

URTEIL DES GERICHTSHOFES

12. Dezember 2002 \*

In der Rechtssache C-273/00

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 234 EG vom deutschen Bundespatentgericht in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

**Ralf Sieckmann**

gegen

**Deutsches Patent- und Markenamt**

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die 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. 1989, L 40, S. 1)

erlässt

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten G. C. Rodríguez Iglesias, der Kammerpräsidenten M. Wathelet, R. Schintgen und C. W. A. Timmermans, der Richter C. Gulmann, D. A. O. Edward, A. La Pergola und V. Skouris, der Richterinnen F. Macken (Berichterstatterin) und N. Colneric sowie des Richters J. N. Cunha Rodrigues,

\* Verfahrenssprache: Deutsch.

Generalanwalt: D. Ruiz-Jarabo Colomer  
Kanzler: D. Louterman-Hubeau, Abteilungsleiterin

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

- des Patentanwalts R. Sieckmann, der sich selbst vertritt,
  
- der österreichischen Regierung, vertreten durch C. Pesendorfer als Bevollmächtigte,
  
- der Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch R. Magrill als Bevollmächtigte im Beistand von D. Alexander, Barrister,
  
- der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch K. Banks als Bevollmächtigte im Beistand von Rechtsanwalt W. Berg,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der mündlichen Ausführungen von Herrn Sieckmann und der Kommission in der Sitzung vom 2. Oktober 2001,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 6. November 2001,

folgendes

## Urteil

- 1 Mit Beschluss vom 14. April 2000, eingegangen beim Gerichtshof am 10. Juli 2000, hat das Bundespatentgericht gemäß Artikel 234 EG zwei Fragen nach der 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. 1989, L 40, S. 1, im Folgenden: Richtlinie) zur Vorabentscheidung vorgelegt.
- 2 Diese Fragen stellen sich im Rahmen einer Klage von Herrn Sieckmann gegen die Entscheidung des Deutschen Patent- und Markenamts (im Folgenden: DPMA), mit dem dieses die Anmeldung einer Geruchsmarke (Riechmarke) für verschiedene Dienstleistungen der Klassen 35, 41 und 42 des Abkommens von Nizza vom 15. Juni 1957 über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken in seiner revidierten und geänderten Fassung zurückgewiesen hat.

## Rechtlicher Rahmen

### *Gemeinschaftsregelung*

- 3 Die Richtlinie hat gemäß ihrer ersten Begründungserwägung zum Zweck, die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken anzugleichen, um Un-

terschiede zu beseitigen, die geeignet sind, den freien Warenverkehr und den freien Dienstleistungsverkehr zu behindern und die Wettbewerbsbedingungen im Gemeinsamen Markt zu verfälschen. Ihrer dritten Begründungserwägung zufolge zielt sie nicht auf die vollständige Angleichung dieser Rechtsvorschriften ab.

- 4 In der siebten Begründungserwägung der Richtlinie heißt es:

„Die Verwirklichung der mit der Angleichung verfolgten Ziele setzt voraus, dass für den Erwerb und die Aufrechterhaltung einer eingetragenen Marke in allen Mitgliedstaaten grundsätzlich gleiche Bedingungen gelten. Zu diesem Zweck sollte eine Beispielliste der Zeichen erstellt werden, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden, und die somit eine Marke darstellen können....“

- 5 Artikel 2 der Richtlinie enthält eine beispielhafte Aufzählung von Markenformen. Er 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.“

- 6 Absatz 1 des Artikels 3 der Richtlinie, der die Überschrift „Eintragungshindernisse — Ungültigkeitsgründe“ trägt, bestimmt:

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

- a) Zeichen, die nicht als Marke eintragungsfähig sind,
  
  
  
  
  
  
  
  
  
  
- b) Marken, die keine Unterscheidungskraft haben,

...“

*Nationale Regelung*

- 7 Das deutsche Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen vom 25. Oktober 1994 (BGBl. 1994 I, S. 3082, im Folgenden: MarkenG) hat die Richtlinie in deutsches Recht umgesetzt. Es gilt seit dem 1. Januar 1995.

