, das Tor für Geruchsmarken geöffnet, ohne allerdings das Amt zu einer Änderung seiner generell ablehnenden Grundhaltung veranlassen zu können. Die Dritte Beschwerdekammer hat in einer ganz aktuellen Entscheidung vom 5.12.2001, R 711/99-3, DER DUFT VON HIMBEEREN, einem Himbeergeruch, der für Brenn- und Kraftstoffe angemeldet war, zwar Markenfähigkeit nach Artikel 4 GMV zuerkannt, ihm aber letztlich den Schutz mangels Unterscheidungskraft versagt, da der angesprochene Verbraucher den Duft in Verbindung mit der Ware nur als Mittel zur Geruchsverbesserung, also lediglich als deren „Parfümierung“, und nicht als eigenständige, betriebskennzeichnende Marke verstehen wird.

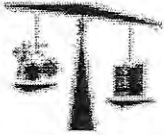
- 37 Dies verneint das EuG im Urteil vom 5.4.2001 – T-87/00, MarkenR 2001, 181 – EASYBANK, Rdn 39, 40; ABl. HABM 11/2001, 2122; GRUR-RR 2001, 156; GRUR Int. 2001, 756, mit der etwas formalistischen Begründung, dass sich diese Begriffe nicht als Kriterien in Artikel 7 Abs. 1b GMV fänden. Vielmehr sei zu prüfen, ob es ausgeschlossen erscheine, dass das fragliche Zeichen geeignet sei, in den Augen der angesprochenen Verkehrskreise die betreffenden Waren oder Dienstleistungen von denen anderer Herkunft zu unterscheiden, wenn diese Verkehrskreise ihre Entscheidung im Geschäftsleben zu treffen hätten. Nach welchen Kriterien aber diese Prüfung erfolgen soll, ist nicht näher ausgeführt. Mit diesem Problembereich wird sich demnächst auch der EuGH aufgrund von drei Vorlagefragen des BGH in Bezug auf dreidimensionale Marken zu befassen haben: Gabelstabler (C-53/01), Rado-Uhr (C-55/01) und Stabtaschenlampen (C- 54/01); GRUR 2001, 334; MarkenR 2001, 67, 75, 71. S. hierzu und zum Folgenden auch: Ströbele, Absolute Eintragungshindernisse im Markenrecht, GRUR 2001, 658, sowie Bender/von Kapff, Born to Be Free – The Community Trade Mark in Practice, IIC 2001, 625.
- 38 S. z. B. Entscheidungen der Kammern vom 21.9.1999, R 70/99-3, TABS (viereckig, rot/weiß), als 3-D-Marke; Mitt. 1999, 471; NJWE-WettbR 2000, 143; und vom 25.11.1999, R 75/99-3, TABS (viereckig, rot/weiß), als Bildmarke. Letztere wurde aber für die Dienstleistung Waschmittelforschung zugelassen. Das EuG hat mit einer Serie von Urteilen vom 19.9.2001 diese Auffassung bestätigt. Zwar hat es u. im Urteil T-335/99, Rdn 45, 46, ausgesprochen, dass die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die aus der Form der Ware selbst bestehen, keine anderen sind als die für die übrigen Markenkategorien geltenden. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass im Fall einer dreidimensionalen Marke, die aus der Form und den Farben der Ware selbst besteht, die Wahrnehmung durch die angesprochenen Verkehrskreise nicht notwendig die gleiche ist wie bei einer Wort-, Bild- oder dreidimensionalen Marke, die nicht aus der Form der Ware besteht. Während nämlich diese Marken von den angesprochenen Verkehrskreisen gewöhnlich unmittelbar als herkunftskennzeichnende Zeichen wahrgenommen werden, gilt nicht notwendig das Gleiche für den Fall, dass das Zeichen mit dem äußeren Erscheinungsbild der Ware selbst übereinstimmt. Weiter hat das EuG in Rdn 48 ausgeführt, dass der Grad der Aufmerksamkeit des durchschnittlichen Verbrauchers in Bezug auf Form und Farben von Wasch- und Geschirrspülmitteln, bei denen es sich um Waren des täglichen Verbrauchs handelt, nicht hoch ist. Zudem hat er in Rdn 50–55 festgestellt, dass die beanspruchte dreidimensionale Form einer rechteckigen Tablette zu den geometrischen Grundformen zählt und für Wasch- und Geschirrspülmittel eine der nahe liegenden Formen darstellt, woran weder die leicht abgerundeten Ecken noch das Vorhandensein zweier Schichten, einer weißen und einer roten, noch die Verwendung verschiedener Grundfarben noch die unterschiedliche Verteilung der farbigen Teile (und in den Parallelfällen die bunte Sprenkelung, der gerillte Rand oder die Einkerbungen im oberen Teil der Tablette) etwas ändern, weil die angesprochenen Verkehrskreise bei Reinigungsmitteln, insbes. auch aufgrund der Herstellerwerbung, daran gewöhnt sind. (s. a. Urteile vom selben Tag in parallelen Tabletten-Fällen: T-336/99, T-337/99 und T-117/00, T-118/00, T-119/00, T-120/00, T-121/00, T-128/00, T-129/00, MarkenR 2001, 418 und zur Tabs-Bildmarke T-30/99, MarkenR 2001, 481 = GRUR Int. 2002, 75). Gegen alle diese Urteile (mit Ausnahme der Bildmarke) haben die beiden unterlegenen Anmelder jeweils Rechtsmittel zum EuGH eingelegt (s. Fußnote 12).

Während die Beurteilung von Unterscheidungskraft bei Wortmarken regelmäßig keine großen Probleme macht, ist sie oft sehr schwierig bei Bild- und dreidimensionalen Zeichen, besonders dann, wenn diese ausschließlich die Abbildung oder die Form der Ware beinhalten. In einer Serie von Entscheidungen haben die Kammern z. B. Waschmitteltabletten für Waschmittel als plastische oder Bildmarken mangels Eigenart und Originalität zurückgewiesen, weil diese Formen aufgrund ihrer allgemeinen Verbreitung auf dem Markt und der Präsentation in der Werbung vom Verbraucher nicht als Angabe eines betriebskennzeichnenden Merkmals verstanden werden, sondern nur als Hinweis auf das spezielle Produkt, nämlich Waschmittel in Tablettenform (und nicht flüssig, körnig oder in Pulverform).<sup>38</sup> Ebenfalls als Marken abgelehnt wurden die nunmehr auf diesem Feld ebenfalls in Mode gekommenen Waschmittelnetze.<sup>39</sup>

Die Kammern hatten auch die unterschiedlichsten Flaschenformen zu beurteilen, die teils für die Ware „Flasche“ selbst, überwiegend aber für deren Inhalt, nämlich von Senf über Ketschup zu Wasser, Wein und Alkoholika bis hin zu Reinigungs-, Waschmitteln und Parfüms, beansprucht wurden. Üblichen Gestaltungsformen wurde die Eintragung versagt,<sup>40</sup> nur hinreichend eigenartigen und einprägsamen Ausgestaltungen, die eine gewisse Originalität aufwiesen, die von der produkt- oder verkaufstechnisch oder ästhetisch bedingten oder von der allgemein verwendeten, typischen Produktform deutlich abwich, konnte eine Schutzfähigkeit zuerkannt werden.<sup>41</sup> Reinen Produktformen, wie z. B. der Schnalle eines Sicherheitsgurtes, eines Feuerlöschventils, einem Seifenspender, einem Feuerzeug, dem Schogetten-Schokoladenstück, einer Zigarrenform und einer Goldbarrenform für Schokoladenwaren oder einem Zahnbürstenkopf, fehlte die erforderliche Unterscheidungskraft.<sup>42</sup> Das Gleiche gilt für übliche Verpackungsformen.<sup>43</sup> Fantasievollen Varianten konnte dagegen Schutz gewährt werden, wie einer speziellen Gestaltung von Wertstoffsammelbehältern für Papier und Flaschen oder Waffelformen.<sup>44</sup> Auch Farben an sich wurden von den Beschwerdekammern i. d. R. nicht als unterscheidungskräftig angesehen,<sup>45</sup> einer Farbkombination in Flaggenform wurde jedoch für Dienstleistungen im Versicherungs- und Finanzwesen die Eintragung bewilligt.<sup>46</sup> Bei den Ausstattungsmarken wurden einem Wendelstreifen auf einem Schlauch, einem umgekehrten Y auf Unterhosen und fünf eingeschlifften Rippen am Rand von Linsen Unterscheidungskraft zuerkannt,<sup>47</sup> nicht aber Jeanstaschen mit verschiedenartigen Nähten.<sup>48</sup>

## VIII. Freihaltungsbedürfnis

Der Begriff des „Freihaltungsbedürfnisses“ ist weder in der GMV noch in der MarkenRL enthalten. Aber auch ohne ausdrückliche Verwendung dieses aus dem deutschen Rechtskreis stammenden Begriffs liegt die damit zum Ausdruck gebrachte Idee der Nicht-Monopolisierung bestimmter Begriffe seit dem Chiemsee-Urteil des EuGH<sup>49</sup> auch dem europäischen Markenrecht zugrunde. Der EuGH legte Artikel 3 MarkenRL, der Artikel 7 Abs. 1 c GMV entspricht, nämlich so aus, dass hiermit „das im Allgemeininteresse liegende Ziel, dass Zeichen oder Angaben, die die Waren- oder Dienstleistungsgruppen



## Eilunterrichtungen

COHAUSZ DAWIDOWICZ HANNIG  
& PARTNER

ANLAGE ..... 2

Bundespategericht	Eilunterrichtung		Rechtsbeschwerde zugela <b>nein</b>
33. Senat	22.01.2002	33 W (pat) 133/00	Veröffentlichung vorgese <b>ja</b>
Artikel 2 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, §§ 3 Abs 1, 8 Abs 1 MarkenG			

### Leitsatz

"abstrakte Farbmarke"

Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften werden zur Auslegung von Artikel 2 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken – ABl. EG 1989 L 40, S 1 vom 11. Februar 1989 – folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Erfüllen als Marke zur Eintragung in das Register angemeldete abstrakt und konturlos beanspruchte Farben oder Farbzusammenstellungen, deren Farbtöne unter Einreichung eines Farbmusters (einer Farbprobe) wörtlich benannt sowie nach einem anerkannten Farbklassifikationssystem genau bezeichnet sind, die Anforderungen an die Markenfähigkeit nach Artikel 2 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Marken?

Ist eine solche sogenannte "(abstrakte) Farbmarke" im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie insbesondere

- a) ein Zeichen,
- b) zur herkunftskennzeichnenden Unterscheidung geeignet,
- c) graphisch darstellbar?



# Zum Begriff der grafischen Darstellbarkeit des Art. 2 Markenrechtsrichtlinie

## Anmerkung zu den Schlussanträgen zur Riechmarken-Vorlage des BPatG

Ulrich Hildebrandt<sup>1</sup>

Mit Schlussanträgen<sup>2</sup> vom 6. November 2001 schlägt Generalanwalt beim EuGH Colomer eine Auslegung des Art. 2 Markenrechtsrichtlinie vor, wonach ein Zeichen nur dann eine Marke sein könne, wenn es Unterscheidungskraft hat und sich vollständig, klar, genau und in für die Allgemeinheit der Hersteller und Verbraucher verständlicher Weise grafisch darstellen lässt. Derzeit könnten Gerüche nicht in der beschriebenen Form grafisch dargestellt werden und daher nicht Marken sein. Die Anträge des Generalanwalts begehren Bedenken.

### 1 Zur Notwendigkeit einer grafischen Darstellbarkeit in einer vollständigen, klaren, genauen und für die Allgemeinheit der Hersteller und Verbraucher verständlichen Weise

1.1 Art. 2 Markenrechtsrichtlinie<sup>3</sup> lautet: Marken können alle Zeichen sein, die sich grafisch 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.

Ein Erfordernis der Darstellbarkeit in einer vollständigen, klaren, genauen und für die Allgemeinheit der Hersteller

und Verbraucher verständlichen Weise findet sich im Wortlaut der Richtlinie nicht. Dieses Erfordernis soll nach Ansicht des Generalanwalts<sup>4</sup> aus der Funktion einer Marke folgen, eine Unterscheidung zu ermöglichen. Die Darstellung müsse in einer Weise erfolgen, die verständlich ist, da das Verständnis Voraussetzung für das Unterscheiden sei. Es genüge daher nicht jede grafische Darstellung, sondern sie müsse zwei Voraussetzungen erfüllen. Erstens müsse sie vollständig, klar und präzise sein, damit man ohne jeden Zweifel weiß, worauf sich das Ausschließlichkeitsrecht bezieht. Zweitens müsse sie verständlich für diejenigen sein, die ein Interesse daran haben könnten, Einsicht in das Register zu nehmen, also für andere Hersteller und Verbraucher. Unterscheidungskraft und grafische Darstellbarkeit seien zwei Merkmale, die gemeinsam den gleichen Zweck haben, dass die Produkte von den potenziellen Käufern auf dem Markt aufgrund ihrer Herkunft ausgewählt werden können. Zeichen, die eine Marke bilden, würden grafisch dargestellt, um absolute Inanspruchnahme durch einen Unternehmer zu schützen und publik zu machen, der sie sich mit dem Ziel vorbehält, die von ihm angebotenen Waren oder Dienstleistungen zu kennzeichnen.

1.2 Die Begründung eines Erfordernisses der Verständlichkeit der grafischen Darstellung von Marken aufgrund ihrer Unterscheidungsfunktion überzeugt nicht. Art. 2 MRR unterscheidet Marke einerseits und grafische Darstellung andererseits. Lediglich die Marke, nicht auch ihre grafische Darstellung muss nach dem Wortlaut des Art. 2 MRR zur Unterscheidung der Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen geeignet sein.<sup>5</sup> Das Verständnis der grafischen Darstellung, ja sogar ihre Kenntnis ist nicht erforderlich, damit das Zeichen seine Herkunftsfunktion erfüllen kann. Bloße Erinnerung an die Marke selbst ermöglicht die Unterscheidung, sodass beispielsweise auch Schriftkundige<sup>6</sup> Wortmarken – etwa aufgrund ihres klanglichen Eindrucks – unterscheiden werden. Ist danach zwischen der Marke selbst und ihrer grafischen Wiedergabe zu unterscheiden, dürfte ein Interesse der Kommunikationsadressaten<sup>7</sup> einer Marke, nämlich der Verbraucher,<sup>8</sup> an Kenntnis und Verständnis der grafischen Wiedergabe nicht bestehen.

1.3 Streitig diskutiert wird dagegen die Frage, welchen Anforderungen die grafische Wiedergabe im Hinblick auf die Prüfungsmöglichkeit ihres Schutzzumfangs durch Amt und Wettbewerber genügen muss. Generalanwalt<sup>9</sup> und BPatG<sup>10</sup> gehen davon aus, nur die präzise Festlegung des Anmeldegegenstandes ermögliche eine zuverlässige und sachgerechte Prüfung der Anmeldung auf das Vorlie-

1 Dr. Ulrich Hildebrandt, Rechtsanwalt in Düsseldorf.

2 Schlussanträge vom 6. November 2001 in der Rechtssache C-273/00 – Sieckmann/Deutsches Patent- und Markenamt; Fundstelle im Internet: [http://europa.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=de&num=79988893C19000273&doc=T&ouvert=T&seance=CONCL&where=\(\);](http://europa.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=de&num=79988893C19000273&doc=T&ouvert=T&seance=CONCL&where=();) referiert in: GRUR Int. 2001, 1071; Vorabentscheidungsersuchen des Bundespatentgerichts BPatGE 43, 58 = GRUR 2000, 1044 = BIPMZ 2001, 158 – Riechmarke; kritisch hierzu: Fezer, Markenrecht, 3. Aufl. 2001, § 3 Rdnr. 282a.

3 Entsprechend für die Gemeinschaftsmarke: Art. 4 GMV.

4 Dort: Rdnr. 37 f.

5 Vgl. zur Herkunftsfunktion den siebenten Erwägungsgrund der Präambel der MRR.

6 Etwa Kleinkinder oder Analphabeten; das Institut der deutschen Wirtschaft schätzt allein die Zahl der Analphabeten in Deutschland auf gut drei Millionen, vgl. [www.unesco.de/crbeitsgebiete/alphabetisierung.htm](http://www.unesco.de/crbeitsgebiete/alphabetisierung.htm).

7 Vgl. zu diesem kommunikationstheoretischen Ansatz des Markenrechts: Schlussanträge, Rdnr. 19 ff.

8 Anders aber: BPatG, GRUR 2000, 1044, 1047 – Riechmarke, das eine für die Allgemeinheit nachvollziehbare Bestimmtheit fordert.

9 Schlussanträge, Rdnr. 36.

10 BPatG, GRUR 2000, 1044, 1047 – Riechmarke.

gen etwaiger absoluter Eintragungshindernisse. Der Gegenstand der Marke müsse von vornherein eindeutig definiert sein. Entsprechend dem Wesen eines durch die Eintragung in ein öffentliches Register entstehenden Rechts müssten auch bei dem durch die Eintragung entstehenden Markenrecht alle die Entstehung, die Art, den Umfang, den Bestand und das Erlöschen des Rechts betreffenden Daten aus dem Register in nachvollziehbarer Bestimmtheit ersichtlich sein. Hierzu gehöre in erster Linie das den Gegenstand des Markenschutzes bildende Zeichen, das insbesondere die Grundlage für die Feststellung relevanter Kollisionen zwischen jüngeren und älteren Marken sei. Andere dagegen sehen die Hauptfunktion der grafischen Wiedergabe in der Zweckmäßigkeit einer zweidimensionalen Aktenführung.<sup>11</sup> Die grafische Darstellung sei nicht die einzige Möglichkeit, den Schutzbereich eines Zeichens für den Verkehr eindeutig zu definieren.<sup>12</sup> Sinn und Zweck der grafischen Darstellung sei die Reproduzierbarkeit des Zeichens; der Zweck des Registers sei es, die Festlegung, die Nachvollziehbarkeit und Nachprüfbarkeit des Schutzrechts zu gewährleisten, nicht jedoch Modalitäten für die Einsichtnahme durch die Wettbewerber festzulegen; soweit die Einsichtnahme nicht unter derart erschwerten Umständen stattfinde, dass sie in ihren faktischen Auswirkungen einer Verunmöglichung der Geltendmachung entgegenstehender Rechte gleichkomme, sei auch unter der Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kein Grund für eine Ablehnung der Eintragung ersichtlich.<sup>13</sup> Ein Erfordernis der unmittelbaren grafischen Wiedergabe fin-

det sich im Wortlaut des Art. 2 MRR nicht. Auch können Amt und Wettbewerber den Schutzbereich einer nur mittelbar grafisch wiedergegebenen Marke in der Regel ermitteln.<sup>14</sup> Vor allem wird sich der Möglichkeit einer mittelbaren grafischen Wiedergabe der Bestimmtheitsgrundsatz kaum mit der Folge entgegenhalten lassen, dass der Schutzbereich einer Marke durch eine unmittelbare grafische Wiedergabe mit hinreichend konkreter Bestimmtheit festgelegt sein muss.<sup>15</sup> Selbst wenn sich Umriss eines gemeinschaftsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes ausmachen lassen, scheint die Rechtsprechung weniger ein Gebot der Bestimmtheit als vielmehr der Bestimmbarkeit zu fordern.<sup>16</sup> Der so genannte Bestimmtheitsgrundsatz entpuppt sich als Bestimmbarkeitsgrundsatz. So hält der EuGH ein rechtliches Verbot auch dann für hinreichend bestimmt, wenn der Entscheidungsadressat den Umfang des Verbotes aus den tatsächlichen Umständen herleiten kann.<sup>17</sup> Überhaupt findet der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz seine Grundlage und Berechtigung im Bedürfnis nach Rechtssicherheit.<sup>18</sup> Rechtssicherheit aber ist bereits im Falle bloßer Bestimmbarkeit rechtlicher Gebote gewährleistet.<sup>19</sup> Kommt es danach auf eine Bestimmbarkeit des Schutzbereichs einer Marke an, genügt für die grafische Wiedergabe bloße Reproduzierbarkeit des Zeichens aufgrund mittelbarer Wiedergabe.<sup>20</sup>

1.4 Systematische Erwägungen bestätigen dieses Ergebnis: Obwohl der Verkehr Hörmarken eindeutig erkennen kann und gewohnt ist, diesen einen herkunftshinweisenden Bedeutungsgehalt zuzumessen,<sup>21</sup> können auch Hörmarken nicht unmittelbar grafisch dargestellt werden.<sup>22</sup> Die grafische Darstellung von Hörmarken kann nur von Fachleuten entschlüsselt werden,<sup>23</sup> seien es Kundige der Notenschrift oder Tontechniker, die in der Lage sind, ein Sonagramm zu deuten. Eine unterschiedliche Behandlung von Geruchsmarken einerseits und Hörmarken andererseits erscheint jedoch in systematischer Hinsicht inkonsequent.<sup>24</sup> Hinzu kommt, dass – worauf auch das BPatG in seinem Vorlagebeschluss hinweist<sup>25</sup> – Rat und Kommission der Europäischen Gemeinschaften im Protokoll des Rates anlässlich der Annahme der Markenrechtsrichtlinie in einer Gemeinsamen Erklärung<sup>26</sup> die Auffassung äußerten, dass Art. 2 MRR die Eintragung von Tonzeichen als Marken nicht ausschließt. Dieser Gemeinsamen Erklärung zufolge ist das Merkmal der grafischen Darstellbarkeit auch dann erfüllt, wenn das die Marke darstellende Zeichen – etwa ein Klang – nicht visuell wahrnehmbar und daher naturgemäß auch nicht als solcher grafisch darstellbar ist, sondern nur durch ein Surrogat (etwa ein Notenbild) wiedergegeben werden kann. Ob die Gemeinsame Erklärung nicht Bestandteil der Markenrechtsrichtlinie wurde und daher auch nicht deren Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften präjudiziert,<sup>27</sup> erscheint zweifelhaft.<sup>28</sup> Zwar kann eine Erklärung nicht zur Auslegung abgeleiteten Rechts herangezogen werden, wenn der Inhalt der Erklärung in der fraglichen Bestimmung keinen Ausdruck gefunden hat.<sup>29</sup> Die Eintragungsfähigkeit von Tonmarken dürfte jedoch Niederschlag in der Öffnung des Art. 2 MRR durch das Wort „insbesondere“ gefunden haben; da mit Ausnahme der in allen Mitgliedstaaten zweifelsfrei ohnehin erfassten reinen Bildmarken alle unmittelbar grafisch darstellbaren Zeichen ausdrücklich in Art. 2 MRR genannt sind, kann das Wort „insbesondere“ nur auf eine Öffnung für lediglich mittelbar darstellbare Zeichen hindeuten. Die von Generalanwalt

11 Fezer, Markenrecht, 3. Aufl. 2001, § 3 Rdnr. 280; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 1998, § 8 Rdnr. 13.