8 § 3 Absatz 1 MarkenG bestimmt:

„Als Marke können alle Zeichen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form einer Ware oder ihrer Verpackung sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen geschützt werden, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.“

9 Von der Eintragung ausgeschlossen sind nach § 8 Absatz 1 MarkenG Marken, „die sich nicht grafisch darstellen lassen“, und gemäß § 8 Absatz 2 Nummer 1 MarkenG Marken, denen jegliche Unterscheidungskraft fehlt.

### **Ausgangsrechtsstreit und Vorabentscheidungsfragen**

10 Herr Sieckmann (im Folgenden: Kläger) meldete beim DPMA eine Marke für verschiedene Dienstleistungen der Klassen 35, 41 und 42 des Abkommens von Nizza vom 15. Juni 1957 in seiner revidierten und geänderten Fassung an. Diese umfassen Werbung, Geschäftsführung, Unternehmensverwaltung, Büroarbeiten (Klasse 35), Erziehung, Ausbildung, Unterhaltung, sportliche und kulturelle Aktivitäten (Klasse 41), Verpflegung, Beherbergung von Gästen, ärztliche Versorgung, Gesundheits- und Schönheitspflege, Dienstleistungen auf dem Gebiet der Tiermedizin und der Landwirtschaft, Rechtsberatung und -vertretung, wissenschaftliche und industrielle Forschung, Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung sowie Dienstleistungen, die nicht in andere Klassen fallen (Klasse 42).

- 11 Unter der im Anmeldeformular enthaltenen Rubrik „Wiedergabe der Marke“, wie sie § 8 Absatz 1 MarkenG vorsieht, und gemäß Artikel 2 der Richtlinie — nach beiden Bestimmungen muss ein Zeichen grafisch darstellbar sein, um als Marke eintragungsfähig zu sein — verwies der Kläger auf eine Beschreibung, die der Anmeldung als Anlage beigefügt war. Diese lautet wie folgt:

„Markenschutz wird beansprucht für die beim DPMA hinterlegte Riechmarke der chemischen Reinsubstanz Methylcinnamat (= Zimtsäuremethylester), deren Strukturformel nachfolgend abgebildet ist. Proben dieser Riechmarke sind auch über den örtlichen Laborbedarf gemäß Gelbe Seiten der Deutsche Telekom AG oder z. B. über die Firma E. Merck in Darmstadt erhältlich.



- 12 Für den Fall, dass die in vorstehender Randnummer wiedergegebene Beschreibung für das Anmeldeerfordernis nach § 32 Absätze 2 und 3 MarkenG nicht ausreichend sein sollte, ergänzte der Kläger die Beschreibung wie folgt:

„Der Markenanmelder erklärt sein Einverständnis mit einer Akteneinsicht in die hinterlegte Riechmarke ‚Methylcinnamat‘ nach § 62 Absatz 1 MarkenG, § 48 Absatz 2 MarkenV [Markenverordnung].“

- 13 Der Kläger reichte ferner mit seiner Anmeldung ein Behältnis mit einer Riechprobe des Zeichens ein und führte dazu aus, dass der Duft üblicherweise als „balsamisch-fruchtig mit einem leichten Anklang an Zimt“ bezeichnet werde.
  
- 14 Das DPMA wies die Anmeldung mit der Begründung zurück, dass Bedenken gegen die Markenfähigkeit der angemeldeten Marke gemäß § 3 Absatz 1 MarkenG und ihre grafische Darstellbarkeit gemäß § 8 Absatz 1 MarkenG bestünden. Letztlich habe die Frage der Markenfähigkeit und der grafischen Darstellbarkeit nicht entschieden zu werden brauchen, weil jedenfalls gemäß § 8 Absatz 2 MarkenG das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft der Eintragung des Zeichens entgegenstehe.
  
- 15 Das Bundespatentgericht, bei dem der Kläger gegen die ablehnende Entscheidung des DPMA Beschwerde einlegte, ist der Auffassung, dass Gerüche theoretisch geeignet sein könnten, sich dem Verkehr im Sinne von § 3 Absatz 1 MarkenG als ein eigenständiges betriebliches Unterscheidungsmittel einzuprägen.
  
- 16 Das vorliegende Gericht hat festgestellt, dass die angemeldete Marke zur Unterscheidung der oben erwähnten Dienstleistungen geeignet sei und nicht als rein beschreibend in Bezug auf die Merkmale dieser Dienstleistungen angesehen werden könne.
  