12 Rohnke, Hilfe für das Bundespatentgericht vom EuGH?, MarkenR 2001, 12, 13, unter Hinweis auf Tonmarken.

13 Grabucker, Neue Markenformen, MarkenR 2001, 95, 97.

14 In der Tendenz auch: Schmidt, Rechtsfragen im Zusammenhang mit formellen Anforderungen an Markenmeldungen, GRUR 2001, 653, 655.

15 So aber: BPatG, GRUR 2000, 1044, 1048 – Riechmarke; ähnlich: Althammer/Ströbele/Klaka-Ströbele, Markengesetz, 6. Aufl. 2000, § 3 Rdnr. 11 f. u. 24; Kur, Was macht ein Zeichen zur Marke?, MarkenR 2000, 1, 2.

16 In diesem Sinne: EuG T-128/99 v. 15.11.2001, MarkenR 2001 Nr. 487 – TELEYE, Rdnr. 50; auch: Gyngell/Poulter, A Users Guide to Trade Marks and Passing Off, London 1998, 1.04; vgl. auch: Bender, Neue Markenformen in Alicante, MarkenR 1999, 117, 118 f.

17 EuGH C-180/96 v. 5. Mai 1998 – Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland/Kommission, Rdnr. 123 ff.

18 EuGH C-354/99 v. 18. Oktober 2001 – Kommission/Irland, Rdnr. 27

19 Auch das BVerfG fordert lediglich Vorhersehbarkeit: BVerfG 28, 175, 183; 92, 1, 12.

20 Im Ergebnis auch: Grabucker, Neue Markenformen, MarkenR 2001, 95, 96.

21 Rohnke, Hilfe für das Bundespatentgericht vom EuGH?, MarkenR 2001, 12, 13, unter Hinweis auf Nationalhymnen und Fanfaren von Nachrichtensendungen.

22 Hierzu: Kur, Was macht ein Zeichen zur Marke?, MarkenR 2000, 1, 3; Rohnke, Hilfe für das Bundespatentgericht vom EuGH?, MarkenR 2001, 12, 13.

23 Rohnke, Hilfe für das Bundespatentgericht vom EuGH?, MarkenR 2001, 12, 14.

24 Ebenso: Vieffues, Geruchsmarken als neue Markenform, MarkenR 1999, 249, 250.

25 BPatG, GRUR 2000, 1044, 1047 – Riechmarke.

26 ABl. 1995 Nr. L 303/4 vom 15.12.1995, abgedruckt im Amtsblatt des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt (HABM), 1996, 606.

27 So: BPatG, GRUR 2000, 1044, 1047 – Riechmarke.

28 Weitergehend: Vieffues, Geruchsmarken als neue Markenform, MarkenR 1999, 249, 250.

29 EuGH C-292/89 – Antonissen (1991), Slg. I-745; Rdnr. 18.

und BPatG befürchteten Unschärfen begegnen auch bei klassischen Markenformen. Bildmarken wirken je nach Hintergrund, auf dem sie aufgebracht sind, unterschiedlich.<sup>30</sup> Dreidimensionale Marken können nicht absolut exakt grafisch wiedergegeben werden; die Unbestimmtheit bei Geruchsmarken dürfte kaum größer sein.<sup>31</sup> Sogar bei Wortmarken lässt sich der Schutzzumfang der Eintragung nicht vollständig entnehmen.<sup>32</sup> Wortmarken treten dem Verkehr bekanntlich in dreierlei Ausprägung entgegen, in klanglicher, schriftbildlicher und begrifflicher. Allein die klangliche Ähnlichkeit der Marken kann eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b MRR hervorrufen.<sup>33</sup> Der Klang wird bei Wortmarken immer „mitgelesen“.<sup>34</sup> In klanglicher und begrifflicher Hinsicht entfaltet die Marke in jedem Sprachraum einen unterschiedlichen Schutzbereich; während ein Brit die Marken „Paul“ und „Pol“ für klanglich ähnlich halten wird, dürfte einem Deutschen ihre Unterscheidung möglich sein. Auch müssen sich Entscheidungen nicht widersprechen, die in verschiedenen Sprachräumen ein Kombinationszeichen durch unterschiedliche Elemente domi-

niert sehen.<sup>35</sup> Wenn frisch geschnittenes Gras<sup>36</sup> in Irland geringfügig anders duftet als in Griechenland, stellt dies mithin keine Besonderheit einer Geruchsmarke dar, sondern zeigt eine Facette der Unterschiede im Europäischen Markt und der Relativität jeder Wahrnehmung.<sup>37</sup> Ohnehin gelangt größere Unbestimmtheit ins Markenrecht durch solche immateriellen Schutzrechte, die keiner Eintragung bedürfen. So können Urheberrechte im Markenrecht als Gegenzeichen eine Rolle spielen und hierbei beispielsweise die unscharfen Abgrenzungskriterien zwischen der Bearbeitung eines urheberrechtlich geschützten Werkes und seiner freien Benutzung wegen Art. 4 Abs. 4 lit. c iii MRR im Markenrecht bedeutsam werden. Es wird dann zu prüfen sein, ob – unter Außerachtlassung des urheberrechtlich nicht schutzfähigen Gemeingutes – der gleiche geistig-ästhetische Gesamteindruck vorliegt oder ob die Züge der Vorlage gegenüber der Eigenart der angemeldeten Marke verblassen.<sup>38</sup> Verglichen mit den für die Abgrenzung erforderlichen Tatsachenermittlungen zur Eigenart des Werkes und zur Gemeinfreiheit seiner Elemente dürfte der Schutzzumfang einer nur mittelbar wiedergegebenen Marke leicht feststellbar sein.

30 Rohnke, Hilfe für das Bundespatentgericht vom EuGH?, MarkenR 2001, 12, 14.

31 Tetzner, Neue Markenformen, GRUR 1951, 65, 68.

32 So auch: Rohnke, Hilfe für das Bundespatentgericht vom EuGH?, MarkenR 2001, 12, 14.

33 EuGH C-342/97 v. 22.6.1999, Slg. 1999, I-3819 = MarkenR 1999, 236 – Lloyd Schuhfabrik Meyer, Rdnr. 28.

34 Rohnke, Hilfe für das Bundespatentgericht vom EuGH?, MarkenR 2001, 12, 13.

35 Vgl. nur einerseits: HABM R728/99-2 u. R0792/99-2 v. 31.10.2000 – MATRATZEN markt CONCORD/MATRATZEN, wonach das Zeichen „MATRATZEN markt CONCORD“ im spanischen Markt durch den Begriff „MATRATZEN“ dominiert ist; andererseits: BPatG 26W (pat) 93/96 v. 3.12.1997 – MATRATZEN – markt – concord/concord, wonach das Element „concord“ beide Zeichen prägt.

36 Zur Hinlänglichkeit der grafischen Beschreibung „The Smell Of Fresh Cut Grass“ für eine Geruchsmarke: HABM MarkenR 1999, 142 = WRP 1999, 681 – The Smell Of Fresh Cut Grass.

37 Allgemeinverständlich zur Relativität jeder Wahrnehmung aus humanbiologischer Sicht: Maturana/Varela, Der Baum der Erkenntnis, 3. Aufl. Bern/München 1991, S. 19 ff.

38 Vgl. BGH, GRUR 1958, 402, 403 f. („Lili Marleen“); Hildebrandt, Die Strafvorschriften des Urheberrechts, 2001, S. 57 f. m. w. N.

39 Ebenso: Art. 2 Abs. 1 lit. a Markenrechtsvertrag; hierzu: Kunze, Der Markenrechtsvertrag, WRP 1996, 982, 984.

40 Hierzu: Schlussanträge vom 6. November 2001 in der Rechtssache C-273/00 – Sieckmann/Deutsches Patent- und Markenamt, Rdnr. 31.

41 Vgl. Sieckmann, Die Eintragungspraxis und -möglichkeiten von nicht-traditionellen Marken innerhalb und außerhalb der EU, MarkenR 2001, 236, 246, mit Hinweisen zu einzelnen Geruchsmarken.

42 Vgl. die Kommentierungen zum alten WZG.

43 Vgl. EuGH, GRUR 1994, 280 – Phil Collins, Rdnr. 32 ff., m. w. N.; auch: EuGH WRP 1999, 1260 – ARD; HABM R 20/1997-1 v. 27.5.1998 – XTRA, Rdnr. 18, unter Hinweis auf EuGH 103 u. 145/77 – Royal Scholten-Honig (Holdings) Limited/Intervention Board for Agricultural Produce, Rdnr. 27.

44 Zur Anwendung des Gleichheitssatzes in Fällen einer Inländerbenachteiligung: Tilmann, Irreführende Werbung in Europa – Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsentwicklung, GRUR 1990, 87, 91 ff.

45 So aber: Johannes, Marken nach der Richtlinie 89/104 in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU, MarkenR 2001, 46, 48, aufgrund einer kaum überzeugenden Argumentation mit einem Freihaltebedürfnis, vgl. nur EuGH Slg. 1999, I-2779 = GRUR 1999, 723 = MarkenR 1999, 189 – Chiemsee, Rdnr. 35; Riechmarken grundsätzlich bejahend wohl auch: Generalanwalt beim EuGH Jacobs, Schlussanträge vom 17. Januar 2002 in der Rechtssache C-291/00 – S.A. Société LTJ Diffusion/Société S.A. Sadas Verbaudet, Rdnr. 46.

46 Schlussanträge, Rdnr. 28.

47 Hierzu: Frederic Vester, Denken, Lernen, Vergessen, 15. Aufl. München 1988, S. 18.

1.5 Auch aufgrund internationaler Verträge scheint die Eintragung von Geruchsmarken geboten. Zwar gebietet Art. 15 Abs. 1 S. 4 TRIPS<sup>39</sup> die Eintragung von Geruchsmarken nicht: Die Mitglieder können die visuelle Wahrnehmbarkeit von Zeichen als Eintragungsvoraussetzung festlegen.

Doch kennt Art. 6 quinques PVÜ kein Erfordernis der grafischen Darstellbarkeit. Mehrere Mitgliedstaaten der PVÜ – hierunter nicht nur die USA mit ihren besonderen Benutzungsanforderungen,<sup>40</sup> sondern auch Australien und Neuseeland<sup>41</sup> – aber tragen Geruchsmarken ein. Weil Australien mit Wirkung vom 11. Juli 2001 auch dem Protokoll zum Madrider Abkommen beigetreten ist, kann eine australische Geruchsmarke sogar ohne großen Aufwand auf Staaten der europäischen Union ausgedehnt werden, ohne dass es hierbei auf die grafische Darstellbarkeit ankäme. Dem wird sich kaum die unter der Geltung des WZG zu Buchstabenzeichen entwickelte Argumentation<sup>42</sup> entgegenhalten lassen. Geruchsmarken entbehren grundsätzlich jeder Unterscheidungskraft. Zunächst nämlich unterscheidet der Wortlaut der MRR grafische Darstellbarkeit und Unterscheidungskraft in Art. 2 und 3 lit. a und b. Ferner sind durchaus Geruchsmarken vorstellbar, die dem Verbraucher eine Unterscheidung der Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen ermöglichen. Schließlich wird eine restriktive Auslegung des Begriffs der grafischen Darstellbarkeit nicht nur Umgehungsversuche durch Markenmeldungen australischer Strohänner auslösen, sondern dürfte auch zu einer Benachteiligung von EU-Inländern führen und hierdurch den, auch gemeinschaftsrechtlich anerkannten,<sup>43</sup> Grundsatz der Gleichbehandlung verletzen.<sup>44</sup>

1.6 Man wird Riechmarken kaum als Unfug abtun können.<sup>45</sup> Zwar mag der Gesichtssinn eine größere Erfassungsbreite und daher auch eine größere Verständnissbreite haben.<sup>46</sup> Doch weisen gerade Gerüche eine starke Erinnerungswirkung auf, die ihre Erklärung in einer engen Verbindung der Riechbahn mit dem limbischen System findet; bestimmte „Schlüsselgerüche“ können ganze Erinnerungspakete aus der Kindheit wachrufen.<sup>47</sup> Hinzu kommt, dass Riechmarken – wie auch Hörmarken

– zu den Marken gehören, die über Sprachgrenzen hinweg international verständlich sind. Für den Markt der Europäischen Union, dessen Zahl der Amtssprachen inzwischen auf zwölf angewachsen ist und voraussichtlich noch weiter steigen wird, könnten diese Markenformen, die nicht sprachbasiert sind, integrativ wirken.

## 2 Zur grafischen Darstellbarkeit von Gerüchen

2.1 Genügt danach eine mittelbare grafische Wiedergabe einer Marke und sind positive Auswirkungen nicht-sprachbasierter Marken für den Gemeinsamen Markt zu erwarten, so sollte die Eintragung von Riechmarken nicht am Erfordernis grafischer Darstellung scheitern.<sup>48</sup> Wie indes Riechmarken grafisch darzustellen sind, wird man – entgegen der auf Pauschalierung zielenden Vorlagefrage des BPatG – kaum für alle Gerüche einheitlich beantworten können. Dass bestimmte einzelne Gerüche eventuell nicht grafisch dargestellt werden können,<sup>49</sup> hat nicht zur Folge, dass Gerüche im Allgemeinen nicht grafisch darstellbar sind. Wie bisweilen vorgetragen,<sup>50</sup> dürften die Probleme weniger auf einer dogmatisch-grundsätzlichen Ebene als auf einer rein pragmatischen Ebene liegen.

In vielen Fällen wird bereits die Wiedergabe einer chemischen Formel den Anforderungen an Bestimmbarkeit und Reproduzierbarkeit genügen.<sup>51</sup> Jedenfalls Fachleute<sup>52</sup> können häufig einer Strukturformel oder Chemischen Bezeichnung einen Geruch zuordnen.<sup>53</sup> Mangels gesetzlicher Bestimmung scheint eine Beständigkeit der Marke nicht erforderlich,<sup>54</sup> solange der Geruch reproduziert werden kann. Sofern unter Umständen<sup>55</sup> die chemische Strukturformel nicht ausreicht, wird häufig die Angabe zusätzlicher Parameter weiterhelfen. Temperaturabhängige Gerüche können durch Angabe der Temperatur, oberflächenabhängige Gerüche durch Angabe des Duftträgers präzisiert werden.<sup>56</sup>

Bestimmbar dürften viele Riechmarken auch aufgrund der Beschreibung des Verfahrens zur Herstellung des konkreten Duftes oder aufgrund der Angabe einer Kombination verschiedener Duftnoten sein.<sup>57</sup> Möglicherweise können Gerüche mit Hilfe patentierter Duftwiedergabegeräte reproduziert werden.<sup>58</sup>

Diskutiert wird vor allem, ob eine wörtliche Umschreibung in Form eines Textes den Anforderungen einer grafischen Beschreibung genügt.<sup>59</sup> Die Gegner wenden ein, wörtliche Umschreibungen bedeuteten eine Strapazierung des Wortlauts.<sup>60</sup> Die wörtliche Wiedergabe setze die unbelegte Prämisse voraus, dass die Vorstellung von einem Geruch aus der Erinnerung mit dem tatsächlichen Geruch übereinstimme und jeder Mensch das gleiche Geruchsempfinden habe.<sup>61</sup> Da sich Beschreibungen primär an die Imagination der Adressaten wendeten, könnte sie zur Entstehung einer relativ weit gefächerten Skala subjektiver Vorstellungsinhalte führen und daher keine hinreichend eindeutigen und verlässlichen Informationen liefern.<sup>62</sup> Dem halten die Befürworter die funktionsfähige amerikanische Praxis entgegen<sup>63</sup> und verweisen auf Klassifikationssysteme der Parfümindustrie.<sup>64</sup> Die unbestimmte Vorstellung von einem Geruch führe nicht zur Unbestimmtheit einer Geruchsmarke, sondern bewirke einen breiteren Schutzbereich, weil der Verbraucher gerade nicht verschiedene Geruchsnuancen unterscheiden könne.<sup>65</sup>

Auch die Frage der Zulässigkeit einer wörtlichen Umschreibung wird man nicht pauschal beantworten können.<sup>66</sup> Jedenfalls wenn der Schutzbereich der zugrunde liegenden Marke durch die Umschreibung bestimmbar wird, dürfte die Wiedergabe den Anforderungen des Art. 2 MRR genü-

48 Im Ergebnis ebenso: Fezer, Olfaktorische, gustatorische und haptische Marken, WRP 1999, 575, 578 u. Was macht ein Zeichen zur Marke?, WRP 2000, 1, 7; Grabucker, Neue Markenformen, MarkenR 2001, 95, 96 f.; wohl auch: Bender, Die Gemeinschaftsmarke im Lichte der Rechtsprechung der Beschwerdekammer, Mitt. 1999, 330, 333, Fn. 48; Völker/Schuster, Gemeinschaftsmarken und absolute Eintragungshindernisse, MarkenR 2000, 10, 16; vorsichtig: Davies, European Trademark Litigation Handbook, London 1998, 2-04; Schmidt, Rechtsfragen im Zusammenhang mit formellen Anforderungen an Markenmeldungen, GRUR 2001, 653, 655; a. A.: v. Mühlendahl/Ohlgart, Die Gemeinschaftsmarke, 1998, § 3 Rdnr. 7; Meister, Markenfähigkeit und per se-Ausnahmen im Gemeinschaftsmarkenrecht, WRP 2000, 967, 970 f.; Johannes, Marken nach der Richtlinie 89/104 in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU, MarkenR 2001, 46, 48; wohl auch: Hallstein, Europäisierung und Modernisierung des deutschen Warenzeichenrechts, GRUR Int. 1990, 747, 751.

49 So: BPatG, GRUR 2000, 1044, 1048 – Riechmarke.

50 Viefhues, Geruchsmarken als neue Markenform, MarkenR 1999, 249, 250; Rohnke, Hilfe für das Bundespatentgericht vom EuGH?, MarkenR 2001, 12, 14; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl. 2001, § 3 Rdnr. 280.

51 Sieckmann, Erste Entscheidung zur Eintragung einer Geruchsmarke nach der Gemeinschaftsmarkenverordnung WRP 1999, 618, 620; Grabucker, Neue Markenformen, MarkenR 2001, 95, 96; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl. 2001, § 3 Rdnr. 282a; wohl auch: Bender, Die Gemeinschaftsmarke im Lichte der Rechtsprechung der Beschwerdekammern, Mitt. 1999, 330, 333, Fn. 48.

52 Zu sachverständigen Methoden der Duftbestimmung: Handelsgericht Paris, MarkenR 2001, 258, 261 – Parfum Angel.

53 Sieckmann, Die Eintragungspraxis und -möglichkeiten von nicht-traditionellen Marken innerhalb und außerhalb der EU, MarkenR 2001, 236, 244.

54 Im Ergebnis ebenso: Sieckmann, Die Eintragungspraxis und -möglichkeiten von nicht-traditionellen Marken innerhalb und außerhalb der EU, MarkenR 2001, 236, 247.

55 Auf den Einzelfall abstellend auch: Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 1998, § 8 Rdnr. 13; Rohnke, Hilfe für das Bundespatentgericht vom EuGH?, MarkenR 2001, 12, 14.

56 Ähnlich: Rohnke, Hilfe für das Bundespatentgericht vom EuGH?, MarkenR 2001, 12, 14.

57 Fezer, Markenrecht, 3. Aufl. 2001, § 3 Rdnr. 282a.

58 Einzelheiten bei: Sieckmann, Die Eintragungspraxis und -möglichkeiten von nicht-traditionellen Marken innerhalb und außerhalb der EU, MarkenR 2001, 236, 242.

59 Bejahend: Annand/Norman, Trade Marks Act 1994, London 1994, S. 63; vgl. auch Annand/Norman, Community Trade Mark, London 1998, S. 32; Gyngell/Poulter, A Users Guide to Trade Marks and Passing Off, London 1998, 1.04; Viefhues, Geruchsmarken als neue Markenform, MarkenR 1999, 249, 251; verneinend: Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 1998, § 8 Rdnr. 13; Meister, Markenfähigkeit und per se-Ausnahmen im Gemeinschaftsmarkenrecht, WRP 2000, 967, 970 f.; Grabucker, Neue Markenformen, MarkenR 2001, 95, 96; Rohnke, Hilfe für das Bundespatentgericht vom EuGH?, MarkenR 2001, 12, 14; wohl auch: Sieckmann, Erste Entscheidung zur Eintragung einer Geruchsmarke nach der Gemeinschaftsmarkenverordnung, WRP 1999, 618, 620.

60 Viefhues, Geruchsmarken als neue Markenform, MarkenR 1999, 249, 250.

61 Viefhues, Geruchsmarken als neue Markenform, MarkenR 1999, 249, 251.

62 Kur, Was macht ein Zeichen zur Marke?, MarkenR 2000, 1, 2 f.

63 Annand/Norman, Trade Marks Act 1994, London 1994, S. 63; vgl. auch Annand/Norman, Community Trade Mark, London 1998, S. 32.

64 Gyngell/Poulter, A Users Guide to Trade Marks and Passing Off, London 1998, 1.04; Sieckmann, Die Eintragungspraxis und -möglichkeiten von nicht-traditionellen Marken innerhalb und außerhalb der EU, MarkenR 2001, 236, 246.

65 Viefhues, Geruchsmarken als neue Markenform, MarkenR 1999, 249, 251.

66 Ebenso: Gyngell/Poulter, A Users Guide to Trade Marks and Passing Off, London 1998, 1.04.

gen. So erscheint die wörtliche Umschreibung bei einem speziellen und charakteristischen Duft vorstellbar.<sup>67</sup> Komplexere Düfte dürften mit Worten eher nicht zu beschreiben sein,<sup>68</sup> solange die Beschreibung nicht aufgrund eines Klassifikationssystems Bestimmbarkeit durch Fachleute gewährleistet. Das „frisch geschnittene Gras“ des Harmonisierungsamtes scheint einen Grenzfall darzustellen.<sup>69</sup>

Die Kombination verschiedener Wiedergabeformen<sup>70</sup> dürfte dann die Eintragung fördern, wenn sich die Wiedergabeformen wechselseitig präzisieren. Die Kombination wird hingegen dann nicht genügen und im Einzelfall der Eintragung der Marke entgegenstehen, wenn widersprüchliche Wiedergabeformen die Bestimmbarkeit des Schutzbereichs der Marke erschweren oder gar verhindern.

2.2 Reicht danach die Reproduzierbarkeit einer Marke für ihre Eintragung aus, bedarf der Klärung, wer die Kosten der Reproduktion im Eintragungsverfahren oder im Konfliktfall zu tragen hat.

Die Erwägungsgründe der MRR stellen den Mitgliedstaaten frei, Verfahrensbestimmungen für die Eintragung, den Verfall oder die Ungültigkeit der durch Eintragung erworbenen Marken zu erlassen.<sup>71</sup> Gebührenvorschriften sind ausdrücklich nicht harmonisiert.<sup>72</sup> So können die Mitgliedstaaten die Kosten der Reproduktion im Eintragungsverfahren dem Anmelder auferlegen. Der Anmelder einer Riechmarke wird Reproduktionskosten durch Angabe von Bezugsmöglichkeiten niedrig halten können.<sup>73</sup> Die Hinterlegung einer Probe wird teilweise als unzulässig angesehen,

dies aber eher vor dem Hintergrund, dass die Probe die grafische Darstellung nicht zu ersetzen vermag. Dient dagegen die Probe der Ermöglichung der Prüfung durch das Amt, scheint eine andere Beurteilung geboten. Die Hinterlegung wird nämlich häufig für den Anmelder kostengünstiger sein, als die Erstattung der Reproduktionskosten und erweist sich damit als das verhältnismäßige Mittel. Eine großzügige Auslegung bestehender Vorschriften scheint eine Kostenverteilung zu Lasten des Anmelders einer Riechmarke ohne Änderung des Gesetzestextes zu ermöglichen: Der Antrag auf Eintragung einer Riechmarke dürfte zugleich den Antrag einschließen, über die Eintragungsfähigkeit der Marke Beweis zu erheben. Bei der Anmeldung einer Gemeinschaftsmarke kann dann das Harmonisierungsamt die Beweisaufnahme trotz Art. 74 Abs. 1 S. 1 GMV nach Regel 59 DV davon abhängig machen, dass der Anmelder beim Amt einen Vorschuss hinterlegt, dessen Höhe nach den voraussichtlichen Kosten bestimmt wird. Im deutschen Markenrecht scheint die Hinterlegung einer Probe in Analogie zu § 11 Abs. 3 MarkenV möglich, wonach bei Hörmarken eine klangliche Wiedergabe der Marke einzureichen ist.

Auch die Regelungen für den Konfliktfall, insbesondere das Widerspruchs- und Verletzungsverfahren, können die Mitgliedstaaten weitgehend selbst bestimmen.<sup>75</sup> Im Konfliktfall ist von Bedeutung, dass Verletzer von Riechmarken zumeist Personen sein dürften, die selbst Gerüche markenmäßig verwenden, die sich also bewusst einem Kollisionsrisiko aussetzen. Gleichwohl erscheint im Falle von Riechmarken eine Praxis wie die deutsche unausgewogen, die dem Verletzer neben den Abmahnkosten auch ohne Verschulden nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen die Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr aufbürdet. Denn ob eine markenmäßige Verwendung eines Geruches vorliegt, entscheidet nach Überwiegen dem Verständnis nicht der Unternehmer, sondern der Verkehr.<sup>76</sup> Zum Verletzer kann daher auch der Unternehmer werden, der einen Wohlgeruch nicht markenmäßig, sondern zum Anlocken von Kunden nutzt,<sup>77</sup> diese aber dem Duft eine Herkunftsfunktion zuweisen. Recherchen im Vorfeld der Verwendung eines Geruches dürften nicht selten unzumutbar sein, weil der Unternehmer die Kosten der Reproduktion der zu erwartenden Vielzahl potenzieller Gegenzeichen nicht tragen kann.

Sofern der Schutzbereich einer Marke daher nicht unmittelbar, sondern lediglich aufgrund der Reproduktion auf Grundlage einer mittelbaren grafischen Wiedergabe dem Register entnommen werden kann, sind Korrekturen zugunsten des schuldlos handelnden Verletzer geboten. Hier kann der Inhaber einer Riechmarke durch eine zu seinen Lasten ausgerichtete Verteilung der Darlegungs- und Beweislast<sup>78</sup> veranlasst werden, die bestimmbare grafische Wiedergabe durch Beibringung der Marke zu konkretisieren. Vor Beibringung der Marke dürfte eine anwaltliche Abmahnung kaum erforderlich sein und daher nicht mit der Kostenfolge des § 683 BGB dem Willen und Interesse des Verletzer entsprechen. Im Rahmen des Bereicherungsausgleichs scheint es geboten, dem Verletzer zuzubilligen, ihm entstandene Kosten als Entreichnung nach § 818 Abs. 3 BGB in Abzug zu bringen.

67 Ähnlich: Fezer, Markenrecht, 3. Aufl. 2001, § 3 Rdnr. 282a.

68 Rohnke, Hilfe für das Bundespatentgericht vom EuGH?, MarkenR 2001, 12, 14.

69 Skeptisch gegenüber der Eintragung der Marke „The Smell Of Fresh Cut Grass“: Bender, Die Gemeinschaftsmarke im Lichte der Rechtsprechung der Beschwerdekammern, Mitt. 1999, 330, 333, Fn. 48; Viehues, Geruchsmarken als neue Markenform, MarkenR 1999, 249, 250 f.; Althammer/Ströbele/Klaka-Ströbele, Markengesetz, 6. Aufl. 2000, § 3 Rdnr. 24; Landfermann, Aktuelle Entscheidungspraxis des Deutschen Patent- und Markenamtes, MarkenR 2000, 385, 387; Rohnke, Hilfe für das Bundespatentgericht vom EuGH?, MarkenR 2001, 12, 14.

70 Hierfür: Sieckmann, Die Eintragungspraxis und -möglichkeiten von nicht-traditionellen Marken innerhalb und außerhalb der EU, MarkenR 2001, 236, 245.

71 Im fünften Erwägungsgrund der Präambel der MRR.

72 Vgl. den siebenten Erwägungsgrund der Präambel der MRR.

73 Sieckmann, Die Eintragungspraxis und -möglichkeiten von nicht-traditionellen Marken innerhalb und außerhalb der EU, MarkenR 2001, 236, 247.

74 Für die Zulässigkeit: Althammer/Ströbele/Klaka-Ströbele, Markengesetz, 6. Aufl. 2000, § 3 Rdnr. 24; dagegen: Rohnke, Hilfe für das Bundespatentgericht vom EuGH?, MarkenR 2001, 12, 14; ähnlich: Gyngell/Poulter, A Users Guide to Trade Marks and Passing Off, London 1998, 1.04; anders: Sieckmann, Erste Entscheidung zur Eintragung einer Geruchsmarke nach der Gemeinschaftsmarkenverordnung, WRP 1999, 618, 620.

75 Vgl. den fünften und den zehnten Erwägungsgrund der Präambel der MRR.

76 Vgl. nur BGH, GRUR 2001, 158, 159 = MarkenR 2000, 422 – Drei-Streifen-Kennzeichnung; offengelassen in EuGH C-63/97 v. 23.2.1999, MarkenR 1999, 84 – BMW, wonach es auf den Zweck der Benutzung ankommt, aber offen bleibt, wessen Sicht den Zweck bestimmt.

77 Laut Hoffritz, Parfümieren statt putzen, Die Zeit, v. 19.12.2001, S. 24 sollen allein in Deutschland rund 10.000 Hotels und Geschäfte mit Duftsäulen ausgestattet sein.

78 Die Beweislastverteilung ist ausweislich des zehnten Erwägungsgrundes der Präambel zur MRR Sache des nationalen Gesetzgebers: nach Art. 74 Abs. 1 S. 2 GMV ist das Amt bei der Ermittlung relativer Eintragungshindernisse ohnehin auf das Vorbringen und die Anträge der Beteiligten beschränkt.

# Die Eintragungspraxis und -möglichkeiten von nicht-traditionellen Marken innerhalb und außerhalb der EU<sup>1</sup>

Ralf Sieckmann<sup>2</sup>

Dem Europäischen Gerichtshof liegt zur Zeit ein Vorlagebeschluss zur Auslegung des Begriffs der „grafischen Darstellbarkeit“ von Art. 2 der EU-Richtlinie EG 89/104, besser bekannt als EU-Markenrichtlinie, vor.<sup>3</sup> Er hat zu klären, welche Anmeldevoraussetzungen bei nicht direkt grafisch darstellbaren Markenformen wie Hörmarken, Geruchsmarken und Hologramme, (hier speziell aber Geruchsmarken) innerhalb der EU erfüllt sein müssen, damit diese Marken eingetragen werden können. Diese Voraussetzungen werden innerhalb der EU nicht einheitlich gehandhabt und sind zum Teil weniger liberal als in den USA, Australien und in Neuseeland.

## 1. Artikel 2 der ersten Richtlinie des Rates der EG Nr. 89/104 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken vom 21. Dezember 1988

„Marken können alle Zeichen sein, die sich grafisch 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.“

Der Begriff „grafische Darstellbarkeit von Zeichen“ ist weder in dieser EG-Richtlinie, noch in der wortlautgleichen Bestimmung des Art. 4 GMV (Gemeinschaftsmarkenverordnung), noch in den §§ 3, 8 Abs. 1 MarkenG (neues deutsches Markengesetz) definiert.

## 1.1 Auslegung durch die Rechtsprechung der Beschwerdekammern des HABM und nationaler höchster Gerichte, am Beispiele des BGH. Die praktische Umsetzung der EU-Richtlinie in den BENELUX-Staaten, Frankreich. Vorschläge aus der Literatur.

### 1.1.1 Die Entscheidung „LIGHT GREEN“ des HABM (1998)

Zur grafischen Darstellbarkeit von konturlosen Farben, also ebenfalls einer sonstigen, nicht grafischen Markenform, hat die 3. Beschwerdekammer des HABM in der Entscheidung „LIGHT GREEN“ am 18. Dezember 1998 festgestellt, dass die abstrakte (Einzel)Farbe im Sinne des Art. 4 GMV grafisch darstellbar ist, z. B. durch Hinterlegung.<sup>4</sup>

Aber auch aus der systematischen und teleologischen Auslegung folgt, dass Artikel 4 GMV dahin zu verstehen ist, dass eine Farbe an sich, ohne jedwede Formgebung, jedenfalls soweit es sich wie im vorliegenden Fall – um eine einzige handelt, generell markenfähig ist und unter die Bedeutung des Wortlauts „alle Zeichen“ fällt. Dieser Begriff muss als sehr „weiter“ und „offener“ Oberbegriff verstanden werden, der jede denkbare Markenform (wie z. B. auch die Hörmarken und die dreidimensionalen Marken) mit einschließt. Eine Reduzierung des Farbmarkenschutzes auf eine konkrete Aufmachung ist dem Gemeinschaftsmarkenrecht fremd.

Die konturlose Farbe ist ohne jeden Zweifel im Sinne des Artikel 4 GMV grafisch darstellbar im Wege einer zweidimensionalen optischen Wiedergabe des beanspruchten Farbtons, wie im vorliegenden Fall entsprechend Regel 3 Abs. 2, 3 und 5 DV und durch Hinterlegung eines auf einem Blatt Papier aufgetragenen Farbstreifens mit den Anmeldeunterlagen. Durch die Einreichung dieses Farbmusters ist der Gegenstand der Markenschutz genießt eindeutig festgelegt.

### 1.1.2 Die Entscheidung „Farbmarke magenta/grau“ des BGH (1999)

Im Beschluss vom 25. März 1999 stellt der BGH unter Verweis auf die Entscheidung „Lightgreen“ und auf Art. 2 (EU-Markenrichtlinie) fest (vorletzter und letzter Absatz unter I der Entscheidungsgründe):<sup>5</sup>

1 Leicht – zum Markenrecht in den USA, Australien und Neuseeland – überarbeitete Fassung der schriftlichen Erklärung gemäß Art. 20 Abs. 2 des Beschwerdeführers zur Vorabentscheidung gemäß Artikel 234 EG; in der Rechtssache C-273/00 (33 W (pat) 193/00) beim EuGH.

2 Diplomchemiker, Dr., Patentanwalt, European Patent Attorney, Cohausz Hannig Dawidowicz

3 Vorabentscheidung BPatG GRUR. 2000, 1044 = GRUR Int. 2000, 924 – Riechmarke.

4 Entscheidung der Dritten Beschwerdekammer vom 19.12.98, R 122/1998-3 – LIGHT GREEN, RdNr. 17, 18 Abl. HABM 1999, 604, 616.

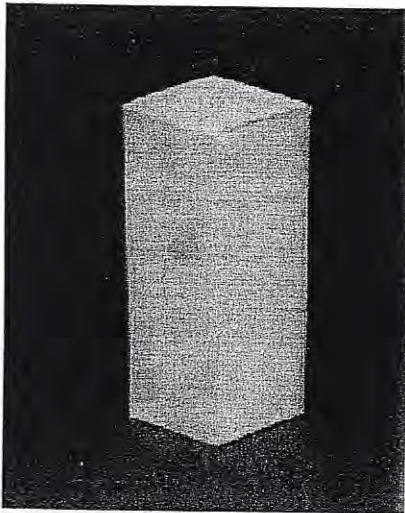
5 BGH GRUR 1999, 730, = MarkenR 1999, 198 – „Farbmarke magenta/grau“.

(2) ...

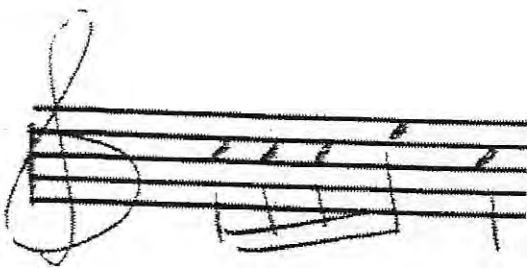
(3) Die elektronische Datenbank wird ... gegen Zahlung der vorgeschriebenen Gebühr der Öffentlichkeit online oder durch andere geeignete und vom Internationalen Büro festgelegte Mittel zugänglich gemacht.

In der amtlichen, von der OMPI über die Firmen Wila Verlag, München und später Jouvé, Paris seit Beginn der 90er Jahre monatlich herausgegebene Datenbank ROMARIN wurden schon vor Erlass der ersten Richtlinie des Rates der EG Nr. 89/104 z. B. grafisch nicht unmittelbar wiedergebbare 3-D Marken eingetragen, wie es u. a. in Frankreich schon seit langem üblich gewesen ist (vgl. 1.1.4).

Rollenauszug der IR-Marke 676 779



Auch Hörmarken werden regelmäßig, bei Vorliegen der Notenwiedergabe oder eines Sonagramms veröffentlicht, siehe C-C-C-D-C IR 729 484 der Deutschen Telekom AG.



Derzeit noch im Aufbau und unentgeltlich abrufbar, findet man auf der Homepage der WIPO die elektronische IR-Markendatenbank Madrid Express, die eine Recherche nach erfassten aber noch nicht veröffentlichten IR-Marken / Schutzausdehnungen erlaubt.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Madrid Express DB unter [www.wipo.int/scit/en/ipdl/express/express.htm](http://www.wipo.int/scit/en/ipdl/express/express.htm).

<sup>23</sup> O. Hellriegel, H. Wiest, SYBEX Multimedia Maschine, 2. Aufl. Düsseldorf 1994, S. 3, 5 – 7, 95 – 96.

Die Frage der Markenfähigkeit sonstiger Markenformen außer Wort- und Bildmarken wird ausdrücklich in die Kompetenz der Ursprungsbehörde gestellt, bei der die Basismarke eingetragen worden ist (Art. 1 Abs. 2 MMA), bzw. die Marke angemeldet worden ist (Art. 2 Abs. 2 PMMA).

### 1.3 Was ist auf Datenträgern und in sonstiger maschinenlesbarer Form heute durch Dateneingabegeräte als Datei speicherbar und mittels Ausgabegeräten für die Öffentlichkeit (elektronisch) darstellbar?

#### 1.3.1 Auf Datenträger speicherbare Zeichenarten

Über Dateneingabegeräte, wie (3-D)-Scanner, Digitalkameras, Camcorder o. Ä., die ggf. mit Tonaufnahmeverrichtungen bestückt sind, können schwarz-weiße und farbige Zeichen, 2-, 3-dimensional oder als Hologramm, als Einzelzeichen oder als Zeichensequenz, in Form eines Videos oder einer Animation gegebenenfalls zusammen mit Klangelementen als Datei aufgezeichnet werden. Hier sind beispielhaft folgende Formate unter dem PC Betriebssystem MS WINDOWS(2) z. T. ab der Version 3.1 bekannt:

Der für die Aufzeichnung der o. g. Zeichenarten geeignete Personalcomputer einschließlich Peripheriegeräte muss wenigstens dem Standard Multimedia-PC nach Level 1 (MPC Level 1) – seit Ende der 80er Jahre ab einem PC mit INTEL8 80386 Prozessor mit Soundkarte und CD-Rom-Laufwerk (1-fach) – oder besser MPC Level 2 seit Mai 1993 mit einem PC mit INTEL8 80486 Prozessor mit Soundkarte und CD-ROM-Laufwerk (2-fach) entsprechen.<sup>23</sup> Dieser Multimedia-Standard für PCs (MPC 1) lag bereits bei Erlass der Markenrichtlinie EG 89/104 vor und wurde von der Mehrzahl der z. B. in Deutschland vertriebenen PCs erfüllt, spätestens aber mit dem In-Kraft-Treten des harmonisierten neuen deutschen Markengesetzes am 1.1.1995.

#### 1.3.2 Vom Datenträger mittels PC wiedergebbare Zeichen

Die Abfrage des Wort- und sonstigen Inhalts derartiger per Datenträger oder on-line über das Internet abfragbarer Markenwiedergaben erfolgt über spezielle Benutzungsoberflächen auf dem Computer als Datenlese- und -wiedergebegerät, beispielsweise einem Web-Browser, wie dem nachfolgend näher erläuterten NETSCAPE8 Communicator, der entweder auf dem Rechner bereits vorhanden ist oder kostenlos vielen Zeitschriften auf CD-ROM beiliegt.

Dieser Browser enthält für die Wiedergabe von Multimedia und sonstigen Informationen Plug-ins (= Erweiterungskomponente, die das Darstellen multimedialer Datentypen ermöglicht), die wie der Browser über das Internet bezogen und in den Browser eingebaut werden können oder als separate Anwendungssoftware existieren.

Zeichenart	Name der Datei
(3D)-Bild, Hologramm (S/W, Farbe)	[VEKTOR/BITMAP] JPG, GIF, TIF; BMP
Geräusche, Tonfolgen	[SOUND] wav, mp3, RealAudio; MIDI, aif, MOV
Trickfilm = (3D) Animation, Raytracing	[ANIMATION] FLI, FLC, GIF-Animation
VIDEO; Morphing, DVD (mit/ohne Ton)	[VIDEO] MPEG, AVI, VOB

In Verbindung mit dem Computer selbst können dann als Zeichen Grafiken, aber auch Multimediaanwendungen, wie Animationen und Filme und im Zusammenhang mit Peripheriegeräten wie Lautsprechern zusätzlich Töne/Geräusche und mittels eines Geruchswiedergabegeräts Gerüche jeweils wie sie z. B. im online-Markenregister hinterlegt sind, wiedergegeben werden.

Duftwiedergabegeräte u. a. im Einsatz für Multimediaanwendungen basieren z. B. auf Patenten aus den 90er Jahren der IBM, USA,<sup>24,25</sup> der Goldstar, Korea<sup>26</sup> und von Einzelerfindern.<sup>27,28</sup>

Weitere Duftwiedergabegeräte mit Scent controller, Scent cartridge, Mediascenter, Miniscenter sind z. B. von der Aerome Scent Technology GmbH, Düsseldorf an die Henkel KGaA / Schwarzkopf, Calvin Klein, Nestlé, Kaufhof Warenhaus AG und die Douglas-Gruppe unterlizensiert worden. Sie basieren auf der patentierten Technologie der am 5. Mai 1993 eingereichten Patente von Herrn Götz-Ullrich Wittek betreffend ein Verfahren und eine Vorrichtung zur synchronen Darbietung von Düften zu visuellen und / oder akustischen Reizen, welche auch online bei Rundfunk- und Fernsehsendungen eingesetzt werden kann.<sup>29</sup> Parallel existieren die US-Patente.<sup>30</sup>

Bei einem Scent-Controller handelt es sich um das Herzstück der aerome ScentTechnology. Er enthält die aerome ScentCartridge. Der ScentController setzt die Duftstoffe aus den Speichern der ScentCartridge sekundengenau präzise und szenensynchron zu audiovisuellen Darstellungen frei. Im ScentController wird die Umgebungsluft durch eine aufwendige Luftaufbereitung zum Trägermedium für die Duftkommunikation. Die Luft wird gefiltert, entfeuchtet, verdichtet und gekühlt. Über eine durch Mikroprozessoren gesteuerte Elektronik werden die auf der Bildquelle abgespeicherten Steuersignale zu Präzisionsventilen geleitet, die in Bruchteilen von Sekunden den Luftstrom durch die jeweils benötigte ScentCartridge

und ein spezielles Leitungs- und Düsensystem zum Benutzer führen. Mittels der einzigartigen Technik der Duftausgabe wird nur der jeweilige Benutzer in das Dufterlebnis einbezogen. Die Überlagerung von Düften wird verhindert.<sup>31</sup>

Die Original aerome ScentCartridge besteht aus mehreren Glasröhrchen, die mit einem speziellen Granulat gefüllt sind, auf dessen Oberfläche sich die Duftmoleküle anlagern. Von dort können sie unverändert wieder abgerufen werden. Mit einem besonderen Verschlusssystem versehen, sind in der Standardversion sechs Röhrchen zu einem „Sixpack“ zusammengefasst. Die Cartridge ist sehr robust, lange lagerfähig und versorgt den Original aerome ScentController mindestens eine Woche lang mit sechs genau definierten Düften. Wie eine „Videokassette“, wird die Cartridge in den ScentController eingelegt. Dort wird sie automatisch geöffnet. Optional kann der ScentController zur Aufnahme von jeweils sechs weiteren Düften ausgebaut werden.<sup>32</sup>

Jeder Duft ist realisierbar und wird nach einem detaillierten Produktbriefing in enger Zusammenarbeit mit dem Kunden und aerome erstellt. Die Komposition erzielt die gewünschte Herznote des Duftes, unmittelbar und originalgetreu. Häufig werden die Duftstoffe (z. B. Parfümöle und Aroma-Kompositionen) eingesetzt, die der Kunde bereits für die Herstellung seiner Produkte verwendet. Es ist jedoch auch möglich, neue Düfte für spezielle Kommunikationsaufgaben zu komponieren.<sup>33</sup>

Die Steuerung der Multimedia-Systeme erfolgt direkt von einem Bild- oder Tonträger, z. B. von einer CD-interaktive (CD-i) oder über PC-Technologie. Benutzerfreundliche Menüs, die der Kunde über Touchscreen bedient, führen durch das Programm. Die Entwicklung der Multimedia-Applikationen erfolgt in Zusammenarbeit mit aerome und Softwarepartnern. Bereits vorhandene Applikationen des Kunden wie z. B. Werbespots, Internetseiten, Produktinformationen und Service-Leistungen können integriert werden. Darüber hinaus sind vielfältige Funktionserweiterungen, z. B. die Integration des Internets, elektronischer Zahlungsverkehr, Druckfunktionen etc., möglich.<sup>34</sup>

Ein aerome ScentController weist folgende Daten auf:<sup>35</sup>

mikroprozessorgesteuerte, elektro-pneumatische Betriebs-einheit, Datenschnittstelle RS 232, 9poliger dsub-Stecker male, 110-240 V, 50-60 Hz, Leistungsaufnahme ca. 120 W modularer Aufbau in voneinander getrennt installierbare Luftaufbereitung und Kartuschaufnahme, Abmessungen je nach Ausführung ca. 30 x 22 x 27 cm (Luftaufbereitung) bzw. ca. 30 x 12 x 27 cm (Kartuschaufnahme), Gewicht: einbaufertig ca. 14 kg.