- 17 Zweifel hegt das vorliegende Gericht jedoch hinsichtlich der Frage, ob eine Riechmarke wie die im Ausgangsverfahren streitige die Voraussetzung der grafischen Darstellbarkeit nach § 8 Absatz 1 MarkenG erfüllen kann.

- 18 Die grafische Darstellbarkeit eines Zeichens stelle ein Eintragungskriterium dar, das jedenfalls im Beschwerdeverfahren vorrangig vor den Eintragungshindernissen des § 8 Absatz 2 MarkenG zu prüfen sei. Denn wenn es an der grafischen Darstellbarkeit fehle, könnte eine Eintragung auch dann nicht erfolgen, wenn sich das Zeichen im Verkehr als Marke eines bestimmten Unternehmens durchgesetzt und damit die Eintragungshindernisse des § 8 Absatz 2 Nummern 1 bis 3 MarkenG, insbesondere einen etwaigen Mangel an Unterscheidungskraft des Zeichens, überwunden habe.
- 19 Das Bundespatentgericht ist der Auffassung, dass § 8 Absatz 1 MarkenG einer Auslegung bedürfe, die im Einklang mit Artikel 2 der Richtlinie stehe, und hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:
1. Ist Artikel 2 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken vom 21. Dezember 1988 dahin auszulegen, dass „Zeichen, die sich grafisch darstellen lassen“ begrifflich lediglich solche Zeichen umfassen, die unmittelbar in ihrer sichtbaren Gestaltung wiedergegeben werden können? Oder sind darunter auch Zeichen zu verstehen, die als solche — wie beispielsweise Gerüche oder Geräusche — zwar visuell nicht wahrnehmbar sind, deren Wiedergabe aber durch Hilfsmittel mittelbar möglich ist?
  2. Falls die erste Frage im Sinne einer weiten Auslegung beantwortet wird: Genügt es den Anforderungen an die grafische Darstellbarkeit im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie, wenn ein Geruch

a) durch eine chemische Formel,

b) durch eine (zu veröffentlichende) Beschreibung,

c) mittels einer Hinterlegung oder

d) durch eine Kombination vorgenannter Wiedergabesurrogate wiedergegeben wird?

- 20 Der Kläger hat mit Schriftsatz, der am 30. April 2002 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, beantragt, die am 6. November 2001 im Anschluss an die Verlesung der Schlussanträge des Generalanwalts geschlossene mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.
- 21 Zur Begründung seines Antrags führt der Kläger aus, die Schlussanträge des Generalanwalts behandelten nicht konkret den hier zu entscheidenden Fall. Außerdem habe er in Nummer 42 seiner Schlussanträge einen Fehler begangen.
- 22 Gemäß Artikel 61 seiner Verfahrensordnung kann der Gerichtshof die mündliche Verhandlung von Amts wegen, auf Vorschlag des Generalanwalts oder auch auf Antrag der Parteien wieder eröffnen, wenn er sich für unzureichend unterrichtet hält oder ein zwischen den Parteien nicht erörtertes Vorbringen für entscheidungserheblich erachtet (vgl. Urteile vom 10. Februar 2000 in den Rechts-sachen C-270/97 und C-271/97, Deutsche Post, Slg. 2000, I-929, Randnr. 30, und vom 18. Juni 2002 in der Rechtssache C-299/99, Philips, Slg. 2002, I-5475, Randnr. 20).

- 23 Der Gerichtshof ist der Ansicht, dass er über alle für die Beantwortung der vorgelegten Fragen erforderlichen Informationen verfügt.
- 24 Daher ist der Antrag des Klägers zurückzuweisen.

### Zur ersten Frage

- 25 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Artikel 2 der Richtlinie dahin auszulegen ist, dass ein Zeichen, das als solches nicht visuell wahrnehmbar ist, als Marke eintragungsfähig ist.