Eine Abbildung eines ScentControllers (Oben, Mitte) und einer ScentCartridge (unten) ist nachfolgend wiedergegeben.

24 US-A 5 724 256, erteilt 1998.

25 US-A 6 024 783, erteilt 2000.

26 US-A 5 398 070, erteilt 1995.

27 US-A 5 591 409, erteilt 1995.

28 US-A 5 949 522, erteilt 1999.

29 DE-C 43 14 886; EP B 732 132 (2000), 611 476 (1997), EP-A 1 000 646.

30 US-A 5,760,873 (1998), US-A 5,963,302 (1999) und US-A 6,025,902 (2000).

31 www.aerome.de und Unterseiten mit dem Scent controller, scent cartridge, Mediascenter, Miniscenter.

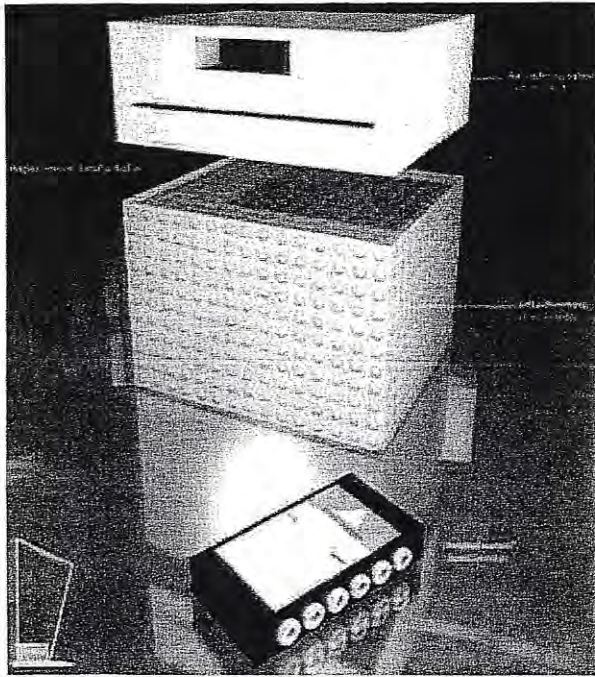
32 www.aerome.de und Unterseiten mit dem Scent controller, scent cartridge, Mediascenter, Miniscenter.

33 www.aerome.de und Unterseiten mit dem Scent controller, scent cartridge, Mediascenter, Miniscenter.

34 www.aerome.de und Unterseiten mit dem Scent controller, scent cartridge, Mediascenter, Miniscenter.

35 www.aerome.de und Unterseiten mit dem Scent controller, scent cartridge, Mediascenter, Miniscenter.





In den USA sind 1999 bereits PCs mit Duftwiedergabegeräten produziert worden. In Deutschland, Norwegen und Japan stand 1999 eine Markteinführung bevor.<sup>36</sup>

Diese Duftausgabegeräte der aerome scent technology GmbH werden z. T. in Europa seit 1998 durch die Videotronic International, Rastatt, vertrieben und erzeugen „aroma images“.<sup>37</sup>

Weiter werden von der Firma A.C.2.i, Courbevoi, Frankreich, unter der Bezeichnung Olfacom Duftausgabegeräte für Multimediaanwendungen zur olfaktorischen Animation für Kino, TV, Video angeboten (applications), die eine unbegrenzte Anzahl von Gerüchen perfekt reproduzieren (présentation). Entsprechende Geräte werden z. B. durch Guerlain eingesetzt.<sup>38</sup>

„L'avantage de notre système est le pouvoir jongler avec un nombre indéfini d'odeurs, la restitution de l'effluve est a lidentique.“

Über das Internet werden von der DIGISCENTS Inc. USA ähnliche Duftausgabegeräte angeboten (Internetseite von Digiscents).<sup>39</sup> Diese Firma kooperiert inzwischen mit Procter & Gamble, Givandeau.

Laut der über die Digiscents Inc ebenfalls online erhältlichen Broschüre „ScentWare WDK White Paper“ werden folgende technische Möglichkeiten der elektronischen Geruchswiedergabe betont:<sup>40</sup>

- ≡ Die Wiedergabe von Gerüchen im Zusammenhang mit Multimediatools, die den ActiveX-Standard unterstützen, wie dem Microsoft Mediaplayer, RealPlayer, Flash, Shockwave, Netscape Plug-In für Webbrowser;<sup>41</sup>
- ≡ Seiten können automatisch Gerüche wiedergeben, wenn sie geladen werden, oder ein Feld berührt wird;<sup>42</sup> [Möglichkeit der Abfrage von Duft(kennzeichnung)en aus on-line Datenbanken / Registern]
- ≡ Voraussetzung ist ein Windows-PC mit handelsüblicher Ausstattung, d. h. Betriebssystem ab Windows 95, ein Webbrowser und übliche Multimediatools z. B. Realplayer, Mediaplayer o. Ä.<sup>43</sup>

In der online Ausgabe der Fachzeitschrift Perfumer & Flavor wird am 20. Oktober 2000 berichtet, dass die France Telecom zusammen mit der ISIPCA (vgl. 2.2.2) Prototypen zur gezielten Wiedergabe von Düften entwickelt hat, die Düfte auf Multimediasiten im Internet wiedergeben.<sup>44</sup>

Weiterhin werden über die Ruetz Scentury, München, Duftwiedergabegeräte vertrieben, die über eine USB oder serielle Schnittstelle an jedem Computer betrieben werden können.<sup>45</sup>

Schließlich werden Duftausgabegeräte auch durch die Trisenx Inc, Georgia, USA als SENXSamplers, wie MultiSenx, SENX Machines, wie FirstSENX angeboten, die mittels SENXWare Cartridges unter Einsatz von SENXFlow Mediapackage Software betrieben werden.<sup>46</sup>

## Darstellung

### 2.1 Wiedergabe des Geruchs durch eine chemische Formel

#### 2.1.1 Chemische Summenformel, hier $C_{10}H_{10}O_2$

Bei dem einem Geruch zugrunde liegenden olfaktorischen Stoffen handelt es sich entweder um (eine) natürliche oder synthetische chemische Einzel(Verbindung(en)), wie im vorliegenden Falle, oder in anderen Fällen, wie bei der HABM-Beschwerdesache „Geruch nach frischen geschnittenen Gras“, um komplexe Gemische / Zusammensetzungen von Verbindungen aus der organischen Chemie, die gemäß Summenformel stets aus den Atomen von Kohlenstoff (C), Wasserstoff (H), vielfach Sauerstoff (O) und ggf. auch Stickstoff (N), Schwefel (S), in unterschiedlichem Verhältnis zueinander, bestehen können.<sup>47</sup> Damit wird aber noch keine Aussage darüber gemacht, wie die einzelnen Atome dieser Elemente genau miteinander verbunden sind.

36 Online-Pressebericht „Mit Düften Emotionen wecken, Multimedia für Auge, Ohr und ... Nase“ der PRIVAG AG unter [www.privag.de](http://www.privag.de) vom 15. Oktober 1999, S. 1, 5 und 6.

37 [www.videotronic.com](http://www.videotronic.com) mit Unterseiten Product aerome, Aerome brochure, VI-News 7/98, S. 2/6; 12/98, S. 1 – 3/5; 6/99, S. 7 – 8/9.

38 Printouts von [www.olfacom.com/pages](http://www.olfacom.com/pages).

39 [www.digiscents.com/inside/products/](http://www.digiscents.com/inside/products/).

40 [www.developers.digiscents.com/cgi-bin/WebX\\_ScentWare\\_WDK\\_White\\_Paper](http://www.developers.digiscents.com/cgi-bin/WebX_ScentWare_WDK_White_Paper), 2000, 1 – 8.

41 White paper, S. 2, Tabelle, [WDK ingredients] S. 4, 6 – 8.

42 White paper S. 6 [ambient scents].

43 White paper, S. 8 [development requirements].

44 <http://www.perfumflavor.com/news/news.html>.

45 [www.sniffman.de](http://www.sniffman.de).

46 [www.senxworld.com](http://www.senxworld.com).

47 Römpp Chemielexikon, 9. Aufl. 1989, S. 673f, Stichwort Chemische Bindung. Summenformel.

### 2.1.2 Chemische Strukturformel, hier $C_6H_5-CH = CHCOOCH_3$

Mittels einer Strukturformel, die „Angaben über die räumliche Anordnung der Atome und über Bindungen zwischen Ihnen angibt,<sup>48</sup> ist es möglich, eine chemische Reinsubstanz als solche eindeutig zu charakterisieren. Derartige Kenntnisse werden im Ansatz in der Oberstufe von Gymnasien im Chemieunterricht vermittelt, in der auch organische Chemie behandelt wird.

### 2.1.3 Chemische Bezeichnung, hier Methylcinnamat

Ergänzend hierzu kann eine chemische Reinsubstanz als solche durch ihre chemische Bezeichnung charakterisiert werden.

Fraglich ist im vorliegenden Falle, wer als Durchschnittsverbraucher für die Prüfung / Wahrnehmung von Gerüchen verantwortlich sein soll.

Generell ungeeignet für eine Beurteilung von Gerüchen sind Personen, die suchtbedingt, z. B. als Raucher, ihr empfindliches Riechsystem bereits eingeteert haben, und deswegen keiner objektiven Geruchswahrnehmung mehr fähig sind. Anders als in den Bereichen Schrift und Bild – und in den meisten Fällen auch der Musik – die man nach mehrjähriger schulischer Erziehung mehr oder weniger beherrscht, existiert im Umgang mit Gerüchen keine derartige generelle schulische Ausbildung, vielmehr tritt dieser Kontakt heutzutage meist hobbymäßig beim Kochen und Backen durch experimentieren mit Gewürzen und Aromen ein oder auch bei Genießern dieser Speisen.

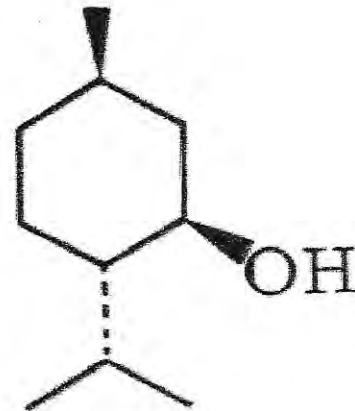
Dieser selbstgeschulte Personenkreis ist in den meisten Fällen in der Lage, einen typischen Frucht-, Blumen- oder Gewürzgeruch sogleich zutreffend zu bezeichnen und zuzuordnen.

Aber ähnlich wie beim Musikunterricht gibt es auch die Möglichkeit für interessierte Laien, ihre Geruchswahrnehmung weitergehend zu schulen. So bietet beispielsweise die ISIPCA Group, Paris (Institut Supérieure Internationale de Parfum de la Cosmétique et de l'aromatique alimentaire) zusammen mit der Universität Versailles Saint-Quentin eine Ausbildung an, bei der als eines von 5 Modulen der Fachausbildung Parfümerie und Kosmetik innerhalb von 90 h im Rahmen einer sensorischen Schulung folgende Lehrinhalte vermittelt werden:

- ☒ Sensorische Psychophysiologie,
- ☒ sensorisch taktile Ausbildung sowie
- ☒ sensorische olfaktorische Ausbildung.<sup>49</sup>

Weiter gibt es Fachleute, die einer Strukturformel oder chemischen Bezeichnung sogleich einen Geruch oder Geschmack zuordnen können, also Spezialisten wie trainierte Lebensmitteltechnologe, Parfümeure, Aromatiseure, aber auch Chemiker.

Der durchschnittliche Betrachter wird nach Ansicht der folgenden Strukturformel



oder

Lesen der chemischen Bezeichnungen oder Herkunftsangabe

- ☒ (1R,2S,5R)-(-)-2-Isopropyl-5-methylcyclohexanol,
- ☒ 5-Methyl-2-isopropylhexahydrophenol,
- ☒ 1-Methyl-4-isopropylcyclohexan-3-ol,
- ☒ 1-Propyl iso-4-methylcyclohexan-2-ol,
- ☒ Menthacampfer,
- ☒ Hexahydrothymol,
- ☒ (-)-3-p-Menthanol,
- ☒ Pfefferminzcampfer,
- ☒ Levomentholium (Ph Eur),
- ☒ oder Hauptbestandteil von Mentha piperita L (Pfefferminzöl)

nicht sogleich den Eindruck „eines kühlenden, frisch-süßen, leicht stechenden Geruchs in der Nase, der kühlend auf der Zunge wirkt,“ haben?

Nein, wahrscheinlich erst, wenn der Trivialname „Menthol“ fällt.

### 2.1.4 Exkurs: Eindeutigkeit eines Sonagramme bei Hörmarken?

Die grafische Darstellbarkeit von chemischen Strukturformeln, die objektiv eine chemische Substanz definiert, sollte auch in Relation zu der grafischen Darstellung von Geräuschen mittels eines mehr oder weniger charakteristischen Sonagramm gesehen werden, also der Auftragung von Frequenz (und Lautstärke) des Geräusches gegen die Zeit.

Welche Information erhält der Durchschnittsbetrachter aus folgendem Sonagramm:



<sup>48</sup> Römpf, S. 4351, Stichwort Strukturformel.

<sup>49</sup> www.efcm-master.com, www.isipca.fr/eng/.

Zweifellos entsteht hier 2 mal ein anschwellendes Geräusch, aber ist es ein Aufheulen von Motoren, eine Sirene oder ein Tierschrei, z. B. das Trompeten von Elefantenbullen?

Des Rätsels Lösung: Es ist die u. a. in den USA und In Kanada eingetragene Multimedia marke eines brüllenden Löwen von Metro-Goldwyn-Mayer.<sup>50</sup>

Und sogleich entsteht in der Erinnerung des Durchschnittsbetrachter der Klang-, und Bewegungseindruck des MGM-Löwen, der zweimal seinen Kopf nach rechts neigt und brüllt. (Besuchen sie auch die MGM-Homepage<sup>51</sup> und berühren Sie den Löwen links oben mit dem Mauspfel, sofern am PC Lautsprecher angeschlossen sind)

Kann so ein Sonagramm als eine objektive grafische eindeutige Darstellung angesehen werden?

### 2.1.5 Eigener Vorschlag

Die chemische Strukturformel sollte – wie bei den Hörmarken für die Wiedergabe als Sonagramm ausdrücklich geregelt – stets neben einer Beschreibung / Hinterlegung beim Markenamt eingereicht werden. Bei Geruchsmarken aus mehreren Komponenten können auch die qualitative / quantitative Zusammensetzung definiert werden.

## 2.2 Durch eine Beschreibung

### 2.2.1 Bereits existierende / bekanntgemachte / eingetragene Geruchsmarken

Wir verweisen zunächst auf folgende über die Medien bekanntgewordene und damit offenbar nicht vollständige Liste von Markeneintragungen/-bekanntmachungen in der EU:

- ☞ GB Nr. 2 001 416<sup>52</sup> (eingetragen: 9.4.1996) „The trade mark is a floral fragrance/smell reminiscent of roses as applied to tyres“
- ☞ GB Nr. 2 000 234<sup>53</sup> (eingetragen 3.5.1996) „The trademark comprises the strong smell of bitter beer applied for flights for darts“
- ☞ BX Nr 875 407 „La marque consiste en l'odeur de l'herbe fraîchement coupée appliquée sur balles de tennis.“
- ☞ EM Nr. 428 870<sup>54</sup> (Eingetragen: 10. Okt. 2000) „Die Marke besteht aus dem Geruch von frisch geschnittenem Gras aufgebracht auf Tennisbälle.“

50 [www.dww.com/articles/protect.htm](http://www.dww.com/articles/protect.htm) der kann. Kanzlei Deeth Williams Wall LLP.

51 <http://www.mgm.com/>.

52 [www.patent.gov.uk/tm/dbase/index.htm](http://www.patent.gov.uk/tm/dbase/index.htm).

53 [www.patent.gov.uk/tm/dbase/index.htm](http://www.patent.gov.uk/tm/dbase/index.htm).

54 [http://oami.eu.int/search/trademark/la/de\\_tm\\_search.cfm](http://oami.eu.int/search/trademark/la/de_tm_search.cfm).

55 [http://oami.eu.int/search/trademark/la/de\\_tm\\_search.cfm](http://oami.eu.int/search/trademark/la/de_tm_search.cfm).

56 [www.uspto.gov/web/menu/search.html](http://www.uspto.gov/web/menu/search.html).

57 [www.ipwatchdog.com/tmfall2000/fragrance.pdf](http://www.ipwatchdog.com/tmfall2000/fragrance.pdf).

- ☞ EM Nr. 1 807353<sup>55</sup> (Angemeldet: 14.8.00, Anmeldetag zuerkannt; Stand 15.9.00): „The trademark consists on the scent of vanilla applied to cosmetics (class 3), pharmaceuticals (class 5), goods made from precious materials (?) (class 14), printed matters (?) (class 16), household goods (class 21), clothing (class 25), class 26 and class 30.“

### Exkurs:

1. Aus den USA sind gemäß Internet Markendatenbank TESS<sup>56</sup> u. a. folgende Geruchsmarken in der Kategorie sensorische Marken Mark Drawing code (6) „NO DRAWING“ neben zahlreichen Hörmarken [insgesamt 166 Treffer] angemeldet / eingetragen worden. [Die älteste noch lebende sensorische Marke ist das Hörzeichen NBC jingle aus dem Jahre 1970. In den USA werden Bewegungsmarken ohne Ton wie das Netscape N mit den sich dahinter bewegenden Sternschnuppen als Bildmarken betrachtet und es erfolgt eine Eintragung eines oder mehrerer Einzelbilder der Bildsequenz]:

- ☞ US 1 639 128 „The mark is a high impact, fresh, floral fragrance reminiscent of plumeria blossoms“ for „sewing threads and embroidery yarn“. Die Markenmeldung aus dem Jahre 1988 wurde im Anschluss an eine Anmelderbeschwerde im Jahre 1990 (In re Clarke 17 U.S.P.Q 2d 1238 (TTAB 1990)<sup>57</sup>, am 26. Januar 1991 eingetragen, gilt aber durch Nichteinreichen der Benutzungserklärung im 6. Jahr nach der Eintragung seit 1997 als zurückgenommen.
- ☞ US 74/720993 „The mark consists of a cherry scent“ for „synthetic lubricants for high performance racing and recreational vehicles“. Die Markenmeldung aus dem Jahre 1995 wurde Anfang 1998 veröffentlicht, befindet sich aber derzeit im Widerspruchsverfahren.
- ☞ US 75/120036 „The mark consists of a lemon fragrance“ for „toners for digital laser printers, photocopiers, microfiche printers and telecopiers“. Die Markenmeldung aus dem Jahre 1996 wurde Ende 1997 veröffentlicht, wurde dann aber nicht eingetragen.
- ☞ US 75/360104 „The mark consists of the grape scent of the goods“ for „synthetic lubricants and motor fuels for land vehicles, aircrafts and water craft“. Die Markenmeldung aus dem Jahre 1997 wurde 1998 veröffentlicht, ist aber noch nicht eingetragen
- ☞ US 75/360102 „The mark consists of the strawberry scent of the goods“ for „synthetic lubricants and motor fuels for land vehicles, aircrafts and water craft“. Die Markenmeldung aus dem Jahre 1997 wurde 1998 veröffentlicht, ist aber noch nicht eingetragen.
- ☞ US 75/360103 „The mark consists of the bubble gum scent of the goods“ for „lubricants and motor fuels for land vehicles, aircrafts and water craft“. Die Markenmeldung aus dem Jahre 1997 wurde 1998 veröffentlicht, wurde dann aber nicht eingetragen.
- ☞ US 75/360105 „The mark consists of the citrus scent of the goods“ for „lubricants and motor fuels for land vehicles, aircrafts and water craft“. Die Markenmeldung aus dem Jahre 1997 wurde 1998 veröffentlicht, wurde dann aber nicht eingetragen.
- ☞ US 75/360106 „the mark consists of the tutti-frutti scent of the goods“ for „lubricants and motor fuels for

land vehicles, aircrafts and water craft“. Die Marken-anmeldung aus dem Jahre 1997 wurde 1998 veröffentlicht, wurde dann aber nicht eingetragen.

- ☛ US 75/404020 „The mark consists of the almond scent of the goods“ for „lubricants and motor fuels for land vehicles, aircrafts and water craft“. Die Marken-anmeldung aus dem Jahre 1997 wurde 1998 veröffentlicht, wurde dann aber nicht eingetragen.

2. In der Markendatenbank des Australischen Patentamts<sup>58</sup> können sensorische Marken komfortabel über ein Auswahlmenü abgefragt werden. Die Eintragung sensorischer Marken wie Hörmarken und Geruchsmarken ist durch den neuen Trade Marks Act 1995, Section 6 ausdrücklich in das Markengesetz aufgenommen worden<sup>59</sup>. Hörmarken können laut Markenregister auch ausschließlich auf Datenträger eingereicht werden, z. B. die mit US-Priorität eingereichte Hörmarkenanmeldung von Yahoo Nr. 827728 vom 15. März 2000 mit einer jodelnden Wiedergabe des Namens und Banjobegleitung. In der Markendatenbank findet man 5 Nachweise für Geruchsmarkenanmeldungen:

- ☛ AU 700019 „The trademark comprises the strong smell of bitter beer. The smell is used for flights for darts.“ (Klasse 28) Die Anmeldung wurde Anfang 1996 eingereicht, im Anschluss an ein Prüfungsverfahren Anfang 1997 bekanntgemacht, aber im Anschluss an die verstrichene Widerspruchsfrist im Mitte 1997 nicht weiterverfolgt.
- ☛ AU 727820 „The trade mark comprises the scent of musk applied to human skin by hand painting the liquid scent over temporary tatou transfers, stencils and other body art designs“ für Parfümerie ätherische Öle und Kosmetika (Klasse 3). Die Anmeldung wurde 1997 eingereicht, gilt aber durch Nichtbeantworten des Prüfbescheids seit Ende 1998 als zurückgenommen.
- ☛ AU 762286 „The trade mark comprises the scent of eucalyptus, eucalyptus scent derived from Eucalyptus trees and/or from eucalyptus essential oil“ für Waschmittel (Klasse 3). Die Anmeldung wurde Mitte 1998 eingereicht, gilt aber durch Nichtbeantworten des Prüfbescheids seit Anfang 2000 als zurückgenommen.
- ☛ AU 821444 „The trade mark comprises the scent of coffee fragrance for self tan solutions and hair-lotions, sun-preparations“ Die Marken-anmeldung wurde Anfang 2000 eingereicht und befindet sich im Prüfungsverfahren.
- ☛ AU 823865 „The trade mark comprises the scent of Melon MIDORI (Bronson and Jacobs) for self tan lotions, shampoos and conditioners, hair products, sun-preparations, body lotions, perfumes“ Die Marken-anmeldung wurde Anfang 2000 eingereicht und befindet sich im Prüfungsverfahren.

3. In der Markendatenbank des Neuseeländischen Patentamts<sup>60</sup> können sensorische Marken komfortabel

über ein Auswahlmenü abgefragt werden. Die Eintragung sensorischer Marken wie Hörmarken und Geruchsmarken ist durch den neuen Trade Marks Act 1995, Section 6 ausdrücklich in das Markengesetz aufgenommen worden. Für Hörmarken, die Geräusche wiedergeben, ist anstelle einer grafischen Wiedergabe eine Hinterlegung auf Datenträger möglich, z. B. Dolby Digital sequenz der Dolby Laboratory Lizensing Corp. Nr. 304552, eingetragen 1.2.1999. Unter der Aktenzeichen 248231 wurde durch die Drogeriekette Boots 1995 für pharmazeutische Zubereitungen und Substanzen (Klasse 5) eine Geruchsmarke mit folgender Beschreibung hinterlegt: The mark consists of the smell of cinnamon. Die Marke wurde Anfang 1997 durch den Anmelder zurückgezogen.

4. Auch in Japan soll im Jahre 1997 eine Geruchsmarke mit Apfelduft für Tierfutter angemeldet worden sein, worüber von einem Prüfer des USPTO in der online Zeitschrift PTO PULSE Juni 1998 berichtet wird.<sup>61</sup>

## 2.2.2 Beschreibung des olfaktorischen Eindrucks

Im Anmeldeantrag wurde ausgeführt, dass der angemeldete Riechmarke „ein balsamisch-fruchtiger Duft mit einem leichten Akzent = Anklang an Zimt“ zugrunde liegt.

Dies entspricht der Klassifikation der Parfümindustrie der EU (z. B. des zur BAYER AG gehörenden Riechstoff- und Aromenherstellers Haarmann balsamisch“ versteht man einen Geruchseindruck, der mit süß, weich und warm beschrieben wird. Balsamische Noten entstehen vornehmlich bei der Verwendung von Balsamen und Rosinen in Parfümkompositionen.<sup>62</sup>

Unter „fruchtig“ versteht man den Geruchseindruck von den aus der Natur bekannten Fruchtnoten, wie z. B. Himbeere, Apfel, Pflaume.<sup>63</sup>

Bei komplexeren Gerüchen (Riechstoffmischungen) kann eine eindeutige Charakterisierung über eine sensorische Analyse gemäß ISO 5492 1992 [sensory analysis] in Verbindung mit der ISO 6564 [sensory analysis – Methodology – Flavour profile methods], ISO 6658 [sensory analysis- Methodology- General guidance] erfolgen.<sup>64</sup>

## 2.3 durch Hinterlegung

### 2.3.1 durch Hinterlegung einer Wiedergabe des Schutzrechtes

Bereits unter 1.3.2.2 ist darüber berichtet worden, dass eine Hinterlegung von Marken, hier der sonstigen Markenform „Hörmarke“ u. a. durch Einreichung eines Datenträgers mit der akustischen Wiedergabe der Marke durch das DPMA seit Dezember 1994 vorgeschrieben und daher möglich ist. Das Deutsche Patent- Und Markenamt hat laut der Markendatenbank DEMAS 122 Hörmarken registriert, wie über eine Abfrage von „HÖRMARKE“ unter Details in DEMAS ermittelt werden kann.

58 [http://pericles.ipaustralia.gov.au/atmoss/falcon.application\\_start](http://pericles.ipaustralia.gov.au/atmoss/falcon.application_start).

59 <http://www.iponz.govt.nz/search/cad/dbssiten.main>.

60 [http://xeno.ipaustralia.gov.au/D:Exmanual/p:20\\_29/part21.htm](http://xeno.ipaustralia.gov.au/D:Exmanual/p:20_29/part21.htm), S. 2.

61 [www.uspto.gov/web/office/ac/ahrpa/opa/pulse/9806/9806.htm](http://www.uspto.gov/web/office/ac/ahrpa/opa/pulse/9806/9806.htm).

62 H&R Lexikon Duftbausteine Hamburg 1985, 98.

63 H&R Buch Parfum Hamburg 1984, 65, 67.

64 Übersicht der Normen [www.foodsensory.net/wsn\\_04\\_04\\_00reso.html](http://www.foodsensory.net/wsn_04_04_00reso.html).

Beim HABM sind gemäß Auskunft der Rechtsabteilung vom 22.11.2000 20 Hörmarken angemeldet / eingetragen worden, 4 Geruchsmarken angemeldet, von der sich eine in der Beschwerde befindet und 1 Geruchsmarke eingetragen und 1 Hologramm sowie eine Bewegungsmarke angemeldet worden.

Die Hinterlegung von Geschmacksmustern als Modelle (dreidimensional) ist beim DPMA seit Juli 1988 nach § 7 MusterAV, § 7 (VI) GeschmMG möglich, vorher nur für ausländische Anmelder durch Niederlegung des Modells. Diese Hinterlegung kann durch eine Beschreibung des Modells ergänzt sein.

Die Hinterlegung von biologischen Materialien im Zusammenhang mit Patenten und Gebrauchsmustern erfolgt nicht direkt beim Patent- und Markenamt, sondern bei speziellen Hinterlegungsstellen nach dem Budapest Vertrag.

Dies ist durch die Rechtsprechung des BGH in Patentsachen spätestens seit 1975 durch die Entscheidung „Bäckerhefe“<sup>65</sup> und bereits früher im Jahre 1967 durch das Bundespatentgericht durch die Entscheidung „Tetracyclin“<sup>66</sup>, also seit über 30 Jahren Praxis in Patentsachen.

Seit Wegfall des Raumformerfordernis im Gebrauchsmuster und somit des Schutzes von jeglichen chemischen Sachansprüchen als Gebrauchsmuster seit 1990, also seit 10 Jahren ist kraft Gesetz auch eine Hinterlegung von biologischen Materialien im Zusammenhang mit Gebrauchsmustern möglich.

Entgegen der Meinung des vorliegenden Bundespatentgerichts handelt es sich bei diesen Hinterlegungen, die in der IPC der Klasse C12 [Bio- und Gentechnologie] zuzuordnen sind, auch nicht um einen Ausnahmefall oder um wenige Anmeldungen, sondern um eine erhebliche Zahl von hinterlegten Patentanmeldungen und Gebrauchsmustern im Jahre 1999, die über 96 % aller Anmeldungen in den Statistikklassen C12, C13 [Zuckerindustrie], C14 [Häute, Leder] ausmacht. Derartige zumeist bio- oder gentechnologische Anmeldungen müssen nämlich, nachdem Sie sonst nicht ausreichend beschrieben werden können, hinterlegt werden.<sup>67</sup>

Patentanmeldungen: 531 von 549  
Gebrauchsmuster: 54 von 56

Die Statistik des EPA, die nur die IPC von C12 bis C14 wiedergibt, zeigt ebenfalls sehr hohe Hinterlegungen in diesen Klassen.<sup>68</sup>

Patentanmeldungen: 2.859, davon EPÜ-Staaten 1.165

Die Meinung des Bundespatentgerichts, Wettbewerber könnten bei Patentanmeldungen bereits mit der Offenlegung 18 Monate nach dem Anmeldetag von der Hinterlegung Kenntnis nehmen, was folglich kürzer sei als die 3-monatige Aufgebotsfrist in Markensachen, berücksichtigt nicht, dass gerade im Biotechnologiebereich die Anmel-

der an einer schnellen Patenterteilung interessiert sind, um Unterlassungsansprüche entstehen zu lassen, sodass z. T. bereits vor / mit der Offenlegung Patente erteilt werden. Auch berücksichtigt dieses Argument nicht die Vorschrift § 33 Abs. 3 MarkenG, die Anmeldedaten von Marken, ausgenommen die genauen Waren und Dienstleistungen, üblicherweise bereits innerhalb von 10 Arbeitstagen on-line verfügbar macht.

### 2.3.2 Hinterlegung einer Beschaffungsadresse

Bereits im Anmeldeantrag ist betont worden, dass die streitgegenständliche Marke in üblichen Mengen über den örtlichen Laborbedarf oder z. T. direkt über Hersteller und Vertreiber von organischen Feinchemikalien bezogen werden kann. In Kenntnis der chemischen Bezeichnung (vgl. Punkt 2.1.3), die, wie angelegt, mitveröffentlicht werden sollte, sind Dritte nach dem Kauf dieser Chemikalie in die Lage versetzt, unabhängig von der Hinterlegung der Probe beim DPMA und einer Veröffentlichung der olfaktorischen Beschreibung der Marke, sich einen genauen und objektiven Eindruck von der veröffentlichten Marke zu machen und sie gegebenenfalls auch mit anderen Geruchskennzeichnungen zu vergleichen.

Die vom Bundespatentgericht vorgetragenen Bedenken zur fehlenden (Licht- und Luft)Beständigkeit oder zu einer zu großen Flüchtigkeit von Geruchsmarken, zu einem nicht einheitlichen Geruchsablauf bei Riechstoffzusammensetzungen in Form von Parfums und zu unterschiedlichen Konzentrations- oder auch trägerabhängigen Geruchsempfinden liegen im vorliegenden Falle nicht vor und sind auch nicht im Rahmen des Markeneintragungsverfahrens als sonstige absolute Schutzhinderungsgründe zu prüfen, denn hierfür liegt keine vom Gesetzgeber gewollte Kompetenz für die abschließende Aufzählung nach § 3, 8 und 32 MarkenG vor.

Nichtsdestoweniger wird nochmals betont, dass die angemeldete Kennzeichnung (licht- und luft)beständig sowie außerordentlich schwerflüchtig ist mit einem Siedepunkt von 263° C und als Reinsubstanz einen einheitlichen Geruchsverlauf aufweist, der weder Konzentrations- noch trägerabhängig ist.

### 2.4 Kombination der Wiedergabesurrogate, Vorschlag

Für die Anmeldung einer Geruchsmarke auf Basis eines chemischen Reinstoffs, wie im vorliegenden Falle, sollte die Charakterisierung durch

- die Wiedergabe der genauen chemischen Bezeichnung, unter einer Beschaffungsadresse, unter der der Geruch bezogen werden kann, ggf. ergänzt durch seine Strukturformel,
- ergänzt durch eine Hinterlegung z. B. beim prüfenden Markenamt, ggf. in Kombination mit seiner olfaktorischen Beschreibung erfolgen.

65 BGH GRUR 1975, 430 – „Bäckerhefe“.

66 BPatG, BPatGE 9, 150 – „Tetracyclin“.

67 BIPMZ 2000, 93, 95.

68 Jahresbericht EPA 1999, 68 f.

# WRP

Wettbewerb in  
Recht und Praxis 5/2002

COHAUSZ DAWIDOWICZ HANNIG  
& PARTNER

ANLAGE ..... 5

Dr. Ralf Sieckmann

Diplomchemiker, Patentanwalt, Düsseldorf\*

## Zum Begriff der grafischen Darstellbarkeit von Marken

Eine Ergänzung zu Hildebrandt (MarkenR 2002, 1)

Der gerade veröffentlichte Artikel von Hildebrandt<sup>1)</sup> hat die Argumente für und gegen die Beibehaltung einer grafischen Darstellbarkeit unter Würdigung von Literatur und Rechtsprechung zusammengefasst, die sich außerhalb der Wort- und einfachen Bildmarken ergeben. Sinn und Zweck der graphischen Darstellung ist nach der Literatur einzig, die Reproduzierbarkeit des einzutragenden Zeichens sicherzustellen. Der Zweck des Registers sei, die Festlegung, Nachvollziehbarkeit und Nachprüfbarkeit des Schutzrechts zu gewährleisten, nicht jedoch Modalitäten für die Einsichtnahme durch die Wettbewerber festzulegen, soweit die Einsichtnahme nicht unter derart erschwerten Umständen stattfindet, dass sie in ihren faktischen Auswirkungen einer Verunmöglichung der Geltendmachung entgegenstehender Rechte gleichkommt, sei auch unter der Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kein Grund für eine Ablehnung der Eintragung ersichtlich.<sup>2)</sup>

Bezogen auf den dem EuGH vorliegenden Fall ergibt sich eine **eindeutige Festlegung der angemeldeten Geruchsmarke** innerhalb Deutschlands, aber auch innerhalb der EU durch die zugrundeliegende, anders als in anderen Bereichen der Technik weltweit standardisierte (chemische) Bezeichnung der Reinsubstanz „Methylcinnamat“, engl.: methyl cinnamate, fr.: cinnamate de méthylène, it.: cinnamato di metile, es.: cinamato de me-

tilo usw. Wenn man sich die hier als Geruchsmarke diskutierte Substanz über den Fachhandel oder direkt beim Hersteller beschafft, erhält man stets genau eine **Reinsubstanz mit diesem Geruch**.<sup>3)</sup>

Eine Zulassung einer Hinterlegung wird pauschal vom ersten Generalanwalt, Herrn Colomer<sup>4)</sup> abgelehnt, (a) dies sei keine **grafische** Darstellung und (b) im übrigen käme es bei der Hinterlegung zu Schwierigkeiten bei der Veröffentlichung und Aufbewahrung der Marke. Zu (a) ist festzuhalten, dass die Hinterlegung zusammen mit dem Hinweis vorgenommen worden ist, wo die Geruchsmarke beschafft werden kann. Dies ist erfolgt, um dem prüfenden Markenamt einen Geruchseindruck der Geruchsmarke zu geben. Da die Marke *als solche* nicht unmittelbar grafisch darstellbar ist, ist die Wiedergabe einer Beschaffungsadresse, wie im vorliegenden Falle, **Proben können über die Fa. Merck Darmstadt** (unter der Bezeichnung Methylcinnamat: *diesseits hinzugefügt!*) **bezogen werden**,<sup>3)</sup> wie im Votum zitiert,<sup>5)</sup> als mittelbare grafische Darstellung anzusehen, ebenso wie ein Sonagramm für Hörmarken in Form von Geräuschen. In Bezug auf Argument (b) ist festzustellen, dass Herr Colomer, anders als das vorlegende Gericht, sich nicht die Mühe gemacht hat, der Geruch selbst zu prüfen, denn sonst wäre ihm aufgefallen, dass dieser Geruch mit der Zeit **nicht seinen Charakter ändert**, da es eine Reinsub-

\* ) Cohausz Dawidowicz Hannig & Partner

1) Hildebrandt, Zum Begriff der grafischen Darstellbarkeit des Art. 2 Markenrechtsrichtlinie, MarkenR 2002, 1.

2) Hildebrandt, a.a.O., S. 2; Grabrucker, Neue Markenformen, MarkenR, 2001, 95, 96.

3) Sieckmann, Die Eintragungspraxis und -möglichkeiten bei unkonventionellen Markenformen MarkenR 2001, 236, 246 f.

4) Schlussanträge vom 06.11.01 in der Rechtssache C-273/00 Ralf Sieckmann./ Deutsches Patent- und Markenamt, GRUR int. 2001, 1071, Nr. 41.

5) Schlussanträge, a.a.O. Nr. 9.

stanz, also eine **einzige Substanz** ist.<sup>3)</sup> Alles ist wie ein Geruch vergänglich, auch eine Schrift, ein Bild verblasst in der Sonne, eine Hörprobe auf Diskette oder Kompaktkassette verliert ihre aufgezeichnete Information. Weiter ist die mittelbare **auch unter Hinterlegung** fallende Wiedergabe der Beschaffungsadresse ähnlich beständig wie jedes andere grafisch darstellbare Zeichen. Die formalen Einwände von Herrn Colomer gegen die Hinterlegung einer Beschaffungsadresse für diese neue Markenform überzeugen also gerade im vorgelegten Fall, der kein Parfüm und keine Riechstoffmischung betrifft, nicht und werden die Eintragbarkeit einer großen Anzahl nur mittelbar grafisch darstellbarer neuer Markenformen verbieten, wie im folgenden gezeigt.

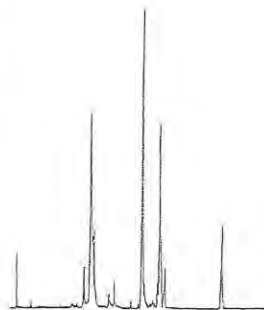
Die **Nachvollziehbarkeit und damit die Nachprüfbarkeit der Geruchsmarke** für das prüfende Markenamt, Verletzungsgerichte aber auch Wettbewerber ist in dem **speziellen dem EuGH vorliegenden Fall** gegeben durch die direkte Hinterlegung einer Probe der Geruchsmarke zusammen mit der Angabe einer Beschaffungsadresse, die auch über den örtlichen Fachhandel - in Telefonbüchern, CDs oder den Gelben Seiten unter Laborbedarf - zu finden ist. Alternativ kann eine Bestellung auch direkt beim Hersteller dieser Chemikalien über das Internet erfolgen, z. B. bei dem größten europäischen Feinchemikalienhersteller, der Merck KGaA in Darmstadt, wo diese Geruchsmarke direkt zur Zeit für 9,15 EURO für 5 g bestellt werden kann.<sup>6)</sup> Diese Bestellung ist nicht schwieriger, als ein Buch oder Waren über Amazon.de zu bestellen oder eine Versandhauskatalogbestellung über das Internet abzugeben.

### 1. Zur Darstellung von Gerüchen

In Alicante ist bisher nur eine Geruchsmarke<sup>9)</sup> 2001 eingetragen worden, und dies allein mit der Beschreibung „der Duft von frisch geschnittenem Gras“ für Waren in Klasse 28, nämlich Tennisbälle.

Eine weitere Anmeldung gemäß Markenregister<sup>8)</sup> mit einem „auf Amber [gemeint ist: Ambra, ein Aroma nach Sandelholz, Tabak] und Holznoten basierenden Duft mit einer Basisnote von Virginatabak und einer Kopfnote von Macis [gemeint ist: Muskatnuss]“ für spezielle Waren in Klasse 1, nämlich Duftstoffe für Kosmetika, wurde nach einer Beanstandung wegen fehlender Unterscheidungskraft und offenbar fehlender grafischer Darstellbarkeit zurückgezogen. Als grafische Wiedergabe wurde ein Gaschromatogramm der Duftstoffkomposition der nachfolgenden Art gewählt. Ob die Beanstandung hauptsächlich erfolgte, weil es sich nicht um eine vollständige, klare, genaue, für die Allgemeinheit verständliche Darstellweise handelt, ist nicht überliefert. Üblicherweise werden bei Gaschromatogrammen wegen der Reproduzierbarkeit wenigstens die Art und Länge der eingesetzten Chromatographiesäule, die Art des Packmaterials, die Art des Detektors und die Tem-

peratur angegeben.<sup>9)</sup> Aber auch die Wiedergabe mit diesen Parametern für eine Reproduktion des Chromatogramms selbst versetzt den Fachmann nicht in die Lage, zum Geruchseindruck dieser meist aus rund 100 Komponenten aufweisenden Parfummischung zu gelangen.



Eine Anmeldung,<sup>10)</sup> die allein definiert war durch „einen Himbeergeruch“, der für Brennstoffe eingetragen werden sollte, ist durch die 3. Beschwerdekammer<sup>11)</sup> nicht wegen fehlender grafischer Darstellbarkeit, sondern wegen fehlender Unterscheidungskraft nicht zur Bekanntmachung zugelassen worden.

Nach Meinung der Beschwerdekammer soll der angesprochene Verbraucher den Duft von Himbeeren bei Brennstoffen (a) nur als Geruchsverbesserung, also Parfümierung empfinden, da dieser Geruch von Hause aus zu schwach sei (Nr. 42, 44 der Gründe), und weiter (b) soll dieser Geruch kein von der Ware eigenständiges Unterscheidungsmittel sein (Nr. 45 der Gründe).

Die Entscheidung zeigt, dass die Beschwerdekammer gut daran getan hätte, vor dieser Entscheidung einen in der Aromatechnik versierten Gutachter nach der GMVO hinzuzuziehen.