### *Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen*

- 26 Der Kläger macht geltend, Artikel 2 der Richtlinie schließe die Eintragung einer Riechmarke grundsätzlich nicht aus. Eine derartige Marke falle genauso unter diese Bestimmung wie Hörmarken, Farben, Hologramme und andere „nicht klassische“ Marken.
- 27 Der Begriff „grafisch darstellen“ sei als „darstellen oder aber elektronisch darstellen oder in anderer Weise hinterlegen“ zu verstehen. Die chemische Strukturformel sollte stets neben einer Beschreibung oder Hinterlegung beim DPMA eingereicht werden. Außerdem könne die im Ausgangsverfahren streitige Marke in üblichen Mengen bei örtlichen Lieferanten für Labore oder zum Teil direkt

über Hersteller und Vertreiber von organischen Feinchemikalien bezogen werden. Durch die Kenntnis der chemischen Bezeichnung, die veröffentlicht werden sollte, seien Dritte nach dem Kauf dieser Chemikalie unabhängig von der Hinterlegung der Probe und einer Veröffentlichung der olfaktorischen Beschreibung der Marke in der Lage, sich einen genauen und objektiven Eindruck von ihr zu machen und sie gegebenenfalls auch mit anderen Geruchskennzeichnungen zu vergleichen.

- 28 Die österreichische Regierung ist der Ansicht, dass sich der Schutzbereich eingetragener Marken aus dem Registerstand ergebe, der es der Öffentlichkeit erlaube, sich über Ausschlussrechte Dritter zu informieren. Der visuellen Wahrnehmbarkeit eingetragener Marken über die Einsichtnahme in das Markenregister komme erhebliche Bedeutung zu. Nach langjähriger Praxis des Österreichischen Patentamts seien nicht nur unmittelbar grafisch darstellbare Zeichen, also zweidimensionale Marken, dem Markenschutz zugänglich, sondern auch dreidimensionale Marken, wobei diese im Registrierungsverfahren als solche zu kennzeichnen seien.
- 29 Das Ausmaß der mit einer grafischen Darstellung zu erlangenden Bestimmtheit derartiger Zeichen lasse eine differenzierte Betrachtung von Klang- oder Hörzeichen und Geruchs- oder Riechzeichen geboten erscheinen. Klangzeichen könnten mit einem verhältnismäßig hohen Grad an Bestimmtheit des Schutzgegenstands grafisch wiedergegeben werden. Mit Geruchszeichen verhalte es sich jedoch anders.
- 30 Die Regierung des Vereinigten Königreichs trägt vor, es sei anerkannt, dass das System der Marken Klarheit und Eindeutigkeit bei der Festlegung einer Marke in öffentlichen Registern voraussetze, wenn es funktionieren solle. In der Richtlinie finde sich keine Einschränkung hinsichtlich der Art, in der eine Marke grafisch

dargestellt werden könne; es reiche aus, dass die einzutragende Marke im Register in einer Form dargestellt werden könne, die ihre Identifikation ermögliche und klar und eindeutig genug sei, um den Benutzer des Markenregisters in die Lage zu versetzen, aus diesem genau zu erkennen, welches Zeichen eingetragen sei.

- 31 Die Darstellung im Markenregister müsse folgende Voraussetzungen erfüllen: Zunächst müsse es sich um eine Darstellung des fraglichen Zeichens handeln, die in sich hinreichend abgeschlossen sei. Sodann müsse sie an die Stelle des vom Anmelder verwendeten oder vorgeschlagenen Zeichens treten können, da sie allein dieses Zeichen klar und eindeutig darstelle. Schließlich müsse sie für diejenigen, die das Register einsähen, verständlich sein. Grundsätzlich spreche nichts dagegen, dass sich eine Geruchsmarke im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie grafisch darstellen lasse.
- 32 Die Kommission führt aus, nach dem Wortlaut von Artikel 2 der Richtlinie, der eine nicht erschöpfende Aufzählung markenfähiger Zeichen enthalte, sei es nicht ausgeschlossen, dass auch Zeichen — wie z. B. Geruchszeichen —, die zwar selbst nicht visuell wahrnehmbar seien, die aber durch eine grafische Darstellung sichtbar gemacht werden könnten, Marken seien.
- 33 Allerdings sei ein Zeichen nur dann als Marke eintragungsfähig, wenn der Gegenstand der Anmeldung klar und eindeutig bestimmbar sei. Zweck der grafischen Darstellung sei es nämlich, ein klares, eindeutiges und objektives Abbild der Marke zu geben. Dies sei insbesondere in einem Rechtssystem von Bedeutung, in dem das Markenrecht durch die Anmeldung und die Eintragung in ein öffentliches Register erworben werde. In einem solchen System müsse die vollständige grafische Darstellung der Marke daher durch das Register selbst gewährleistet werden, damit der genaue Umfang des auf der Eintragung beruhenden Schutzes feststehe und insbesondere die Abgrenzung der durch die Marke verliehenen Rechte von denen, die sich aus anderen hinterlegten Marken ergäben, vorgenommen werden könne.