Zunächst ist gemäß (a) der Duft oder das Aroma von Himbeeren, sofern er **technischen lipophilen** Produkten zugesetzt wird, nicht von ggf. „frisch pürierten“ **natürlichen** Himbeeren abgeleitet (Nr. 15 der Gründe). Lt. Römpp a.a.O. 1804 f., Stichwort Himbeeraroma wird der **natürliche** Duft von Himbeeren hervorgerufen durch ca. 220 verschiedene Inhaltsstoffe, in der Hauptsache Alkohole, Ketone, Aldehyde u. Lactone wie z.B. Dihydro-b-jonon, Epoxy-b-jonon u. Damascenon. Für den typischen Geruch ist 4-(4-Hydroxyphenyl)-2-butanon (Himbeerketon), mit der Strukturformel  $\text{HO}-\text{C}_6\text{H}_4-\text{CH}_2-\text{CH}_2-\text{C}(=\text{O})-\text{CH}_3$ , Schmp. 82,5 °C, verantwortlich. Lt. Ziegler, a.a.O., 184, können Fruchtaromen nicht direkt aus Früchten gewonnen werden, da sie meist nur in Mengen von 20 - 50 mg/kg, also unter 0,005 % zugegen sind. Es ist praktisch nicht möglich, Himbeeraroma z.B. destillativ in ausreichend konzentrierter Form abzutrennen. Ein typisches **synthetisches** Himbeeraroma aus 18 Riechstoffkomponenten enthält lt. Ziegler a.a.O., 199 f., neben dem Himbeerketon Fruchttester, die Grünnoten cis-3-Hexenol und trans-2-Hexenal, dann Essig- und Ameisensäure für die Spritzigkeit und Vanillin und Maltol zur Abrundung. Wenn man das synthetische Himbeeraroma in genü-

6) www.merck.de; eine CD-ROM mit dem Gesamtchemikalienverzeichnis einschließlich der entsprechenden Formeln und Produktpreise kann kostenlos über info@merckeurolab.de bestellt werden; dort kann auch ausgehend von einer Formel nach einer Produktbezeichnung recherchiert werden.

7) EM 428 870, eingetragen (Vennootschap onder de Firma Santa Aromatic marketing, Niederlande); s.a. R 156/1998-2, WRP 1999, 681. Sieckmann, Erste Entscheidung zur Eintragung einer Geruchsmarke, WPR, 1999, 618, 620.

8) EM 566 596, zurückgezogen (International Flavors & Fragrances, USA).

9) Römpp-Chemie-Lexikon, 9. Auflage, 1989, 723 f., Stichwort Gaschromatographie.

10) EM 1 222 090, Beschwerde zurückgewiesen, (Myles Ltd. Großbritannien).

11) GRUR 2002, 348 ff.

gend hoher Konzentration Brennstoffen, wie Diesel zugefügt, muss man sogar aufpassen, dass Kinder die so gekennzeichnete rote Ware nicht versehentlich für ein Himbeergetränk halten, dies erscheint aber durch die typische Verkaufsart von Diesel an Tankstellen, über Tankwagen ausgeschlossen.

Auch zur Frage b), ob Marken, die einen Fruchtgeruch oder richtig ein Fruchtaroma zum Gegenstand haben, Unterscheidungskraft aufweisen, urteilt die Kammer schon aufgrund der falschen Prämisse falsch. Monate vor der Entscheidung ist bereits darauf hingewiesen worden (Sieckmann a.a.O., 245), dass vorwiegend bei Waren in Klasse 4 in den USA eine Anmeldetätigkeit für Geruchsmarken besteht. In der Zwischenzeit hat das USPTO am 26. Juni 2001 die US-Marke 2 463 044 für ein Kirscharoma eingetragen, welches für synthetische Motorschmierstoffe (Klasse 4) benutzt wird. Wie bekannt, wird eine als Intent-to-use angemeldete Marke im Anschluss an die Prüfung erst dann bekannt gemacht, wenn dem Prüfer eine Probe der Marke an der Ware, hier des nach Kirschen duftenden Motorenöls, zusammen mit einer Benutzungsabsichtserklärung vorgelegt worden ist. Offensichtlich hat der US-Markenprüfer die vorgelegte Probe nicht als „fruchtparfümiertes“ Motorenöl angesehen, sondern als unterscheidungskräftiges, im Verkehr benutzbares Unternehmenskennzeichen nach Artikel 1052 Lanham Act, welcher wie folgt lautet:

Die Eintragung im Hauptregister soll keiner Marke, durch die die Waren des Anmelders von denen anderer unterschieden werden können, ihrer Beschaffenheit wegen verweigert werden.

Diese Anmeldung aus dem Jahre 1996 hat vor der Eintragung auch ein über zweijähriges Widerspruchsverfahren durchlaufen, was ein Interesse von Wettbewerbern an diesem neuen Markentyp und das Vorhandensein ähnlicher älterer Marken in diesem Bereich auf dem Markt zeigt.

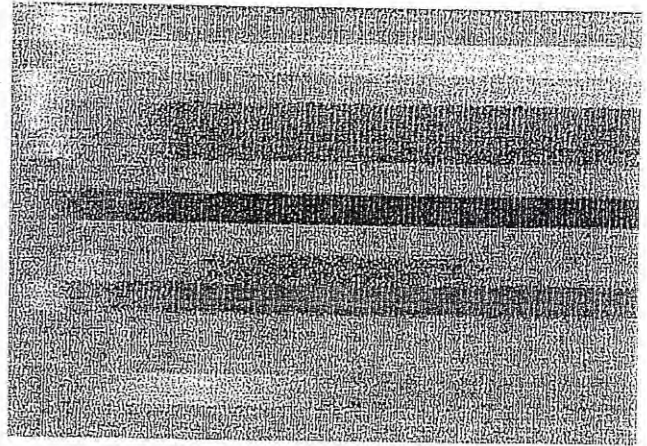
Ähnliche für Erdbeeraroma und Traubenaroma angemeldete Marken mit den Anmelde-nummern 75360102 und 75360104 werden lt. der US-Markendatenbank TESS nach Annahme der Benutzungserklärung durch das USPTO im November/Dezember 2001 in Kürze für Motorenschmierstoffe und Motorenbrennstoffe eingetragen werden.

Zum Schluss noch ein Wort zur Terminologie. Die am Anmeldetag eingereichte Beschreibung der sonstigen Markenform definiert die Markenmeldung 1 222 090 nach Art. 4 GMVO als „Geruch bzw. Duft von Himbeeren.“ Diese Begriffe und deren Schutzbereich sind aber nicht identisch. Vielmehr ist nach allgemeiner Definition am Anmeldetag der Marke der Geruch der generische Begriff von Duft. Römpp, a.a.O., 3887, Stichwort Riechstoffe, definiert als „Riechstoff solche Stoffe und Stoffgemische, die durch Geruch wahrnehmbar sind. Es kann zwischen Duftstoffen mit angenehmer Wirkung und Stinkstoffen mit Empfindung unangenehmer Empfindung unterschieden werden. Dieser Effekt ist auch in Hinblick auf Knoblauch bekannt, je nachdem, ob man ihn selbst konsumiert hat oder mit jemanden zusammen trifft, der ihn konsumiert hat.“

Ein weiteres in der Beschwerde anhängiges Verfahren<sup>12)</sup> betrifft eine Marke eines bestimmten Dufts mit einer

12) EM 521 914, Beschwerde anh. (Institut pour la protection de Fragrances, Frankreich).

Note aus Gras-Grün, Zitrusfrüchten (Bergamotte, Zitrone), Blumen (Orangenblüten, Hyazinthe), Rosen, Mooschus, aufgebracht auf Waren in den Klassen 3, 5, 16, 18 und 24. Die grafische Darstellung der Marke erfolgt durch mittels Metalloxidsensoren einer elektronische Nase<sup>13)</sup> erzeugte Farbverläufe.



Das Harmonisierungsamt hat gemäß Rollenausgang ergänzt, dass weiterhin auch die o.a. Farbkombination (grün/rot/blau) des Aromagramms beansprucht werde, was sicherlich nicht beantragt war.

Noch im Prüfungsverfahren ist weiterhin eine Marke<sup>14)</sup> mit einem Geruch von reifen Erdbeeren, der u. a. auf Kosmetika, Pharmazeutika, Druckereierzeugnisse und Bekleidung aufgebracht werden soll. Die graphische Wiedergabe stellt eine ebensolche Frucht dar.



Auch hier stellt sich die Frage, was der Anmelder geschützt haben möchte, die beantragte multimediale farbige Bildgeruchsmarke, die farbige Bildmarke, eine Geruchsmarke betreffend einen Geruch reifer natürlicher Erdbeeren, was bekanntlich nicht möglich ist, oder vielleicht den Geruch eines naturidentischen oder synthetischen Erdbeeraromas, wie sie in unterschiedlichen Qualitäten von Aromaproduzenten in der EU oder außerhalb der EU vertrieben werden.<sup>15)</sup> Auf jeden Fall besteht auch hier ein Freihaltebedürfnis für Kosmetika. Gourmand-Noten, von denen das Parfum Angel das heute noch bekannteste ist, aber auch Fruchtaromen wie Erdbeere werden seit wenigstens 1985 in Parfüms und daher auch den entsprechenden Kosmetikserien hierzu verwendet.<sup>16)</sup>

13) Siehe hierzu auch MarkenR 2001, 258, 261; [www.patent.gov.uk/tm/legal/decisions/appeals2000.htm](http://www.patent.gov.uk/tm/legal/decisions/appeals2000.htm), Entscheidung O/024/01 vom 19.12.00 zur Markenmeldung GB 2 000 169, 5-8.

14) EM 1 122 118, im Prüfungsverfahren (Laboratoires France Parfum, Frankreich).

15) Ziegler, Die natürlichen und künstlichen Aromen, 1982, 184, Abs. 3.4.5.1, 197, Abs. 3.4.5.3.7.

16) J. Stephan Jellinek, Der Gourmand-Trend und die Psychologie des Parfüms, Dragoco report Heft 2 1996, 49, 50-52, z.B. Colors von Benetton.



Noch im Prüfungsverfahren ist schließlich die Marke<sup>17)</sup> mit einem Geruch von Vanille, der u. a. auf Kosmetika, Pflaster in Klasse 5, Druckereierzeugnisse, Schmuckwaren in Klasse 14, Haushaltsgeräte, Bekleidung und Süßwaren aufgebracht werden soll. In diesem speziellen Falle ist der natürliche Geruchsstoff der Vanilleschote, das Vanillin, auch wenn er auf anderen Wegen synthetisch gewonnen wurde, Hauptkomponente in den naturidentischen Aromen, und diese Komponente ist wirklich für jedermann in der EU objektiv wahrnehmbar, weil er aus Lebensmitteln, Getränken oder Backwaren bekannt ist. Nichtsdestoweniger liegen aber für einen Teil der Waren von Hause aus Ausschlussgründe der fehlenden Unterscheidungskraft oder Freihaltebedürfnis vor. So zersetzten sich Papier und Papierwaren gemäß Klasse 16 aus holzhaltigem Papier nach Jahren unter Aussendung eines eigenen Vanillegeruchs.<sup>18)</sup> Auch Süßwaren und Süßspeisen wird oft ein Vanillearoma beigefügt.<sup>18)</sup> Für Kosmetika in Klasse 3, insbesondere Parfüms hat Vanillin keine Unterscheidungskraft, da Vanillin als Fixateur in der Basisnote regelmäßig ein notwendiger Bestandteil nahezu jedes orientalischen Herren- und Damenparfüms ist.<sup>19)</sup>

## 2. Zur Darstellung komplexer Bildmarken

### a) Darstellung von Animationen, auch Bewegungsmarken<sup>20)</sup> genannt

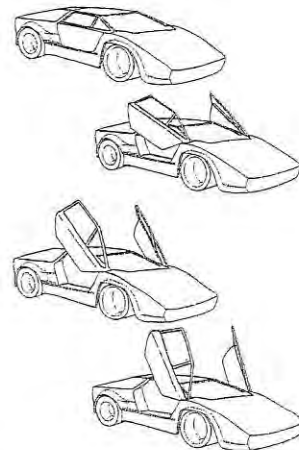
Gerade bekanntgemacht<sup>21)</sup> trotz nur schemenhafter (!) amtlich eingereichter Darstellung wurde die folgende Animation mit der Wiedergabe eines Vogels im Flug für Dienstleistungen in Klasse 35, 41 und 42, der erläuternd folgende Beschreibung beigefügt ist. Das Zeichen besteht aus sechs Stilbildern, die ein bewegtes Bild darstellen (die laufenden Nummern gehören nicht zum Zeichen). Der Anfangspunkt ist das Bild Nummer 1, auf dem ein stilisierter grüner Vogel zu sehen ist, der seine Flügel ausbreitet. Auf den nächsten Bildern öffnet/öffnen sich der Flügel/die Flügel des Vogels progressiv bis zu Maximalstellung, die auf dem letzten Bild Nummer 6 zu sehen ist. Der oben beschriebene Prozess wiederholt sich beginnend mit dem Bild Nummer 1.



Interessant dürfte hier auch die Frage sein, wie die Benutzung dieser Bildfolge für die angemeldeten Dienstleistungen erfolgen soll. Sofern diese Dienstleistungen elektronisch benutzt/beworben werden sollen, ist dies kein Problem. Die Bildfolge kann z. B. mittels des kostenlos erhältlichen Microsoft® GIF-Animators in ein animated gif-format umgewandelt werden, was in Web-Browsern z. B. dem Internet Explorer den gewollten Effekt des fliegenden grünen Vogels ergibt. Dies kann sowohl über die Internetpräsenz, aber auch auf Datenträgern auf Standard-PC's dargestellt werden. Aber auch eine Benutzung auf konventionellen Printmedien ist möglich, wenn man die Animation als Linsenraster-

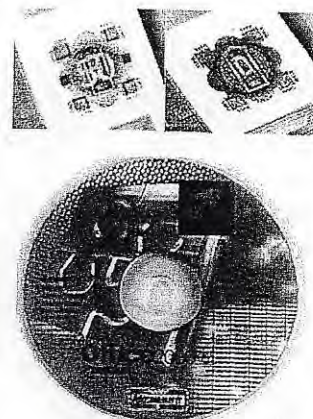
Bilder<sup>22)</sup> (s.u.) auf Plastikfolien wiedergibt, die auf Waren, z. B. Visitenkarten, Werbematerial aufgebracht werden.

In der Beschwerde anhängig ist eine weitere Animation eines Sportwagens<sup>23)</sup> mit sich öffnenden Flügeltüren, die für Kraftfahrzeuge, deren Teile und Modellautos angemeldet worden war. Die Marke ist durch folgende Beschreibung erläutert: „Die Marke bezieht sich auf eine eigenartige und charakteristische Ausgestaltung der Türen eines Fahrzeugs. Die Türen werden zum Öffnen „nach oben verschwenkt“, und zwar um eine Schwenkachse, die im wesentlichen horizontal und quer zur Fahrriehtung des Fahrzeuges verläuft.“



### b) Darstellung von Hologrammen

Mittels der Holographie<sup>24)</sup> ist es möglich, in einem Hologramm räumlich ausgedehnte Szenen in ihrer vollen dreidimensionalen Struktur zu speichern und wiederzugeben. Hologramme spielen gerade als Prüfzeichen für die Herstellung fälschungssicherer Waren, wie Kreditkarten, Geldscheine, wie nachstehend für die 50 Euro-banknote wiedergegeben<sup>25)</sup> oder Software, wie nachstehend in zwei Ausführungen oben und unten auf der Microsoft Office 2000 Premium CD wiedergegeben,<sup>26)</sup> eine wichtige Rolle.



17) EM 1 807 353, im Prüfungsverfahren (The Aromacology Patch Co., Großbritannien).

18) Römpf a.a.O., 4870. Stichwort Vanillin.

19) Hoarmann & Reimer Duitaals Glöss Hamburg 1995, 102–122 und 204–219.

20) Fezer, Markenrecht, 3. Aufl. 2001, § 3, Rn 289–291.

21) EM 1 864 610, bekannt gemacht (Berggren OY AB, Finnland)

22) [www.topac-holographie.de/lenticular\\_d.htm](http://www.topac-holographie.de/lenticular_d.htm) (Topac multimediaprint GmbH Gütersloh).

23) EM 1 400 092, Beschwerde anhängig (Automobili Lamborghini, Italien); auch die parallele deutsche Anmeldung 39942129 und US Anmeldung 75 883 661 befindet sich noch im Prüfungsverfahren.

24) Lexikon Technik und exakte Naturwissenschaften Frankfurt 1972, 1464, 1466 f. Stichwort Holographie.

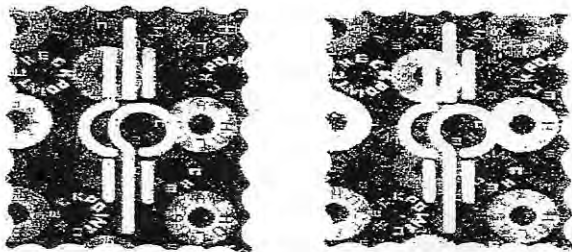
25) [www.bundesbank.de/euro/si/notes/sicherheitsmerkmale.htm](http://www.bundesbank.de/euro/si/notes/sicherheitsmerkmale.htm)

26) [www.microsoft.com/germany/themen/piraterie/echtheitsmerkmale/78\\_9.htm](http://www.microsoft.com/germany/themen/piraterie/echtheitsmerkmale/78_9.htm)

In den USA werden Hologramme nur aufgrund ihrer speziellen Form eingetragen, ohne dass es darauf ankommt, was auf dem Hologramm zu sehen ist. Dies zeigt folgendes Beispiel der eingetragenen US-Marke 2 165 007. „Die Marke besteht aus einem Hologramm in Form einer Rennfahne, die auf der Ware (Karten) angebracht wird. Die Inhalt der Marke wird nicht als Eigenschaft der Marke beansprucht. Die Marke ist als silbernschraffiert, dies ist aber nicht als Eigenschaft der Marke beansprucht.“



Eine ausdrückliche Regelung zu Hologrammen findet man nur in den Markeneintragungsrichtlinien in Großbritannien,<sup>27)</sup> wonach Hologramme in der Regel nur dann eingetragen werden, wenn mehrere Abbildungen mit unterschiedlichen Abbildungen und Farben eingezeichnet werden. Dies ist aber stets eine Einzelfallentscheidung, die mit dem Gruppenleiter abgestimmt werden muss. So ist vor kurzem folgendes Hologramm als nicht eintragbar zurückgewiesen worden.<sup>28)</sup>



### c) Linsenraster-Bilder

Hierbei handelt es sich um ein Bildverfahren, welches an die photographische Stereografie anknüpft.<sup>22)</sup> Das Linsenraster- oder auch Lentikularbild ist in stark vereinfachter Form bereits aus den 60er Jahren als Wackelbild bekannt. Neue Produktionsmöglichkeiten, wie DTP-Einsatz im Vorstufenbereich, dünne und feine Linsenrasterfolien und deren Direktbedruckung im Offsetdruck haben dieser Abbildungstechnik einen neuen Aufschwung beschert. Die einzelnen Bildphasen (für z. B. einen Bildwechseleffekt oder eine Animation, aber auch für dreidimensionale Stereo-Linsenrasterbilder), werden computergestützt streifenförmig zerlegt und in der definierten Abfolge des Bildwechsels derart gemischt, dass unter jede Zylinderlinse ein gesamter Streifenatz der verwendeten Einzelbilder passt. Das in dieser Art gedruckte Bild wirkt ohne das zugehörige Zylinderlinsen-Raster unscharf, und erst durch die Brechung des Lichtes an den Zylinderlinsen werden die einzelnen Bilder in Abhängigkeit vom Winkel der Betrachtung wieder zusammengesetzt und ergeben bei Bewegungen des Bildes die scharfe Abfolge der Bildwechsel. Diese komplexen Bilder findet man z. T. auf Telefonkarten abgebildet.

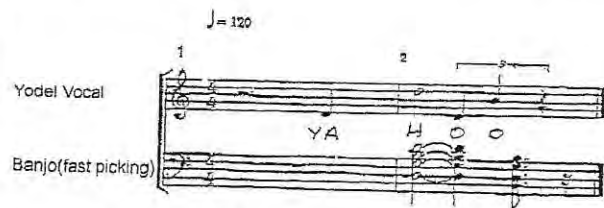
27) The Trade Marks registry Chapter 6 - Addendum, S. 42, Holograms, [www.patent.gov.uk/tm/](http://www.patent.gov.uk/tm/).

28) [www.patent.gov.uk/tm/legal/decisions/exparte1999.htm](http://www.patent.gov.uk/tm/legal/decisions/exparte1999.htm), Entscheidung vom 07.07.99 zur Markenmeldung GB 2 031 496.

### 3. Zur Darstellung komplexer Hörmarken

Die Anmeldung von Hörmarken beschränkt sich in der Regel meist nicht auf solche Formen, die graphisch durch Notenschrift wiederzugeben ist. Vielmehr werden gerade im oder aus dem angelsächsischen Sprachraum auch Hörmarken angemeldet, die nur aus Geräuschen,<sup>29)</sup> aus gesprochenen Worten<sup>30)</sup> oder einer Kombination eines Geräusches mit anderen Multimediaeffekten bestehen.<sup>31)</sup>

So ist kürzlich eine komplexe Hörmarke<sup>32)</sup> basierend auf einem Jodeln in Verbindung mit einem schnell geschlagenen Banjo für Dienstleistungen in den Klassen 35, 38 und 42 eingetragen worden. Wer diesen Jingle nicht kennt und auch Notenschrift nicht beherrscht, wird die nachstehende Wiedergabe sicherlich nicht sogleich verstehen können.



Im Beschwerdeverfahren anhängig ist das MGM-Löwengebrüll,<sup>33)</sup> angewandt auf Waren in Klassen 9 und Dienstleistungen in Klassen 38, 41 und 42, das ausschließlich grafisch definiert worden ist durch folgendes Sonogramm



Noch im Anmeldeverfahren befindet sich der Tarzanschrei,<sup>34)</sup> angewandt für Waren in Klasse 9, 16, 25 und 28 und Waren in den Klassen 35, 38, 41 und 42, der ebenfalls ausschließlich definiert worden ist als Sonogramm in folgender Form



### 4. Zur Darstellung gustatorischer Marken

Fezer widmet diesem Markentyp drei Randnummern<sup>35)</sup>, zitiert aber im wesentlichen nur sich selbst. Die Anmeldung dieser Zeichenart wird von Hause aus nur in wenigen Klassen möglich sein. Eine Wahrnehmung dieses Kommunikationsmittels setzt einen unmittelbaren kör-

29) US 1872 866, eingetragen (THX, USA), über 7 Oktaven gehendes Prüfgeräusch für Heimkinostereoeinrichtungen.