*Würdigung durch den Gerichtshof*

- 34 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass mit dem durch die Marke gewährten Schutz, wie es in der zehnten Begründungserwägung der Richtlinie heißt, insbesondere deren Herkunftsfunktion gewährleistet werden soll.
- 35 Auch aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes geht hervor, dass die Hauptfunktion der Marke darin besteht, dem Verbraucher oder dem Endabnehmer die Ursprungsidentität der durch die Marke gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung zu garantieren, indem sie ihm ermöglicht, diese Ware oder Dienstleistung ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden; damit die Marke ihre Aufgabe als wesentlicher Bestandteil des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs, das der Vertrag errichten will, erfüllen kann, muss sie die Gewähr bieten, dass alle Waren oder Dienstleistungen, die sie kennzeichnet, unter der Kontrolle eines einzigen Unternehmens hergestellt oder erbracht worden sind, das für ihre Qualität verantwortlich gemacht werden kann (u. a. Urteile vom 11. November 1997 in der Rechtssache C-349/95, *Loendersloot*, Slg. 1997, I-6227, Randnrn. 22 und 24, vom 29. September 1998 in der Rechtssache C-39/97, *Canon*, Slg. 1998, I-5507, Randnr. 28, und *Philips*, Randnr. 30).
- 36 Die Richtlinie hat, wie aus ihrer ersten und ihrer siebten Begründungserwägung hervorgeht, zum Zweck, die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die derzeit für die Marken gelten, anzugleichen und den Erwerb und die Aufrechterhaltung einer eingetragenen Marke in allen Mitgliedstaaten den gleichen Bedingungen zu unterwerfen, um Unterschiede zwischen den betreffenden Rechtsvorschriften zu beseitigen, durch die der freie Warenverkehr und der freie Dienstleistungsverkehr behindert und die Wettbewerbsbedingungen im Gemeinsamen Markt verfälscht werden können.
- 37 Das System der Eintragung der Marken stellt ein wesentliches Element ihres Schutzes dar, das sowohl in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht als auch hinsichtlich der verschiedenen nationalen Rechte zur Rechtssicherheit und zur ordnungsgemäßen Verwaltung beiträgt.

- 38 Insofern ist zunächst festzustellen, dass die Marke, worauf die vierte Begründungserwägung der Richtlinie hinweist, zum einen durch Hinterlegung und Eintragung und zum anderen durch Benutzung erworben wird. Gemäß ihrem Artikel 1 ist die Richtlinie jedoch nur auf Marken anwendbar, die in einem Mitgliedstaat oder beim Benelux-Markenamt eingetragen oder angemeldet oder mit Wirkung für einen Mitgliedstaat international registriert worden sind. Im Übrigen kann nach der sechsten Begründungserwägung der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) das Recht aus der Gemeinschaftsmarke nur durch Eintragung erworben werden.
- 39 Sodann können nach Artikel 2 der Richtlinie alle Zeichen Marken sein, sofern sie sich grafisch darstellen lassen und geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.
- 40 Außerdem bestimmt Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie, dass diejenigen Zeichen von der Eintragung ausgeschlossen sind oder im Falle der Eintragung der Ungültigerklärung unterliegen, die nicht als Marke eintragungsfähig sind.
- 41 Schließlich gewährt die eingetragene Marke gemäß Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht. Der genaue Umfang dieses Rechts wird durch die Eintragung selbst garantiert.
- 42 Unter Berücksichtigung von alledem ist zu prüfen, ob Artikel 2 der Richtlinie dahin auszulegen ist, dass ein Zeichen, das als solches nicht visuell wahrnehmbar ist, als Marke eintragungsfähig ist.