30) US 75/528557, noch im Prüfungsverfahren (AOL Inc, USA) Die Marke besteht aus den gesprochenen Worten „You've got mail“.

31) US 1395 550, eingetragen (Metro-Goldwyn-Mayer Lion Corp., USA) Die Marke enthält einen brüllenden Löwen.

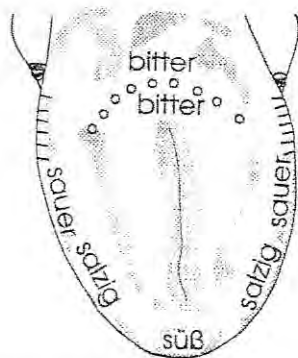
32) EM 1772 086, eingetragen (Yahoo! Inc, USA).

33) EM 143 891, Beschwerde anhängig (Metro-Goldwyn-Mayer Lion Corp., USA).

34) EM 737 827, im Prüfungsverfahren (Edgar Rice Burroughs, USA).

35) Fezer, a.a.O. Rn. 283-285.

perlichen Kontakt der Zunge des Verbrauchers mit der Ware voraus, wie die nachfolgende Abbildung zeigt.<sup>36)</sup>



Die Wahrnehmung selbst beschränkt sich auf die klassischen Eindrücke süß, sauer, salzig, bitter und auf umami (japanisch = wohlschmeckend; geschmacksverstärkend).<sup>36, 37)</sup> Eine unmittelbare graphische Wiedergabe im Register, aber auch eine elektronische Wiedergabe ist ersichtlich nicht möglich, eine mittelbare Hinterlegung einer Bezugs-Adresse im Register, wo der Geschmacksstoff bezogen werden kann, führt nach Beschaffung zu einer vollständigen, klaren, genauen für Allgemeinheit verständlichen Darstellweise. Eine mittelbare Beschreibung durch die nur 5 verschiedenen Grundtypen dürfte auf den meisten Warengeländen sogleich als freihaltebedürftig und nicht unterscheidend beanstandet werden.

So ist eine Marke,<sup>38)</sup> die für Apfelgeschmack, der auf Pferdegebissstangen aufgebracht werden sollte, angemeldet worden, später nicht weiterverfolgt worden. Leider ist nicht überliefert, ob die Marke wegen fehlender Unterscheidungskraft beanstandet worden ist oder die Frage eine Rolle gespielt hat, wer hier die beteiligten Verkehrskreise waren, die die Marke wahrnehmen sollten, Reiter oder Pferde.

Eine weitere Markenmeldung betreffend den Geschmack von künstlichem Erdbeeraroma<sup>39)</sup> aufgebracht auf pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege sowie für diätetische Substanzen ist in der Beschwerde anhängig. Einmal abgesehen von dem Problem der Wahrnehmbarkeit dieser Marke vor Kontakt mit der Ware, auf der die Geschmacksmarke aufgebracht ist, dürfte die Marke wenigstens nachweislich teilweise einem Freihaltebedürfnis unterliegen. Ebenso wie Lebensmittel werden auch Arzneimittel, Diätetika und Vitaminpräparate mit Fruchtaromen, wie Erdbeeraroma, versetzt, um einen Eigengeschmack zu überdecken.<sup>40)</sup> Auch die grafische Darstellbarkeit wird hier ein Problem sein, es sei denn, man definiert den Erdbeergeschmack anhand einer z. B. bei Aromenherstellern, wie Haarmann & Reimer oder Dragoco, Holzminden, zu beziehenden Probe im Anmeldeantrag.

## 5. Zur Darstellung haptischer Marken

Fezer widmet diesem Markentyp drei Randnummern,<sup>41)</sup> zitiert aber nur sich selbst. Die Wahrnehmung dieses Kommunikationsmittels setzt einen unmittelbaren Kontakt der Finger, insbesondere Fingerkuppen oder weniger sensibel der Lippen des Verbrauchers mit der Ware voraus, eine Wahrnehmung über den Raum scheidet aus. Das Problem ist hier, die haptische Marke grafisch darstellen zu können. So kann sicher eine spezielle Rauigkeit einer Oberflächenstruktur auf der Ware X durch die Einreichung einer (elektronen/mikro)fotografische Wiedergabe mit Angabe der Größenverhältnisse der „Berg- und Talstruktur“ in der Fotografie wiedergegeben werden. Dies gibt die Rauigkeit der haptischen Marke aber – wie ein Sonogramm – nur mittelbar wieder. Dies ist, anders als ein zur Akte gereichtes Muster der haptischen Marke auf der Ware/dem Warenteil bzw. ein Hinweis, wo dieses bei einer Hinterlegungsstelle bezogen werden kann, nicht eine vollständige, klare, genaue, für Allgemeinheit verständlichen Darstellweise. Weiter kann in vielen Fällen nicht unterschieden werden, ob die Marke selbstständig von der Ware wahrgenommen werden kann und ob sie unterscheidungskräftig und nicht freihaltebedürftig ist. Haptische Merkmale werden im Verkehr bei Waren üblicherweise aus Gründen der Ergonomie, Arbeitssicherheit und als Prüfmerkmal eingesetzt, also als Gummibeschichtung an Werkzeugen oder Schreibgeräten, um bei Betrieb nicht abzurutschen oder als Kennzeichnung von Waren für Sehbehinderte usw. Weiterhin ist eine Beurteilung einer Identität/Gleichheit von zwei haptischen Merkmalen bei Produkten im Verletzungsfall schwierig, da derzeit nur wenige objektive oder weitgehend objektive Meßmethoden vorliegen. In Bezug auf die in der Werbung ausgelobte Weichheit von Papiertaschentüchern darf z. B. auf spezielle Meßverfahren<sup>42)</sup> aber auch auf Paneltests<sup>43)</sup> hingewiesen werden, die erlauben, signifikante Unterschiede zwischen durch Lotionen haptisch aufbereiteten Papiertaschentüchertypen aufzuzeigen und amtlicherseits als Beweis für Eintragbarkeit, hier erfinderische Tätigkeit gegenüber dem nächsten technischen Stand der Technik, dienen.

## Zusammenfassung

Die vorstehende Übersicht über derzeit innerhalb der EU angemeldete Markenformen zeigt, dass durchaus ein Bedarf besteht, auch solche Markenarten geschützt zu bekommen, die sich nicht direkt graphisch darstellen lassen, die aber mit etwas gutem Willen durch Surrogate darstellbar sind, sei es elektronisch, wie im Falle von nicht durch Notenschrift mittelbar wiedergegebbarer Hörmarken, Animationen (Bewegungsmarken) und Linienraster-Bilder oder sei es durch eine Hinterlegung oder Hinterlegung einer Bezugsadresse, wie im Falle von Geruchsmarken, Geschmacksmarken und haptischen Marken.

36) Matheis, Geschmack, Geruch, Aroma und Flavor, Dragoco Bericht 2/1994, 50, 52.

37) Römpf a.a.O., 4807 Stichwort Umami.

38) EM 528 463, zurückgezogen (japanische Firma).

39) EM 1 452 853, Beschwerde anhängig (Eli Lilly and company, USA).

40) Matheis, Die Aromatisierung pharmazeutischer Präparate, Dragoco Bericht 1/1993 22, 31 f.

41) Fezer a.a.O., Rn. 286-288.

42) EP-B 347154, Beschreibung 3, 2001 widerrufen (The Procter & Gamble Co, USA), Vertrieb u. a. von Tempo®.

43) EP-B 803 012, Beschreibung [0084-0092], rechtskräftig (SCA Hygiene Products GmbH, Deutschland; ebenso von dieser Firma, WO 98/41 667, 28-32 = US 6 306 408 B1 = AU 734 066 = EP 963 486; Vertrieb u. a. von ZEWAG®, Danke®.

b) Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt

## 8. Grundsätzliche Markenfähigkeit und fehlende Unterscheidungskraft einer Geruchsmarke

GMV Art. 4, 7 I lit. a, b – Der Duft von Himbeeren

1. Die für Klasse 4 – Brennstoffe, einschließlich Motortreibstoffe, insbesondere Diesel als Heiz-, Brenn- und Kraftstoff beantragte Geruchsmarke „Der Duft von Himbeeren“ ist markenfähig und ist nicht gem. Art. 7 I lit. a GMV als Zeichen, das nicht unter Art. 4 GMV fällt, von der Eintragung ausgeschlossen.

2. Die Geruchsmarke kann jedoch für die angemeldeten Waren das absolute Eintragungshindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gem. Art. 7 I lit. b GMV nicht überwinden. (Leitsätze der Redaktion)

HABM (3. Beschwerdekammer), Entsch. v. 5. 12. 2001 – R 711/1999-3

Zum Sachverhalt: Mit beim Amt am 28. 6. 1999 eingegangener Anmeldung beantragte die Bf. die Eintragung einer Geruchsmarke, die sie wie folgt angibt:

„Der Duft von Himbeeren“

für folgende Waren:

Klasse 4 – Brennstoffe, einschließlich Motortreibstoffe, insbesondere Diesel als Heiz-, Brenn- und Kraftstoff.

Die Anmelderin gab in der Anmeldung ferner folgende Beschreibung der Marke: „Die Marke besteht in dem Duft bzw. dem Geruch von Himbeeren, aufgebracht auf die genannten Waren“. Mit Bescheid vom 1. 10. 1999 (im Folgenden: „der angefochtene Bescheid“) wies der Prüfer die Vergabe eines Anmeldetages gem. Art. 27 i. V. mit Art. 26 I lit. d und Art. 4 GMV i. V. mit Regel 3 II und 3 DVO z. GMV zurück.

Die Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: 6. Die Beschwerde erfüllt die Anforderungen von Art. 57, 58 und 59 GMV i. V. mit Regeln 48 und 49 DVO z. GMV und ist daher zulässig.

7. Dem Erfordernis der Wiedergabe der angemeldeten Geruchsmarke ist in diesem konkreten Fall genügt worden, so dass der Anmeldetag zuerkannt werden muss. Die Prüfung der Marke auf absolute Eintragungshindernisse hin ergibt allerdings, dass die Marke zwar markenfähig ist, jedoch keine konkrete Unterscheidungskraft hat.

Anmeldetag und Wiedergabe der angemeldeten Marke, Art. 26 GMV

8. Es war in der anhängigen Sache zunächst zu entscheiden, ob der Anmeldung der Gemeinschaftsmarke ein Anmeldetag zuerkannt werden konnte. Formale Minimalvoraussetzung einer Anmeldung für Zuerkennung eines Anmeldetages ist u. a. die „Wiedergabe“ der Marke gem. Art. 27 i. V. mit Art. 26 I lit. d GMV, die das Amt von Amts wegen gem. 36 I lit. a GMV und Regel 9 I lit. a Ziff. iv) DVO z. GMV prüfen muss.

9. Diese rechtliche Anforderung der Wiedergabe als Voraussetzung eines Anmeldetages entsprechen dem registerrechtlichen Bestimmtheitsgebot und dem darauf gründenden Vertrauensgrundsatzes. Sie verfolgt u. a. das Ziel, den genauen Gegenstand des Rechts an der angemeldeten Marke vom Anmeldetag an zu bestimmen. Die Anforderungen dieser Voraussetzung ist für Geruchsmarken weder in der Verordnung über die Gemeinschaftsmarke, noch in der Durchführungsverordnung spezifisch definiert.

10. Ausgangspunkt für die Auslegung ist die Prämisse, dass jede Wiedergabe der Marke im Register vollständig, klar, präzise und objektiv sein muss. Dieses Erfordernis ist kein Selbstzweck, sondern nach Maßgabe der technischen Notwendigkeiten eines förmlichen Registrierungsverfahrens gerechtfertigt.

11. Zunächst muss die Wiedergabe vollständig sein und die Marke als Ganzes erfassen. Ferner muss sie so klar und präzise sein, dass es dem Amt möglich ist, die Prüfung von absoluten und relativen Eintragungshindernissen vorzunehmen, sowie die Marke im Blatt für Gemeinschaftsmarken zu

veröffentlichen und im Register für Gemeinschaftsmarken einzutragen. Eine solche Wiedergabe muss weiter so eindeutig sein, dass Wettbewerber im Vertrauen auf den genau umrissenen Markenschutz Investitionen tätigen können und die Gerichte und die Parteien in der Lage sind, etwaige Markenverletzungen sachgerecht festzustellen und zu würdigen (3. Beschwerdekammer, Entsch. vom 12. 2. 1998 – R 7/1997-3 = ABIHABM 7-8/1998 [deutsche Fassung] und 5/1998, S. 641 [andere Sprachfassungen] – Orange).

12. Hierzu gehört auch, dass objektive Kriterien anzulegen sind, nach denen jedermann zweifelsfrei wissen kann, welche Marke genau geschützt ist. Wie *Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer* zutreffend bemerkt hat, gibt es „keine objektiven und subjektiven Sinnesorgane“ (Schlussanträge vom 6. 11. 2001 – Rs. C-273/00 – Ralf Sieckman). Das Problem der Subjektivität und Relativität der Kommunikation liegt in der Natur der menschlichen Wahrnehmung. Alle Lösungsversuche der Probleme in diesem Zusammenhang müssen sich jedoch auch an der Rechtssicherheit messen.

13. Die Marke muss bei der Einsicht in das Register verständlich sein. Nicht akzeptabel wäre in der Regel eine Wiedergabe der Marke, die von demjenigen, der das Register einsieht, unverhältnismäßige Anstrengungen oder besondere Kenntnisse als Wissenschaftler oder Forscher verlangt, um anhand der Wiedergabe im Register zu erkennen, um welches Zeichen es sich handelt.

14. Die Voraussetzungen der Vollständigkeit, Klarheit, Präzision und Objektivität treffen bei olfaktorischen Marken wohl nur selten zusammen, weil ein Geruch normalerweise aus mehreren chemischen Komponenten besteht, der zu verschiedenen Noten führt, sich verflüchtigt, subjektiv unterschiedlich wahrgenommen wird und mit Worten in der Regel nur unvollkommen dargestellt werden kann. Aber es ist nicht unmöglich, dass ein Duft im Ausnahmefall vollständig, klar, präzise und objektiv wiedergegeben werden kann.

15. Das ist der Fall des „Dufts von Himbeeren“, also des Dufts, der dieser meist roten Frucht entströmt, einer beerenartigen Sammelsteinfrucht, die seit Urzeiten gesammelt und kultiviert wird. Der Duft von Himbeeren ist eindeutig und präzise. Zwar wird manchmal der Duft von Himbeeren mit seinem Geschmack gleichgesetzt und es ist festzuhalten, dass der Anmelder nicht die Eintragung einer Geschmacksmarke beantragt hat. Auch ist der Duft von Himbeeren in natürlichem Zustand schwächer, als in püriertem Zustand.

16. Der Duft von Himbeeren bleibt aber nicht vage und ungenau und ist immer erkennbar wegen des Bezugs auf die Frucht. Für eine subjektive Auslegung seitens der Verbraucher oder des Amtes bleibt kein Raum. Die Beschreibung des Zeichens in Worten genügt als Wiedergabe, um eine klar unveränderbare Botschaft zu senden, da der Duft von Himbeeren ein einzigartiger, reiner Geruch ist.

17. Dies unterscheidet den vorliegenden Fall etwa von einer Marke, die aus dem Geruch von „Zimt“ besteht, da dessen Geruch dem Verbraucher erst erkennbar ist, wenn er diesen Duft oder das Aroma unmittelbar gefühlt hat (vgl. Markenamt des Vereinigten Königreichs, Entsch. vom 16. 6. 2000, im Rechtsmittelverfahren durch Beschluss vom 19. 12. 2000 bestätigt, Marken-Nr. 2 000 169, RPC 2001, 575). Im Fall des „Geruchs frisch geschnittenen Grasses“ (vgl. 2. Beschwerdekammer, Entsch. v. 11. 2. 1999 – R 156/1998-2 = ABIHABM 1999, S. 1238 – Der Geruch von frisch geschnittenem Gras) stammt der Geruch nicht vom Gras, dessen Sorte nicht näher bestimmt wird, selbst, sondern es kommen die Einwirkungen des Schnitts hinzu, der zusätzlich frisch, also innerhalb eines kurzen, aber nur ungenau umschriebenen Zeitraums vorgenommen worden sein muss. Im Fall der Geruchsmarke der chemischen Reinsubstanz Methylcinamat, beschrieben als „balsamisch-fruchtig mit einem leichten Anklang an Zimt“ (vgl. Vorabentscheidungsersuchen des *BPatG*, Schlussanträge v. 6. 11. 2001 – Rs. C-273/00 – Ralf Sieckman), ist der Geruch für den Verbraucher nicht aus sich selbst verständlich, weil der

Geruch erst durch eine Mischung von verschiedene Bestandteilen hergestellt werden muss. In diesem Fall stellt daher eine chemische Formel nur die Substanz, nicht aber ihren Geruch dar, der auch aus der Beschreibung nicht klar wird.

18. Die Wiedergabe wird nicht dadurch unpräzise, dass die Anmelderin in der Beschreibung der Marke in der Anmeldung ausgeführt hat, dass der Geruch auf die angemeldeten Waren „aufgebracht“ werden soll. Die Aufbringung der Marke unmittelbar auf die Waren ist eine der möglichen Verwendungsformen einer Marke, etwa neben der Aufbringung der Marke auf die Verpackung, der Verwendung in der Werbung usw. Die Beschreibung der Marke in der Anmeldung ist nicht so zu verstehen, dass ein Mischgeruch geschützt werden sollte, etwa die Mischung von Himbeer- mit Dieselgeruch. Angemeldet wird nur der Duft von Himbeeren. Die Art der Verwendung dieser Marke etwa als Beimischung zu anderen Gerüchen ist demgegenüber im Rahmen der Bestimmtheit der Marke unbeachtlich.

19. Die Kammer ist nicht von dem Gegenargument überzeugt, dass der Geruch unbestimmt ist, da er auf Grund verschiedener Faktoren unterschiedlich wahrgenommen werden kann, beeinflusst etwa von der Konzentration und der Menge, der Temperatur, dem Trägermaterial, den Geruchsstoffen usw., sowie subjektiven Faktoren, wie Erinnerungen. Diese Argumente können alle Markenarten betreffen. Auch die Bedeutung einer Wortmarke oder einer akustischen Marke kann sich je nach Kontext oder Interpretation, ihre Wahrnehmung je nach Größe und Platzierung, aber auch in Folge subjektiver Faktoren verändern. Dies bleibt unschädlich, solange die Marke selber im Register klar wiedergegeben ist.

20. Zuletzt ist auch der vom Prüfer gemachte Einwand der Regel 3 II DVO z. GMV nicht begründet. Die Vorgabe für die bei der Anmeldung einzureichende „Wiedergabe der Marke“ gem. Regel 3 DVO z. GMV erscheint zu sehr auf die traditionellen Markenformen, wie Wort und Bildmarken, zugeschnitten zu sein, und muss daher vom Amt im Rahmen der Erfordernisse des registerrechtlichen Bestimmtheitsgebots und im Licht der Entscheidung des Gesetzgebers zu Gunsten einer weiten Öffnung für neue Markenformen durch Art. 4 GMV gesehen werden.

#### *Markenfähigkeit, Art. 7 I lit. a i. V. mit Art. 4 GMV*

21. Die Zuerkennung des Anmeldetages gem. den Art. 26 und 27 GMV bedeutet aber nicht, dass nun die angemeldete Marke zu veröffentlichen ist. Vielmehr ist die Marke weiter von Amts wegen insbesondere auf das Vorliegen von absoluten Eintragungshindernissen gem. Art. 38 i. V. mit Art. 7 GMV zu prüfen.

22. Zwar richtet sich die Beschwerde formal nur gegen die Versagung des Anmeldetages. Die Argumentation des Amtes in ihrer Beanstandung und ihrem Zurückweisungsbescheid, sowie der Anmelderin vor dem Prüfer und der Beschwerdekammer beziehen sich jedoch insbesondere auch auf die Schutzversagung als Marke, so dass es die Kammer für sachdienlich hält, von ihrer Kompetenz in Art. 62 I GMV Gebrauch zu machen, insoweit im Rahmen der Zuständigkeit der Prüfungsabteilung tätig zu werden (3. Beschwerdekammer, Entsch. vom 12. 2. 1998 – R 7/97-3 Rdnr. 16 = ABIHABM 7-8/1998 [deutsche Fassung] – Orange; *EuG*, Slg. 1999, II-2383 = NJWE-WettbR 1999, 223 – Baby-dry). Die Anmelderin hat insbesondere die Gelegenheit zur Stellungnahme zu den hiermit verbundenen Problembereichen wahrgenommen.

23. Im vorliegenden Fall ist der „Duft von Himbeeren“ markenfähig und nicht gem. Art. 7 I lit. a GMV als Zeichen, das nicht unter Art. 4 GMV fällt, von der Eintragung ausgeschlossen.

24. Für die Beurteilung der Markenfähigkeit ist Art. 4 GMV heranzuziehen, der in seinen wesentlichen Teilen wie folgt lautet:

„Gemeinschaftsmarken können alle Zeichen sein, die sich grafisch darstellen lassen, insbesondere Wörter ... und die Form oder Aufmachung der Ware, soweit solche Zeichen ge-

eignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden“.

25. Die Marke ist ein Kommunikationszeichen auf dem Markt. Marken sind produkt- oder unternehmensbezogene Kommunikationszeichen zwischen Unternehmen und Menschen. Einer der fünf Sinne des Menschen ist der Geruchssinn. Marken, die als Identifizierungszeichen als Geruchsmarken auf die Nase wirken, können nicht aus Prinzip vom Schutz des Markenrechts ausgeschlossen werden.

26. Die Kammer ist der Auffassung, dass Gerüche, abstrakt betrachtet, geeignet sein können, sich dem Verkehr im Sinne dieser Vorschrift als ein eigenständiges betriebliches Unterscheidungsmittel einzuprägen. Obwohl olfaktorische Marken nicht ausdrücklich in Art. 4 GMV genannt sind, ergibt sich aus seinem Wortlaut, dass die Aufzählung bestimmter Zeichenformen lediglich exemplarisch ist und weitere Markenformen nicht ausschließt. Dies wurde von den Beschwerdekammern des Amtes etwa in Beziehung zu Farbmarken wiederholt anerkannt. Der Wortlaut von Art. 4 GMV lässt jedenfalls auch die Auslegung zu, Geruchszeichen grundsätzlich als markenfähig anzuerkennen.

27. Der Ausdruck „alle Zeichen“ in Art. 4 GMV ist daher, nach systematischer und teleologischer Auslegung als weiter und offener Oberbegriff zu verstehen, der jede denkbare Markenform, einschließlich Geruchsmarken, mit einschließt, sofern sie abstrakt geeignet sind, die Waren eines Unternehmens von denen ihrer Wettbewerber zu unterscheiden (siehe Entsch. vom 19. 12. 1998 – R 122/1998-3 Rdnr. 17 = ABIHABM 4/1999, S. 604 – LIGHT GREEN).

28. In diesem Zusammenhang ist auch die weitere Voraussetzung zu beurteilen, wonach nur solche Zeichen Gemeinschaftsmarken sein können, die „sich grafisch darstellen lassen“. Die grafische Darstellbarkeit ist nämlich jeweils in Bezug zu der konkret mit der Anmeldung beanspruchten Markenform eng auszulegen.

29. Daher ist mangels einer vorgegebenen Bedeutung zu untersuchen, welcher Zweck (ratio) mit der Voraussetzung der grafischen Darstellbarkeit verfolgt wird. Es besteht keine Notwendigkeit, die Formulierung „sich grafisch darstellen lassen“ restriktiver auszulegen, als es der Zweck erfordert. Das weite Verständnis der Markenfähigkeit ist Ausdruck eines modernen Markenverständnisses, dem zu Folge heute neue Zeichen wie Farben, Hörzeichen, Hologramme, Geruchszeichen und sonstige Zeichen als Marken eingesetzt werden können, um eine Markenfunktion auf dem Markt zu übernehmen.

30. Die Kammer weist weiter darauf hin, dass bereits nach dem Wortlaut des Art. 4 GMV nicht ausgeschlossen ist, dass Zeichen auch dann als Marken funktionieren können, wenn sie nicht visuell wahrgenommen werden können. Art. 15 I letzter Satz des TRIPS-Abkommens (ABIHABM 11/1996, S. 1582 [1600]) bestätigt, dass Mitgliedstaaten das Erfordernis der visuellen Wahrnehmbarkeit eines Zeichens fordern können, aber nicht müssen.

31. Dies zeigt, dass Voraussetzung für die Markenfähigkeit gerade nicht ist, dass die Marke selbst wie bei einer Wort- oder Bildmarke unmittelbar grafisch darstellbar ist. Es reicht unter Umständen auch eine mittelbare Beschreibbarkeit aus, jedenfalls dann, wenn die begehrte Markenform ihrer Natur nach nicht unmittelbar schriftlich oder bildlich dargestellt werden kann, wie das u. a. bei akustischen oder olfaktorischen Marken der Fall ist; und solange dem Bestimmtheitsgebot im Rahmen des Anmeldetages genügt wurde. Hier muss eine genaue Beschreibung oder z. B. eine Darstellung in Notenschrift ausreichen, will man dieser Marke nicht von vorneherein den Schutz versagen. Im vorliegenden Fall der angemeldeten Marke des „Dufts von Himbeeren“ ist also von der Markenfähigkeit auszugehen.

#### *Konkrete Unterscheidungskraft, Art. 7 I lit. b GMV*

32. Im vorliegenden Fall hat die Marke jedoch für die angemeldeten Waren keine konkrete Unterscheidungskraft. Nach Auffassung der Beschwerdekammer ist der „Duft von

Himbeeren“ nicht geeignet, das absolute Eintragungshindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gem. Art. 7 I lit. b GMV überwinden.

33. Bei der Prüfung der verschiedenen Eintragungshindernisse ist grundsätzlich darauf hinzuweisen, dass diese nicht zwischen verschiedenen Markenkategorien unterschiedliche Maßstäbe vorsieht (vgl. *EuG*, GRUR Int 2002, 75 [Rdnr. 48] – Tabs).

34. Gem. Art. 7 I lit. b GMV ist eine Marke jedoch nur dann eintragungsfähig, wenn sie für die angemeldeten Waren unterscheidungskräftig ist. Die Unterscheidungskraft einer Marke dient der Funktion der Marke, ihre betriebliche Herkunft zu kennzeichnen und damit die Waren nach ihrer betrieblichen Herkunft, nicht nach ihrer Beschaffenheit unterscheidbar zu machen (*EuG*, Urt. v. 26. 10. 2000, Rs. T-360/99 – Investorworld).

35. Nach Art. 7 I lit. b GMV sind von der Eintragung diejenigen Marken ausgeschlossen, die keine Unterscheidungskraft haben, das heißt, denen nicht die konkrete Eignung innewohnt, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden. Es ist insbesondere die Eignung der Marke zur Ausübung einer Herkunftsfunktion erforderlich. Die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft von Geruchsmarken, sind keine anderen, als die für die übrigen Markenkategorien geltenden Kriterien.

36. Die Kammer muss nach dieser Bestimmung im Wege einer Prognose und unabhängig von jeder tatsächlichen Benutzung des Zeichens im Markt beurteilen, ob es ausgeschlossen erscheint, dass das fragliche Zeichen geeignet ist, in den Augen der angesprochenen Verkehrskreise die betreffenden Waren von denen anderer Herkunft zu unterscheiden (*EuG*, GRUR-RR 2001, 156 [Rdnr. 40] – EASYBANK; *EuG*, GRUR Int 2002, 75 [Rdnr. 61] – Tabs).

37. Das Gemeinschaftsmarkensystem sieht nicht vor, dass Marken bereits vor der Anmeldung benutzt werden müssen. Die Gewöhnung des Verbrauchers an ein bestimmtes Zeichen ist nur unter dem Gesichtspunkt der Verkehrsdurchsetzung gem. Art. 7 III GMV einer ansonsten gem. Art. 7 I lit. b, c oder d GMV zurückzuweisenden Anmeldung zu berücksichtigen, was hier aber nicht geltend gemacht wurde (*EuG*, GRUR Int 2002, 75 [Rdnr. 47] – Tabs).

38. Die Eintragung wurde für folgende Waren beantragt: „Brennstoffe, einschließlich Motorentreibstoffe, insbesondere Diesel als Heiz-, Brenn- und Kraftstoff“. Die beanspruchten Waren sind weit verbreitete Konsumgüter. Damit sind die allgemeinen Verkehrskreise, vom Autofahrer bis zum Wohnungsbesitzer, angesprochen. Dabei ist generell auf die mutmaßliche Erwartung der durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers wegen der Art der hier betroffenen Waren nicht hoch ist (vgl. *EuGH*, GRUR Int 1998, 795 [Rdnr. 31] = ABHABM 3/1999, S. 561 – 6-Korn-Eier – Gut Springenheide; GRUR Int 1999, 734 [26] = ABHABM 12/1999, S. 1568 – Lloyd).

39. Der Durchschnittsverbraucher ist bei der Wahrnehmung einer Marke einer Vielzahl verschiedenartiger Umstände ausgesetzt, insbesondere dem ersten Eindruck der fraglichen Marke und der möglichen Wahrnehmung der angemeldeten Waren (vgl. *EuG*, GRUR 2001, 332 Rdnr. 15 – VITALITE). Bei der Prüfung, ob eine Marke als Kommunikationszeichen dienen kann, muss geprüft werden, ob das Zeichen von den beteiligten Verkehrskreisen gegenwärtig mit der betreffenden Warengruppe wahrgenommen werden kann oder ob dies vernünftigerweise für die Zukunft zu erwarten ist.

40. Im Rahmen der Anwendung dieser Kriterien ist jedoch zu berücksichtigen, dass im Fall einer olfaktorischen Marke die Wahrnehmung durch die angesprochenen Verkehrskreise nicht die gleiche ist wie bei einer Wortmarke. Auch die neuen

Markenformen, wie Farbmarken, akustische Marken, Geschmacksmarken oder taktile Marken, müssen einen gegenüber den Waren funktional unabhängigen und eigenständigen Charakter haben. Nur solche Zeichen können Marken sein, die sich im Raum entfalten und unabhängig vom Gegenstand wahrgenommen werden können, von dem sie eine Eigenschaft darstellen. Diese Beziehung zwischen den Waren und der Marke sollte im Laufe der Zeit stabil und beständig sein, damit die Kaufentscheidung stets hinsichtlich einer Marke getroffen wird, die denselben Zustand behält.

41. Zuerst ist im Rahmen der Prüfung hinsichtlich der konkret angemeldeten Waren darauf hinzuweisen, dass unter der generischen Warenbezeichnung „Brennstoffe“ auch Duftkerzen und Duftpetroleum fallen, die bereits auf dem Markt existieren. Solche Waren geben beim Verbrennen einen besonderen Duft ab. Himbeerduft ist für solche Duft-Brennstoffe eine wesentliche Wareneigenschaft und als solche eindeutig nicht unterscheidungskräftig.

42. Die Anmeldung führt jedoch auch andere Brennstoffe unter den angemeldeten Waren auf, nämlich Motorentreibstoffe, insbesondere Diesel als Heiz-, Brenn- und Kraftstoff. Es ist anzumerken, dass diese angemeldeten Waren alle die Eigenschaft eines starken Eigengeruchs haben, der meist als unangenehm empfunden wird. Die Hinzufügung von Himbeerduft verändert den Geruchseindruck des Verbrauchers von diesen Waren insgesamt nicht oder nur geringfügig, auch wenn der Duft von Himbeeren den Wareneigengeruch etwas angenehmer machen mag.

43. Dennoch nimmt der Verbraucher den Duft von Himbeeren nicht getrennt von der Ware auf. Die Beimischung von Himbeerduft zu Brennstoffen wie Diesel oder Heizöl, die meist unangenehm riechen, ähnelt der Parfümierung von schlecht riechenden Räumen durch Duftsprays. Der Verbraucher wird daher den beigemischten Himbeerduft als einen der vielfältigen Versuche der Industrie werten, den Geruch dieser Waren angenehmer zu machen. Der oben beschriebene Verbraucher erkennt den Duft nur als eine Verbesserung des Erscheinungsbilds, ähnlich eines dekorativen Elements, nicht jedoch als ein Zeichen, welches eine Herkunfts- und Unterscheidungsfunktion ausübt.

44. Daher und im Hinblick auf den schwachen Duft von Himbeeren und dem starken Eigengeruch von Brennstoffen, wie etwa Diesel, ist die Kammer der Ansicht, dass sich der Verbraucher nicht am Geruch als Marke orientieren wird. Er wird in dem Geruch lediglich eine „Parfümierung“ der Ware und nicht eine Marke erkennen. Angesichts des durch die Beschreibung des Geruchs und die angemeldeten Waren, auf die dieser Duft aufgebracht werden soll, hervorgerufenen Gesamteindrucks ermöglicht die angemeldete Marke es den angesprochenen Verkehrskreisen zum Zeitpunkt der Kaufentscheidung nicht, die fraglichen Waren von solchen anderer betrieblicher Herkunft zu unterscheiden, die auch Geruchsbeimischungen verwenden können.

45. Das Zeichen kann in seiner angemeldeten Form nicht dem Verbraucher die Ursprungsidentität der damit gekennzeichneten, angemeldeten Waren garantieren, und ihm ermöglichen, die Marke unabhängig von der Ware als solche zu erkennen. Es ist nicht möglich, aus der Anmeldung festzustellen, ob die bloße Angabe „der Duft von Himbeeren“ die Voraussetzungen der Unabhängigkeit und Beständigkeit der Marke erfüllt.

46. Die im Wege einer Prognose und unabhängig von ihrer tatsächlichen Benutzung festgestellte fehlende Eignung der angemeldeten Marke, auf die Herkunft der Ware hinzuweisen, wird auch nicht dadurch beeinflusst, dass es wohl derzeit, wenn überhaupt, nur weniger Anbieter gibt, die „Himbeer-Diesel“ oder ähnliches anbieten. Die Erfahrung auf vergleichbaren Märkten zeigt aber, dass es wahrscheinlich ist, dass Geruchszusätze für Diesel entwickelt werden.

47. Soweit sich die Bf. auf die Entscheidung R 156/1998-2 = ABHABM 1999, S. 1238 – „Der Geruch von frisch ge-

schnittenem Gras“ beruft, ist festzustellen, dass jede Anmeldung, auf Grund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen ist, die dort jedoch anders lagen. Ferner sind die anderen durch den Prüfer zitierten Entscheidungen der Beschwerdekammern letztlich mit diesem Fall nicht vergleichbar, insbesondere da es sich nicht um Geruchsmarken handelt.

Anm. d. Schriftlgt.: Instruktiv zur ersten Entscheidung zur Eintragung einer Geruchsmarke nach der Gemeinschaftsmarkenverordnung – zugleich Anm. zur Entscheidung des HABM – Der Geruch von frisch geschnittenem Gras, *Sieckmann*, WRP 1999, 618. Im Zusammenhang mit der Vorlageentscheidung des BPatG zum EuGH (GRUR 2000, 1044 – Riechmarke) hat der *Generalanwalt* in seinen Schlussanträgen v. 6. 11. 2001 – Rs. C-273/00 – die Auffassung vertreten, dass olfaktorische Zeichen derzeit generell markenunfähig seien.

## 9. Freihaltebedürfnis für geografische Herkunftsangabe

GMV Art. 40 II, 7 I lit. c, II – OLDENBURGER

1. Art. 7 I lit. c GMV verbietet die Eintragung von geografischen Bezeichnungen als Marke nicht nur, wenn sie bestimmte geografische Orte bezeichnen, die für die betroffenen Warengruppen bereits berühmt oder bekannt sind und die daher von den beteiligten Verkehrskreisen, also von Handel und Durchschnittsverbraucher, in dem beanspruchten Gebiet mit dieser Warengruppe in Verbindung gebracht wird; vielmehr müssen auch geografische Herkunftsangaben, die von Unternehmen verwendet werden können, für diese als geografische Herkunftsangaben für die betreffende Warengruppe freigehalten werden, was sich aus dem Wortlaut von Art. 7 I lit. c GMV („dienen können“) ergibt (EuGH, GRUR 1999, 723 Rdnrn. 29, 30 – Chiemsee).

2. Nach den Grundsätzen der „Chiemsee“-Entscheidung des EuGH besteht ein Allgemeininteresse daran, das vom Begriff „Oldenburg“ abgeleitete Adjektiv „OLDENBURGER“ als geografische Herkunftsangabe freizuhalten, da es eine spezifische Region bezeichnet, die für den Großteil der Waren der Klassen 29, 30 und 32 bereits bekannt ist, und bei der vernünftigerweise für die Zukunft zu erwarten ist, dass sie auch mit den anderen nahe liegenden Nahrungsmitteln dieser Klassen in Verbindung gebracht werden. (Leitsätze der Redaktion)

HABM (3. Beschwerdekammer), *Entsch. v. 19. 9. 2001 – R 826/2000-3*

Zum Sachverhalt: Mit am 14. 8. 1997 eingegangener Anmeldung beantragte die Anmelderin die Eintragung der Wortmarke

„OLDENBURGER“

als Gemeinschaftsmarke für folgende Waren der Klassen:

29: Milch- und Molkereiprodukte, Frischprodukte auf der Basis von Milch- und Molkereiprodukten, soweit in Klasse 29 enthalten; Milch, Vollmilch, Trockenmilch, Trockenmilcherzeugnisse für Nahrungszwecke, Dickmilch, Magermilch, Sauermilch, Buttermilch, auch mit Fruchtzusatz oder mit Cerealien und/oder mit Kakaozusatz, upeirisierte, sterilisierte und kondensierte Milch, Kondensmilch, Kaffeesahne, Sahne, Sahneerzeugnisse, auch gesalzen und mit Zusatz von Kräutern, Quark, Rahm, Sauerrahm, Kefir, Butter, Kräuterbutter, Butterzubereitungen, Käse, Käsezubereitungen, Frischkäse, Frischkäsezubereitungen, Hartkäse, Schnittkäse, Weichkäse, Schmelzkäse sowie Schmelzkäsezubereitungen, Creme Fraiche, Joghurt, Joghurtzubereitungen, Desserts, Fertiggerichte, insbesondere aus Joghurt, Quark und Sahne; vorgeannte Waren auch mit Fruchtzusätzen oder Kräutern oder feinen Backwaren; Quark- und Sauermilcherzeugnisse, auch mit Früchten oder Kräutern oder Gemüse; Milchkonserven, Milchpulver, Molke; alkoholfreie und alkoholhaltige Milchkischgetränke, soweit in Klasse 29 enthalten; Käse- und Milchzubereitungen in Snack-Form, soweit in Klasse 29 enthalten; Milchreis, Frucht-milchreis, Grießbrei, soweit in Klasse 29 enthalten; Fertiggerichte und Snacks, insbesondere auf Milch- oder Käsebasis, soweit in Klasse 29 enthalten; Knabbererzeugnisse, soweit in Klasse 29 enthalten; Speisezubereitungen, enthaltend mindestens eine der vorgeannten Waren, soweit in Klasse 29 enthalten; Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild.

30: Speiseeis, Eiscremekonfekt, Eiscremeprodukte, Pudding; Käse- und Milchzubereitungen in Snack-Form, soweit in Klasse 30 enthalten; feine Backwaren und Konditorwaren, insbesondere auf Milchba-

sis, Zucker- und Schokoladenwaren, Eiswaffeln, Müslizubereitungen, im Wesentlichen bestehend aus Milch, Sauerrahm, Buttermilch, Sauermilch, Joghurt, Kefir, Quark, zubereiteten Früchten und/oder Cerealien; Grießbrei, soweit in Klasse 30 enthalten; Fertiggerichte, insbesondere auf Milch- oder Käsebasis, soweit in Klasse 30 enthalten; Fruchtsaucen; Knabbererzeugnisse, soweit in Klasse 30 enthalten; Speisezubereitungen, enthaltend mindestens eine der vorgeannten Waren, soweit in Klasse 30 enthalten.

32: Alkoholfreie Milchkischgetränke.

Die Anmeldung wurde im Blatt für Gemeinschaftsmarken 48/1999 vom 21. 6. 1999 veröffentlicht. Bereits am 15. 6. 1999, beim Amt am selben Tag eingegangen, hatte eine andere Firma, gegen deren deutsche Marke die Anmelderin auf Grund der hier verfahrensgegenständlichen Gemeinschaftsmarkenmeldung vor dem DPMA Widerspruch erhoben hatte, Bemerkungen Dritter gem. Art. 41 GMV unter Vorlage von Materialien mit der Begründung eingereicht, dass es sich bei der Anmeldung um eine geografische Herkunftsangabe handle.

Diese Bemerkungen Dritter wurden zusammen mit einer vom Amt nach Art. 7 I lit. c und II GMV erhobenen Nachbeanstandung von Seiten der Prüferin der Anmelderin zugeleitet, die ihren Eintragungsantrag daraufhin weiter aufrecht hielt. Das Verfahren bezüglich eines zwischenzeitlich gegen die Gemeinschaftsmarkenmeldung eingelegten Widerspruchs wurde gem. Regel 20 VI DVO z. GMV von der Widerspruchsabteilung ausgesetzt.

Mit Bescheid vom 7. 6. 2000 wies die Prüferin unter Vorlage umfangreichen Materials die Anmeldung der Gemeinschaftsmarke wegen ihres beschreibenden Gehalts gem. Art. 7 I lit. c GMV zurück.

Die Beschwerde der Anmelderin hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: 13. Die Beschwerde erfüllt die Anforderungen von Art. 57, 58 und 59 GMV i. V. mit Regel 48 und 49 DVO z. GMV und ist daher zulässig.

14. Die Beschwerde ist aber unbegründet, da die Anmeldung lediglich aus einer beschreibenden Angabe besteht.

15. Zwar hat das Amt im vorliegenden Fall eine Schutzversagung auf Grund von Bemerkungen Dritter erst nach Veröffentlichung der Anmeldung ausgesprochen. Dieses Vorgehen ist aber wegen Art. 40 II GMV statthaft. Diese Bestimmung sieht ausdrücklich vor, dass eine Anmeldung auch noch nach Veröffentlichung gem. u. a. Art. 38 GMV, also nach (erneuter) Prüfung auf absolute Eintragungshindernisse wegen Art. 7 GMV, zurückgewiesen werden kann. Der typische Fall ist, dass das Amt nach Bemerkungen Dritter auf Grund der vorgetragenen Argumente die Frage der Schutzfähigkeit neu aufgreift und zu einem für den Anmelder negativen Ergebnis gelangt (s. *Entsch. der Kammer vom 7. 2. 2001 – R 606/1999-3* [Rdnrn. 20 f.] – Probiotik).

16. Zwar fehlt in Art. 41 GMV ein ausdrücklicher Verweis auf den vorausgehenden Artikel. Dessen bedarf es aber wegen der klaren, durch Art. 40 GMV geschaffenen Rechtsgrundlage nicht. Die Benachrichtigung über die Zulassung der Anmeldung zur Veröffentlichung ist nämlich im Lichte dieser gesetzlichen Vorschrift keine, das vorhergehende Prüfungsverfahren abschließende Entscheidung, sondern lediglich eine Zwischenverfügung, die noch keine verfestigte Rechtsposition schafft. Neben der Prüfung auf relative Eintragungshindernisse im Falle eines Widerspruchs muss sich der Anmelder wegen Art. 40 II i. V. mit Art. 37, 38 und Art. 5, 7 GMV gewärtig sein, dass auch nach Veröffentlichung noch eine Schutzversagung u. a. auf Grund absoluter Eintragungshindernisse ausgesprochen werden kann. Eine andere rechtliche Sichtweise würde dazu führen, dass die Bestimmung des Art. 41 GMV letztlich leer liefe, da die Bemerkungen Dritter keinen Einfluss mehr auf das Prüfungsverfahren auf Grund absoluter Schutzhindernisse hätten.

17. Nach Art. 7 I lit. c GMV sind nämlich von der Eintragung u. a. diejenigen Marken ausgeschlossen, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, welche im Verkehr zur Bezeichnung der geografischen Herkunft der beanspruchten Waren dienen können.

18. Diese Bestimmung verfolgt damit „das im Allgemeininteresse liegende Ziel, dass Zeichen oder Angaben, die die Waren- oder Dienstleistungsgruppen beschreiben, für die die Eintragung beantragt wird, von allen frei verwendet werden