- 43 Mit Artikel 2 der Richtlinie soll festgelegt werden, welche Arten von Zeichen Marken sein können. Nach dieser Bestimmung können „insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen und die Form oder Aufmachung der Ware...“ Marken sein. Sie erwähnt also nur Zeichen, die visuell wahrnehmbar sind, seien sie zwei- oder dreidimensional, und die daher mit Hilfe geschriebener Buchstaben oder anderer Schriftzeichen oder aber einer Abbildung dargestellt werden können.
- 44 Wie aber aus dem Wortlaut sowohl des Artikels 2 der Richtlinie als auch aus deren siebter Begründungserwägung hervorgeht, die eine „Beispielliste“ der Zeichen vorsieht, die eine Marke sein können, ist diese Aufzählung nicht abschließend. Daher erwähnt die betreffende Bestimmung zwar keine Zeichen, die, wie etwa Gerüche, nicht von sich aus visuell wahrnehmbar sind, schließt sie aber nicht ausdrücklich aus.
- 45 Deshalb ist Artikel 2 der Richtlinie dahin auszulegen, dass ein Zeichen, das als solches nicht visuell wahrnehmbar ist, eine Marke sein kann, sofern es grafisch dargestellt werden kann.
- 46 Diese grafische Darstellung muss es ermöglichen, das Zeichen insbesondere mit Hilfe von Figuren, Linien oder Schriftzeichen sichtbar so wiederzugeben, dass es genau identifiziert werden kann.
- 47 Diese Auslegung ist geboten, um die Funktionsfähigkeit des Systems der Eintragung der Marken zu gewährleisten.

- 48 Zunächst hat das Erfordernis der grafischen Darstellung insbesondere den Zweck, die Marke selbst festzulegen, um den genauen Gegenstand des Schutzes zu bestimmen, den die eingetragene Marke ihrem Inhaber gewährt.
- 49 Sodann soll die Marke durch ihre Eintragung in ein öffentliches Register den zuständigen Behörden und der Öffentlichkeit, insbesondere den Wirtschaftsteilnehmern, zugänglich gemacht werden.
- 50 Zum einen müssen die zuständigen Behörden klar und eindeutig die Ausgestaltung der Zeichen erkennen können, aus denen eine Marke besteht, damit sie in der Lage sind, ihren Verpflichtungen in Bezug auf die Vorprüfung der Markenmeldungen sowie auf die Veröffentlichung und den Fortbestand eines zweckdienlichen und genauen Markenregisters nachzukommen.
- 51 Zum anderen müssen die Wirtschaftsteilnehmer klar und eindeutig in Erfahrung bringen können, welche Eintragungen oder Anmeldungen ihre gegenwärtigen oder potenziellen Wettbewerber veranlasst haben, und auf diese Weise einschlägige Informationen über die Rechte Dritter erlangen können.
- 52 Damit die Benutzer des Markenregisters aufgrund der Eintragung einer Marke deren genaue Ausgestaltung bestimmen können, muss die grafische Darstellung der Marke im Register in sich abgeschlossen, leicht zugänglich und verständlich sein.

- 53 Ferner erfüllt ein Zeichen seine Rolle als eingetragene Marke nur dann, wenn es außerdem Gegenstand einer ständigen und sicheren Wahrnehmung sein kann, die die Herkunftsfunktion dieser Marke gewährleistet. Im Hinblick auf die Dauer der Eintragung einer Marke und die Tatsache, dass die Eintragung nach der Richtlinie um mehr oder weniger lange Zeiträume verlängert werden kann, muss die Darstellung dauerhaft sein.
- 54 Schließlich soll mit der Darstellung gerade jedes subjektive Element im Prozess der Identifizierung und Wahrnehmung des Zeichens ausgeschlossen werden. Folglich muss das Mittel der grafischen Darstellung unzweideutig und objektiv sein.
- 55 Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass Artikel 2 der Richtlinie dahin auszulegen ist, dass ein Zeichen, das als solches nicht visuell wahrnehmbar ist, eine Marke sein kann, sofern es insbesondere mit Hilfe von Figuren, Linien oder Schriftzeichen grafisch dargestellt werden kann und die Darstellung klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv ist.

### Zur zweiten Frage

- 56 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Artikel 2 der Richtlinie dahin auszulegen ist, dass bei einem Riechzeichen wie dem im Ausgangsverfahren streitigen den Anforderungen an die grafische Darstellung durch eine chemische Formel, eine Beschreibung in Worten, die Hinterlegung einer Probe des Geruchs oder die Kombination dieser Elemente genügt wird.

*Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen*

- 57 Der Kläger befürwortet eine weite Auslegung des Begriffes der grafischen Darstellung im Sinne der Richtlinie. Im Rahmen der systematischen Auslegung und der Praxis der Markenämter sei der Begriff „grafisch darstellen“ als „darstellen oder aber elektronisch darstellen oder in anderer Weise hinterlegen“ zu verstehen.
- 58 Zur Wiedergabe des Geruchs durch eine chemische Formel erklärt der Kläger, während anhand der chemischen Summenformel, hier  $C_{10}H_{10}O_2$ , keine Aussage darüber gemacht werden könne, wie die einzelnen Atome der betreffenden Elemente genau miteinander verbunden seien, ermögliche es die chemische Strukturformel, hier  $C_6H_5-CH=CHCOOCH_3$ , eine chemische Reinsubstanz als solche eindeutig zu charakterisieren. Außerdem könne eine chemische Reinsubstanz, hier Methylcinnamat, durch ihre chemische Bezeichnung charakterisiert werden.
- 59 In Bezug auf die Wiedergabe des Geruchs durch eine Beschreibung weist der Kläger darauf hin, dass es in der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten bereits Geruchsmarken gebe und dass im Ausgangsverfahren der Riechmarke, die Gegenstand der Anmeldung gewesen sei, „ein balsamisch-fruchtiger Duft mit einem leichten Anklang an Zimt“ zugrunde liege, was der Klassifikation der Parfümindustrie in der Europäischen Union entspreche.
- 60 Was die Wiedergabe der zu schützenden Marke durch Hinterlegung einer Probe angeht, macht der Kläger geltend, wie er bereits in der Anmeldung dargelegt habe, könne die betreffende Marke bei örtlichen Lieferanten für Labore oder über Hersteller und Vertreiber von organischen Feinchemikalien bezogen werden.

- 61 Schließlich schlägt der Kläger in Bezug auf die Kombination der Wiedergabesurrogate vor, für die Anmeldung einer Geruchsmarke auf der Basis eines chemischen Reinstoffes wie im vorliegenden Fall sollte die Charakterisierung durch die Wiedergabe der genauen chemischen Bezeichnung unter Angabe einer Kontaktadresse, unter der der Geruch bezogen werden könne, gegebenenfalls ergänzt durch die Strukturformel des Geruchs, sowie durch eine Hinterlegung, z. B. beim prüfenden Markenamt, gegebenenfalls in Kombination mit einer verbalen Beschreibung, erfolgen.
- 62 Die österreichische Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs sowie die Kommission sind der Ansicht, beim gegenwärtigen Stand der wissenschaftlichen Entwicklungen sei die einheitliche grafische Darstellung von Gerüchen mit erheblichen Problemen verbunden.
- 63 Die bloße Angabe der chemischen Formel zur grafischen Darstellung eines Geruchs sei aufgrund verschiedener Faktoren, die den jeweils tatsächlich wahrnehmbaren Geruch beeinflussten, wie etwa die Konzentration und die Menge, die Temperatur oder das Trägermaterial des Geruchsstoffs, nicht geeignet, einen Geruch mit Bestimmtheit zu konkretisieren. Diese Aspekte stünden außerdem der Wiedergabe von Gerüchen aufgrund von Geruchsproben entgegen.
- 64 Die Regierung des Vereinigten Königreichs macht insbesondere geltend, die chemische Formel stelle nicht den Geruch der Chemikalie selbst dar. Nur wenige Menschen würden beim Lesen der chemischen Formel verstehen, welches Produkt dadurch dargestellt werde, und selbst wenn sie die Formel verstünden, sei die Wahrscheinlichkeit groß, dass sie sich den Geruch des Produkts nicht vorstellen könnten. Die Ausgestaltung des Zeichens aus mehreren chemischen Formeln zu ermitteln, würde außerdem diejenigen, die das Register einsähen, unangemessen belasten.

- 65 Zu der Möglichkeit, einen Geruch in Worten zu beschreiben, führt die Kommission aus, eine solche Beschreibung sei mit subjektiven Faktoren behaftet und könne subjektiv, d. h. je nach Adressat unterschiedlich, verstanden werden.
- 66 Die Regierung des Vereinigten Königreichs hält es für möglich, dass ein Geruch durch eine Beschreibung in Worten im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie grafisch dargestellt werden kann. Die Umstände, unter denen eine solche Darstellung akzeptiert werden könne, träfen jedoch wahrscheinlich selten zusammen, vor allem weil es schwierig wäre, eine solche Beschreibung so klar und eindeutig zu formulieren, dass sie das fragliche Zeichen darstellen würde.
- 67 Zur Hinterlegung einer Geruchsprobe erklären die österreichische Regierung und die Kommission, dass ein Geruch mit der Zeit Veränderungen aufgrund der Flüchtigkeit oder anderer Phänomene unterworfen sei und eine Hinterlegung daher keinen dauerhaften Geruchseindruck erzeugen könne, der als grafische Darstellung angesehen werden könnte.
- 68 Die Regierung des Vereinigten Königreichs fügt hinzu, wollte man diese Form der Darstellung in den Markenregistern der Mitgliedstaaten und des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) zulassen, so wären erhebliche Änderungen dieser Register sowie der Eintragungssysteme der Mitgliedstaaten und des Amtes erforderlich. Außerdem hätte dies eine Einschränkung des Zugangs zur Folge, den das bestehende System öffentlicher Register garantiere.

*Würdigung durch den Gerichtshof*

- 69 Was eine chemische Formel angeht, so würden, wie die Regierung des Vereinigten Königreichs zu Recht bemerkt hat, nur wenige in einer solchen Formel den

fraglichen Geruch wiedererkennen. Eine solche Formel ist nicht verständlich genug. Außerdem gibt eine chemische Formel, wie die genannte Regierung und die Kommission erklärt haben, nicht den Geruch einer Substanz, sondern die Substanz selbst wieder, und es fehlt ihr auch an der nötigen Klarheit und Eindeutigkeit. Sie ist daher keine Darstellung im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie.

- 70 Bei der Beschreibung eines Geruchs handelt es sich zwar um eine grafische Darstellung. Sie ist aber nicht klar, eindeutig und objektiv genug.
- 71 Die Hinterlegung einer Geruchsprobe stellt keine grafische Darstellung im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie dar. Außerdem fehlt einer Geruchsprobe die nötige Stabilität oder Dauerhaftigkeit.
- 72 Wenn bei einem Riechzeichen weder eine chemische Formel noch eine Beschreibung in Worten, noch die Hinterlegung einer Geruchsprobe geeignet sind, als solche den Anforderungen an die grafische Darstellung zu genügen, kann auch deren Kombination diese Erfordernisse, insbesondere die der Klarheit und Eindeutigkeit, nicht erfüllen.
- 73 Nach alledem ist auf die zweite Frage zu antworten, dass bei einem Riechzeichen den Anforderungen an die grafische Darstellung weder durch eine chemische Formel noch durch eine Beschreibung in Worten, die Hinterlegung einer Probe des Geruchs oder die Kombination dieser Elemente genügt wird.

## Kosten

- 74 Die Auslagen der österreichischen Regierung, der Regierung des Vereinigten Königreichs und der Kommission, die Erklärungen vor dem Gerichtshof abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

## DER GERICHTSHOF

auf die ihm vom Bundespatentgericht mit Beschluss vom 14. April 2000 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. Artikel 2 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken ist dahin auszulegen, dass ein Zeichen, das als solches nicht visuell wahrnehmbar ist, eine Marke sein kann, sofern es insbesondere mit Hilfe von Figuren, Linien oder Schriftzeichen grafisch dargestellt werden kann und die Darstellung klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv ist.

2. Bei einem Riechzeichen wird den Anforderungen an die grafische Darstellung weder durch eine chemische Formel noch durch eine Beschreibung in Worten, die Hinterlegung einer Probe des Geruchs oder die Kombination dieser Elemente genügt.

Rodríguez Iglesias

Wathelet

Schintgen

Timmermans

Gulmann

Edward

La Pergola

Skouris

Macken

Colneric

Cunha Rodrigues

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 12. Dezember 2002.

Der Kanzler

Der Präsident

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias