

Wolf, Christian

**Research Report**

## Zur Eintragungsfähigkeit von Geruchs- und Hörmarken

EIKV-Schriftenreihe zum Wissens- und Wertemanagement, No. 9

**Provided in Cooperation with:**

European Institute for Knowledge & Value Management (EIKV), Hostert (Luxembourg)

*Suggested Citation:* Wolf, Christian (2016) : Zur Eintragungsfähigkeit von Geruchs- und Hörmarken, EIKV-Schriftenreihe zum Wissens- und Wertemanagement, No. 9, European Institute for Knowledge & Value Management (EIKV), Rameldange

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/130162>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

EIKV-Schriftenreihe zum  
Wissens- und Wertemanagement

Zur Eintragungsfähigkeit von Geruchs- und Hörmarken

Christian Wolf

## IMPRESSUM

EIKV-Schriftenreihe zum Wissens- und Wertemanagement

Herausgeber: André Reuter, Heiko Hansjosten, Thomas Gergen

© EIKV Luxemburg, 2016

European Institute for Knowledge & Value Management (EIKV)

c/o M. André REUTER - 27d ,rue du Scheid

L-6996 Rameldange - GD de Luxembourg

[info@eikv.org](mailto:info@eikv.org)

[www.eikv.org](http://www.eikv.org)

## Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung .....	1
2	Rechtsquellen des Markenrechts und materielle Voraussetzungen für die Eintragung einer Marke .....	3
2.1	Rechtsquellen.....	3
2.2	Begriff und Funktionen der Marke .....	4
2.3	Entstehung von Markenschutz durch Eintragung.....	4
2.4	Materielle Voraussetzungen für den Schutz von Marken durch Eintragung .....	5
2.4.1	Markenfähigkeit.....	5
2.4.1.1	Zeichen gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG .....	5
2.4.1.2	Abstrakte Unterscheidungseignung gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG.....	6
2.4.1.3	Graphische Darstellbarkeit als Erfordernis der Markenfähigkeit.....	7
2.4.2	Absolute Schutzhindernisse gemäß § 8 MarkenG .....	10
2.4.2.1	Konkrete Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ....	11
2.4.2.2	Sonstige absolute Schutzhindernisse gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2-10 MarkenG.....	12
2.4.3	Weitere Ausschlussgründe .....	12
3	Der Schutz von Hörmarken .....	12
3.1	Die Hörmarke .....	12
3.1.1	Begriff.....	12
3.1.2	Vorteile .....	13
3.1.3	Anwendungsmöglichkeiten .....	15
3.2	Markenfähigkeit von Hörmarken .....	16
3.2.1	Zeichen gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG .....	16
3.2.2	Abstrakte Unterscheidungseignung gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG .....	17
3.2.3	Graphische Darstellbarkeit gemäß § 8 Abs. 1 MarkenG .....	18
3.2.3.1	Notenzeichen bzw. Notensystem.....	18
3.2.3.2	Beschreibung in Worten oder durch Onomatopoeikum/Lautmalerei .	19
3.2.3.3	Sonagramm.....	20
3.2.3.4	Einreichung der klanglichen Wiedergabe auf Ton- bzw. Datenträger	20
3.2.3.5	Ausgewählte Entscheidungen.....	21
3.2.3.5.1	Die HABM-Entscheidung „Roar of a Lion“ .....	21
3.2.3.5.2	Das EuGH-Urteil „Shield Mark / Joost Kist“ .....	24
3.2.3.5.3	Die HABM-Entscheidung „HEXAL“ .....	27
3.2.3.5.4	Analyse und Würdigung der Entscheidungen .....	29

3.3	Absolute Schutzhindernisse gemäß § 8 MarkenG .....	35
3.3.1	Konkrete Unterscheidungskraft von Hörmarken.....	35
3.3.2	Weitere absolute Schutzhindernisse .....	36
3.4	Zwischenergebnis .....	36
3.5	Der Schutz von Hörmarken in anderen Rechtskreisen .....	37
4	Der Schutz von Geruchsmarken .....	37
4.1	Die Geruchsmarke .....	38
4.1.1	Begriff.....	38
4.1.2	Vorteile .....	38
4.1.3	Anwendungsmöglichkeiten .....	40
4.2	Markenfähigkeit von Geruchsmarken.....	40
4.2.1	Zeichen gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG .....	41
4.2.2	Abstrakte Unterscheidungseignung gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG .....	41
4.2.3	Graphische Darstellbarkeit gemäß § 8 Abs. 1 MarkenG .....	42
4.2.3.1	Wörtliche Beschreibung eines Duftes bzw. Geruchs .....	42
4.2.3.2	Chemische Formel .....	42
4.2.3.3	Hinterlegung von Geruchsproben .....	43
4.2.3.4	Ausgewählte Entscheidungen.....	43
4.2.3.4.1	Die HABM-Entscheidung „the smell of fresh-cut grass“ .....	44
4.2.3.4.2	Das EuGH-Urteil „Sieckmann“ .....	45
4.2.3.4.3	Analyse und Würdigung der Entscheidungen .....	46
4.3	Absolute Schutzhindernisse gemäß § 8 MarkenG .....	50
4.3.1	Konkrete Unterscheidungskraft von Geruchsmarken.....	50
4.3.2	Weitere absolute Schutzhindernisse .....	51
4.4	Zwischenergebnis .....	52
4.5	Der Schutz von Geruchsmarken in anderen Rechtskreisen .....	53
5	Soll es eintragungsfähige Hör- und Geruchsmarken geben? .....	54
5.1	Zusammenfassung.....	54
5.2	Fazit.....	55
5.3	Ausblick.....	56
	Literaturverzeichnis.....	58

## 1 Einleitung

Die Bedeutung von Marken im Wirtschaftsleben der globalisierten Informationsgesellschaft kann kaum überschätzt werden. Marken gehören zu den unverzichtbaren Instrumenten des Marketings und der Kommunikation zwischen Unternehmen und ihren Kunden.

Die enorme Bedeutung von Marken verdeutlicht schon ein Blick auf die Zahl der derzeit beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) und beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (HABM) eingetragenen Marken. Aktuell sind beim DPMA mehr als 790.000 Marken eingetragen. Beim HABM beträgt der Eintragungsstand mehr als 830.000 Marken.<sup>1</sup> Und jedes Jahr kommen mehrere Tausend eingetragene Marken hinzu.<sup>2</sup>

Viele dieser Marken, bei denen es sich vornehmlich um klassische Wort- und Bildmarken handelt, werden aktiv beworben. Mittlerweile ist jedoch eine Reizüberflutung insbesondere visueller Natur zu beobachten, die dazu führt, dass viele Marken durch die Verbraucher nicht mehr oder nur noch eingeschränkt wahrgenommen werden. In der Folge fällt es den Werbenden bzw. Markenverwendern zunehmend schwer, ihre Botschaften erfolgreich bei den Verbrauchern zu platzieren.

Um dieser Entwicklung zu begegnen, treten neue, innovative Markenformen in den Fokus der Unternehmen, die bislang vernachlässigte menschliche Sinne in ihre Marketingstrategien einbinden und zur Produktidentifikation einsetzen. Zu diesen innovativen Markenformen zählen insbesondere die Geruchs- und Hörmarken.

Da die Entwicklung neuer Marken und ihre Etablierung am Markt häufig mit hohem finanziellen Aufwand verbunden ist, haben Unternehmen ein Interesse an einem wirksamen rechtlichen Schutz ihrer Marken. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob es neben den traditionellen Markenformen eintragungsfähige Geruchs- und Hörmarken geben soll.

Zur Beantwortung dieser Frage wird in der vorliegenden Arbeit einerseits dargestellt, welche Vorteile die Nutzung von Geruchs- und Hörmarken gegenüber der Nutzung traditioneller Markenformen bietet und welche Anwendungsmöglichkei-

---

<sup>1</sup> Siehe etwa <http://www.markenfacts.de/classic/Status.aspx> (letzter Abruf: 03. Oktober 2014).

<sup>2</sup> DPMA Jahresbericht 2013 (Abrufbar unter: <http://presse.dpma.de/docs/pdf/dpma-jahresbericht2013.pdf> - letzter Abruf 03. Oktober 2014).

ten bestehen. Der Schwerpunkt der Arbeit wird aber auf die Beantwortung der Frage gelegt, ob Geruchs- und Hörmarken grundsätzlich die materiellrechtlichen Voraussetzungen für einen Schutz durch Eintragung in das Markenregister erfüllen können.

Einleitend werden hierzu in Kapitel 2 die Rechtsquellen des Markenrechts sowie die für die nachfolgende Untersuchung relevanten materiellen Voraussetzungen für die Eintragung einer Marke zunächst allgemein, noch ohne direkten Bezug zu Geruchs- und Hörmarken dargestellt.

In den beiden folgenden Kapiteln erfolgt dann jeweils eine nähere Untersuchung der Hörmarke (Kapitel 3) und der Geruchsmarke (Kapitel 4) nach demselben Muster. Zunächst werden der Begriff der Hör- bzw. Geruchsmarke sowie mögliche Vorteile und Anwendungsmöglichkeiten für den Markennutzer beleuchtet. Anschließend wird untersucht, ob Hör- und Geruchsmarken grundsätzlich geeignet sein können, die materiellrechtlichen Voraussetzungen für einen Markenschutz durch Eintragung zu erfüllen.

Dem Thema und dem vorgegebenen Umfang der Arbeit entsprechend kann dabei keine detaillierte Untersuchung sämtlicher Erfordernisse der Eintragungsfähigkeit erfolgen. Vielmehr wird der Schwerpunkt auf den umstrittensten Aspekt der Eintragungsfähigkeit von Hör- und Geruchsmarken, die Frage nach der Art ihrer graphischen Darstellung gemäß § 8 Abs. 1 MarkenG, gelegt. Zu diesem Zweck werden ausgewählte Darstellungsarten erörtert, die in den vergangenen Jahren Gegenstand der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung waren. Dies geschieht insbesondere anhand ausgewählter Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) und des HABM, die sich mit der Frage der Zulässigkeit der beschriebenen Darstellungsarten befassen, gefolgt von einer Analyse und Würdigung der Entscheidungen durch den Verfasser der vorliegenden Arbeit.

Am Ende von Kapitel 3 und 4 erfolgt jeweils zum Vergleich eine kurze Übersicht über den Schutz von Hör- und Geruchsmarken in anderen Rechtskreisen.

Im abschließenden Kapitel 5 werden die Ergebnisse der Arbeit zusammengefasst, ein Fazit unter Beantwortung der Ausgangsfrage gezogen und ein Ausblick gegeben.

## 2 Rechtsquellen des Markenrechts und materielle Voraussetzungen für die Eintragung einer Marke

Im Folgenden werden zunächst die Rechtsquellen des Markenrechts dargestellt. Im Anschluss werden Begriff und Funktionen von Marken sowie die materiellen Voraussetzungen für die Entstehung des Markenschutzes durch Eintragung zunächst allgemein erläutert.

### 2.1 Rechtsquellen

Die wichtigsten Rechtsquellen des in Deutschland geltenden Markenrechts sind das deutsche Markengesetz (MarkenG), die europäische Markenrechtsrichtlinie (MRRL)<sup>3</sup> und die europäische Gemeinschaftsmarkenverordnung (GMV)<sup>4</sup>. Ergänzend zu den Bestimmungen des MarkenG ist das Verfahren in Markenangelegenheiten vor dem DPMA in der Verordnung zur Ausführung des Markengesetzes (MarkenV) geregelt.

Neben den Entscheidungen deutscher Gerichte, insbesondere des Bundespatentgerichts (BPatG), haben die Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH große Bedeutung für das in Deutschland geltende Markenrecht.

Die MRRL und die GMV sind bei der Auslegung des insgesamt in Deutschland geltenden Markenrechts heranzuziehen. Zwar wurde mit der Gemeinschaftsmarke ein eigenes Rechtsinstitut geschaffen, das die nationalen Marken nicht ersetzt, sondern ergänzt und es ermöglicht, Markenschutz für die gesamte EU zu erwirken. Jedoch entsprechen die GMV wie auch die nationalen Markengesetze den Vorgaben der MRRL, weshalb die Auslegung auch der GMV mittelbare Auswirkungen auf die nationalen markenrechtlichen Regelungen hat.<sup>5</sup>

Dementsprechend müssen bei der Auslegung des deutschen Markenrechts auch die Entscheidungen des HABM, das u. a. für die Eintragung der Gemeinschaftsmarke zuständig ist, eine Rolle spielen. Dafür spricht auch, dass bereits die erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken in ihrem siebten Erwägungsgrund forderte, dass für den Erwerb und die Aufrechterhaltung von eingetragenen Marken *„in allen Mitgliedstaaten grundsätzlich gleiche Bedingungen*

---

<sup>3</sup> Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22. Oktober 2008, Abl. EU L 299/25.

<sup>4</sup> Verordnung 2009/207/EG des Rates v. 26. Februar 2009, Abl. EU L 78/1.

<sup>5</sup> Fezer, WRP 1998, 1 (3).



gelten“ sollen. Nimmt man diese Forderung nach harmonisierten Beurteilungsgrundsätzen ernst, so folgt hieraus, dass die Entscheidungen des HABM auch bei der Auslegung nationalen Rechts Berücksichtigung finden müssen.<sup>6</sup>

## 2.2 Begriff und Funktionen der Marke

Der Begriff der Marke ist weder für das europäische noch für das deutsche Recht legaldefiniert.<sup>7</sup> Marken dienen der Unterscheidung bzw. Individualisierung von Produkten und Dienstleistungen. Eine Marke ist „ein Kennzeichen, das von einem Rechtssubjekt benutzt wird, um seine Waren oder Dienstleistungen von den Waren oder Dienstleistungen anderer Unternehmer zu unterscheiden.“<sup>8</sup> Die Marke ist also ein „produktidentifizierendes Unterscheidungszeichen.“<sup>9</sup>

Aus der „Unterscheidungsfunktion“ als Grundfunktion ergeben sich weitere Funktionen der Marke. So hat eine Marke die Funktion, auf die betriebliche Herkunftsstätte eines Produktes oder einer Dienstleistung hinzuweisen.<sup>10</sup> Diese „Herkunftsfunktion“ ist die klassische Funktion bzw. die „Hauptfunktion“ einer Marke und spielt für ihre Eintragungsfähigkeit eine maßgebliche Rolle.

Darüber hinaus sind im Rahmen der sog. Multifunktionslehre weitere Markenfunktionen anerkannt. So wird der Marke etwa eine Identifizierungsfunktion und eine Kommunikations- und Werbefunktion zugesprochen.<sup>11</sup>

## 2.3 Entstehung von Markenschutz durch Eintragung

Gemäß § 4 Nr. 1 MarkenG entsteht der Schutz einer Marke durch Eintragung in das beim DPMA geführte Register. Die Eintragung hat konstitutive und nicht lediglich deklaratorische Wirkung. Der eigentliche Markenschutz – das Markenrecht als Ausschließlichkeitsrecht - entsteht erst mit der Eintragung in das Register.<sup>12</sup>

---

<sup>6</sup> Kutscha, S. 242 f.

<sup>7</sup> Fezer, WRP 2000, 1 (1); Fezer, in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 9.

<sup>8</sup> Eisenmann/Jautz, S. 105.

<sup>9</sup> Eisenmann/Jautz, S. 105; Fezer, WRP 2000, 1 (2).

<sup>10</sup> Eisenmann/Jautz, S. 105 f.

<sup>11</sup> Eisenmann/Jautz, S. 106.

<sup>12</sup> Fezer, in: Fezer, Komm., § 4 Rn. 16.

## 2.4 Materielle Voraussetzungen für den Schutz von Marken durch Eintragung

Damit eine Marke eingetragen werden kann, müssen die in § 37 MarkenG genannten materiellen Voraussetzungen vorliegen. Zunächst muss es sich um ein markenfähiges Zeichen gemäß § 3 MarkenG handeln. Weiter dürfen keine absoluten Schutzhindernisse gemäß § 8 MarkenG vorliegen. Weiteres Eintragungshindernis gemäß § 10 MarkenG ist das Bestehen einer notorisch bekannten Marke mit älterem Zeitrang. Der Themenstellung gemäß wird dieses spezielle Schutzhindernis, welches einer Einzelfallprüfung bedarf, nicht weiter vertieft.

### 2.4.1 Markenfähigkeit

Markenfähigkeit ist die Fähigkeit eines Zeichens, Marke im Rechtssinne zu sein.<sup>13</sup> Die Markenfähigkeit hat folgende rechtliche Voraussetzungen:

#### 2.4.1.1 Zeichen gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG

Zunächst muss ein Zeichen vorliegen. Das MarkenG enthält keine Definition des Zeichens. § 3 Abs. 1 MarkenG spricht betont offen davon, dass als Marke „*alle Zeichen*“ geschützt werden können und enthält ansonsten eine beispielhafte Aufzählung schutzfähiger Zeichen. Gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG sind danach insbesondere „*Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, dreidimensionale Gestaltungen [...] sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen*“ schutzfähig. Dieses sehr weite Verständnis des Begriffs des Zeichens führt dazu, dass letztlich alle der sinnlichen Wahrnehmung des Menschen zugänglichen Erscheinungsformen grundsätzlich als Zeichen in Betracht kommen.<sup>14</sup> Auch ein Zeichen, das für Menschen nur mit Hilfsmitteln wahrnehmbar ist, kann grundsätzlich Zeichen sein.<sup>15</sup>

Damit vom Vorliegen eines Zeichens im Sinne der Norm gesprochen werden kann, muss jedoch eine ausreichende Selbständigkeit des Zeichens gegeben sein.<sup>16</sup> Ein sinnlich wahrnehmbares Zeichen, das eine Information insbesondere

---

<sup>13</sup> Fezer, in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 316.

<sup>14</sup> Hacker, in: Ströbele/Hacker, § 3 Rn. 3.

<sup>15</sup> Ingerl/Rohnke, in: Ingerl/Rohnke, § 3 Rn. 7.

<sup>16</sup> Hinsichtlich des umstrittenen Kriteriums der „Einheitlichkeit“ wird hier der Ansicht von Ingerl/Rohnke gefolgt, die dieses Erfordernis unter Hinweis auf das BPatG (Beschluss v. 31. März 2009, GRUR 2009, 1060) ablehnen und betonen, dass es nur darauf ankommt, ob der Verkehr die Kennzeichnung als geeignet ansieht, um die Herkunft der

über die betriebliche Herkunft von Waren und/oder Dienstleistungen übermittelt, unterscheidet sich schon begrifflich von den bezeichneten Waren oder Dienstleistungen, für welche es verwendet wird. Diese begriffliche Unterscheidbarkeit entspricht dem Begriff der „Selbständigkeit“, welcher bereits im Warenzeichengesetz (WZG) verwendet wurde.<sup>17</sup> In diesem Zusammenhang entschied auch der Bundesgerichtshof (BGH), dass ein Zeichen „*nicht physisch, aber doch gedanklich von der Ware abstrahierbar*“ sein muss.<sup>18</sup> Das Zeichen muss also über seine bloße Existenz hinaus einen geistigen Überschuss enthalten, der dem Zeichen durch den Markeninhaber beigelegt wurde. Findet sich eine geistige Abstrahierbarkeit dieser Art, kann ein Zeichen im Sinne von § 3 MarkenG vorliegen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Zeichen nicht Teil der Ware sein dürfte oder dass es sich in einem physikalischen Sinne von der bezeichneten Ware unterscheiden müsste.<sup>19</sup>

Weiter muss ein Zeichen eine ausreichende „Bestimmtheit“ aufweisen. Der EuGH hat in Bezug auf die dem § 3 Abs. 1 MarkenG entsprechende Vorschrift in Art. 2 MRRL klargestellt, dass nicht jede Markenmeldung notwendigerweise ein Zeichen ist. Vielmehr muss ein gewisses Maß an Bestimmtheit hinzukommen. Der Gegenstand einer Markenmeldung, der lediglich ein abstraktes Konzept darstellt, kann somit kein Zeichen im Sinne des Gesetzes sein.<sup>20</sup>

#### **2.4.1.2 Abstrakte Unterscheidungseignung gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG**

Gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG können als Marke „*alle Zeichen [...] geschützt werden, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.*“ Das Gesetz nimmt hier Bezug auf die Herkunftsfunktion der Marke (siehe Kapitel 2.2.) und fordert, dass

---

Waren oder Dienstleistungen aus einem bestimmten Betrieb zu kennzeichnen. Siehe hierzu *Ingerl/Rohnke*, § 3 Rn. 8. Der Vollständigkeit halber sei aber darauf hingewiesen, dass die Erfüllung dieses Kriteriums durch Hör- und Geruchszeichen in der einschlägigen Literatur nur in speziellen Einzelfällen als problematisch erachtet wird. Siehe etwa *Sessinghaus*, Diss., S. 21 f. und *Bahner*, S. 78 ff.

<sup>17</sup> *Ingerl/Rohnke*, in: *Ingerl/Rohnke*, § 3 Rn. 6.

<sup>18</sup> St. Rspr., BGH, Beschluss v. 20. November 2003, GRUR 2004, 503; BGH, Beschluss v. 24. Mai 2007, GRUR 2008, 71; BGH, Beschluss v. 05. Oktober 2006, GRUR 2007, 148.

<sup>19</sup> *Ingerl/Rohnke*, in: *Ingerl/Rohnke*, § 3 Rn. 6.

<sup>20</sup> EuGH, Urteil v. 25. Januar 2007, GRUR 2007, 231.

ein Zeichen die Eignung aufweist, Produkte als die eines bestimmten Unternehmens zu individualisieren.<sup>21</sup> Daraus ergibt sich, dass in § 3 Abs. 1 MarkenG lediglich die *abstrakte* Unterscheidungseignung gefordert wird. Diese ist nach h.L. sehr großzügig zu bestimmen.<sup>22</sup> Dementsprechend ist die abstrakte Unterscheidungseignung schon dann gegeben, wenn „*nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Zeichen für irgendeine denkbare Ware oder Dienstleistung als eine Marke kennzeichnende Funktion entfalten und damit als ein produktidentifizierendes und herkunftskennzeichnendes Unterscheidungsmittel dienen kann.*“<sup>23</sup> Folglich ist davon auszugehen, dass die abstrakte Unterscheidungseignung kaum je zu verneinen ist.<sup>24</sup> Ihr Vorliegen ist nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen.<sup>25</sup>

Scharf zu trennen ist die abstrakte Unterscheidungseignung von der *konkreten Unterscheidungskraft* gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, welche ein absolutes Schutzhindernis darstellt (siehe Kapitel 2.4.2.1.).

#### **2.4.1.3 Graphische Darstellbarkeit als Erfordernis der Markenfähigkeit**

Im europäischen Markenrecht ist das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit als ein Erfordernis der Markenfähigkeit (Art. 2 MRRL, Art. 4 GMV) vorgesehen. Hingegen ist das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit im deutschen MarkenG in § 8 Abs. 1 MarkenG, also innerhalb der Vorschrift über die absoluten Schutzhindernisse, niedergelegt. Grund hierfür ist laut *Fezer*, dass der deutsche Gesetzgeber davon ausging, dass die graphische Darstellbarkeit lediglich eine Voraussetzung für durch Eintragung entstehende Marken ist, nicht jedoch für Benutzungsmarken<sup>26</sup>. *Fezer* vertritt die Auffassung, dass trotz der abweichenden Regelungstechnik des MarkenG im Vergleich zu den entsprechenden europäischen Rechtsvorschriften das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit eines Zeichens auch nach dem MarkenG ein materiellrechtliches Kriterium der *Marken-*

---

<sup>21</sup> *Hacker*, in: Ströbele/Hacker, § 3 Rn. 5.

<sup>22</sup> Siehe etwa *Fezer*, in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 362 oder *Ingerl/Rohnke*, in: Ingerl/Rohnke, § 3 Rn. 10.

<sup>23</sup> *Fezer*, in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 362.

<sup>24</sup> *Ingerl/Rohnke*, in: Ingerl/Rohnke, § 3 Rn. 10.

<sup>25</sup> *Fezer*, in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 370.

<sup>26</sup> *Fezer*, in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 375.

*fähigkeit* darstellt.<sup>27</sup> Er weist darauf hin, dass von einem einheitlichen europäischen Markenbegriff auszugehen ist und somit auch im Sinne einer „*optimalen Rechtsvereinheitlichung*“ eine richtlinienkonforme Auslegung des MarkenG (siehe oben Kapitel 2.1.) gebietet, das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit für alle in § 4 MarkenG vorgesehenen Markenkategorien anzuwenden.<sup>28</sup> Dieser Ansicht wird in der vorliegenden Arbeit insoweit gefolgt, als das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit als Kriterium der Markenfähigkeit *von zur Eintragung angemeldeten Marken bzw. Registermarken* behandelt wird.

Nähere Aussagen über die Beschaffenheit der graphischen Darstellung finden sich weder im MarkenG noch in den entsprechenden europäischen Rechtsvorschriften. Unter graphischer Darstellung wird aber im Interesse einer zweckmäßigen Aktenführung und einer Veröffentlichung in Register und Markenblatt meist eine zweidimensionale Darstellung verstanden. Das Erfordernis dient somit einerseits dem Interesse des Markenamtes an einer praktikablen Verfahrensführung. Darüber hinaus ist eine graphische Darstellung aber auch im Interesse der Allgemeinheit geboten, denn durch die Niederlegung der Darstellung im Register wird die Unterrichtung der Allgemeinheit über die in Kraft stehenden Marken und ihren Schutzbereich sichergestellt.<sup>29</sup> Zweck der graphischen Darstellung ist also eine präzise Festlegung der Marke, um den genauen Gegenstand des dem Markeninhaber gewährten Schutzes bestimmen zu können.<sup>30</sup>

Das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit ist jedoch nicht dahingehend zu verstehen, dass es nur solche Marken erfüllen können, die sich *unmittelbar*, also etwa durch eine Abbildung oder Photographie graphisch darstellen lassen. Vielmehr ist auch eine *mittelbare* graphische Darstellung denkbar. Der EuGH hat in einer Entscheidung zur Auslegung von Art. 2 MRRL entschieden, dass „*ein Zeichen, das als solches nicht visuell wahrnehmbar ist, eine Marke sein kann, sofern*

---

<sup>27</sup> Fezer, in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 376. Grds. zustimmend hierzu Hacker, in: Ströbele/Hacker § 3 Rn. 17, § 8 Rn. 55 und Kutscha, S. 247 ff.; a. A. Ingerl/Rohnke, in: Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 5.

<sup>28</sup> Fezer, in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 379. Beachte das zwischenzeitlich ergangene Urteil des BGH zur Benutzungsmarke (BGH, Urteil v. 19. Februar 2009, GRUR 2009, 783), nach dem eine Benutzungsmarke nicht graphisch darstellbar sein muss.

<sup>29</sup> Ingerl/Rohnke, in: Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 93, die das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit jedoch nicht als Erfordernis der Markenfähigkeit, sondern als absolutes Schutzhindernis betrachten; Hacker, in: Ströbele/Hacker, § 3 Rn 17.

<sup>30</sup> Eisenmann/Jautz, S. 113.

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.“<sup>31</sup> Abgeleitet werden diese sieben Kriterien seitens des EuGH wiederum aus den Erfordernissen der Rechtssicherheit und den Anforderungen eines ordnungsgemäßen Verwaltungsverfahrens. Die Verwendung der „Insbesondere“-Formulierung zeigt, dass über die von dem EuGH beispielhaft aufgezählten Darstellungsmittel *Figuren, Linien und Schriftzeichen* hinaus noch zahlreiche weitere Darstellungsmittel und Kombinationen aus diesen denkbar sind.<sup>32</sup> Insofern ist der Begriff *graphisch* auch nicht so zu verstehen, dass nur geschriebene oder gezeichnete Darstellungen zulässig sind. Vielmehr ist grundsätzlich jedes graphische Instrument zur graphischen Darstellung eines Zeichens geeignet.<sup>33</sup>

Für die Zulässigkeit von *mittelbaren* Darstellungen spricht auch schon der Wortlaut des Gesetzes. Der deutsche Gesetzgeber hat die Hörzeichen ausdrücklich in die beispielhafte Aufzählung des § 3 Abs. 1 MarkenG aufgenommen. Es liegt aber auf der Hand, dass eine graphische Darstellung von Hörmarken in einem zweidimensionalen DPMA-Register stets nur mittelbar erfolgen kann.<sup>34</sup> Gleiches gilt für die ebenfalls in der beispielhaften Aufzählung des § 3 Abs. 1 MarkenG enthaltenen dreidimensionalen Gestaltungen, die in einem zweidimensionalen Register ebenfalls nur eine zweidimensionale, und damit mittelbare, Darstellung erfahren können.<sup>35</sup>

Das Kriterium der graphischen Darstellbarkeit und die hiermit verbundenen Anforderungen sind weiter nicht so zu verstehen, dass die in dem Register veröffentlichten graphischen Darstellungen für *jeden* verständlich sein müssen. Zwar steht die Einsicht in das Register gemäß § 62 Abs. 5 MarkenG (Art. 87 S. 2 GMV entsprechend) jeder Person frei. Jedoch wäre die Forderung, dass jeder die Markeneintragungen verstehen können muss, weder praktikabel noch realisierbar.<sup>36</sup> Durch die gesetzliche Berechtigung zur Einsichtnahme in das Register hat jeder

---

<sup>31</sup> EuGH, Urteil v. 12. Dezember 2002, GRUR 2003, 145 – „Sieckmann.“ Diese Kriterien wurden seitens der deutschen Rechtsprechung übernommen, siehe hierzu etwa BGH, Beschluss v. 05. Oktober 2006, GRUR 2007, 55 (56).

<sup>32</sup> Fezer, in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 384.

<sup>33</sup> Fezer, in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 384.

<sup>34</sup> Kutscha, S. 254.

<sup>35</sup> Kutscha, S. 154.

<sup>36</sup> Kutscha, S. 132.

die Möglichkeit, die zur Ermittlung der eingetragenen Marken notwendigen Informationen zu recherchieren. Ob der Einsichtnehmende den Inhalt des Registers aufgrund seiner Fähigkeiten und Kenntnisse verstehen kann, kann für die an den Inhalt des Registers anzulegenden Maßstäbe allenfalls eine geringe Rolle spielen.<sup>37</sup> Jedenfalls wird allgemein ein gewisser Aufwand zur Verständlichmachung der Marke als zumutbar angesehen.<sup>38</sup>

Die sieben durch den EuGH formulierten Kriterien „klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv“ sind als „Leitlinien“ zu verstehen, welche sich gegenseitig bedingen und teilweise auch überschneiden.<sup>39</sup>

Einzelheiten zur Art der graphischen Darstellung bei bestimmten Markenformen finden sich in §§ 9 ff. MarkenV.

#### **2.4.2 Absolute Schutzhindernisse gemäß § 8 MarkenG**

Damit eine Marke in das Register eingetragen werden kann, dürfen weiter keine absoluten Schutzhindernisse vorliegen. Die absoluten Schutzhindernisse sind (entsprechend Art. 3 MRRL und Art. 7 GMV) in § 8 MarkenG normiert und werden, anders als die relativen Schutzhindernisse gemäß § 9 MarkenG, vor einer Eintragung vom DPMA gemäß § 37 MarkenG (bzw. vom HABM gemäß Art. 37 GMV) von Amts wegen geprüft. Bei Vorliegen eines absoluten Schutzhindernisses ist die Marke von der Eintragung ausgeschlossen. Neben dem Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit, welches vom deutschen Gesetzgeber systemwidrig in § 8 Abs. 1 MarkenG verlagert<sup>40</sup> und bereits in Kapitel 2.4.1.3. erörtert wurde, sind die absoluten Schutzhindernisse in dem in § 8 Abs. 2 Nr. 1-10 MarkenG abschließend aufgeführten Katalog geregelt. Nur die in § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG aufgeführten Schutzhindernisse können gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG überwunden werden, wenn sich die Marke vor dem Zeitpunkt der Entscheidung über die Eintragung infolge ihrer Benutzung für die Waren und Dienstleistungen,

---

<sup>37</sup> Kutscha, S. 133.

<sup>38</sup> So etwa *Sessinghaus*, WRP 2002, 650 (659), der die Einsichtnahme in das öffentliche Markenregister mit der Einsicht in ein veröffentlichtes Gesetz vergleicht, bei der die Hinzuziehung eines Fachanwaltes zum vertieften Verständnis als zumutbar angesehen wird.

<sup>39</sup> Fezer, in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 394.

<sup>40</sup> Hacker, in: Ströbele/Hacker, § 3 Rn. 17.

für die sie angemeldet worden ist, in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt hat.

#### **2.4.2.1 Konkrete Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG**

Wichtigstes absolutes Schutzhindernis ist das Fehlen der konkreten Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Anders als die in Kapitel 2.4.1.2. dargestellte abstrakte Unterscheidungseignung muss die konkrete Unterscheidungskraft mit konkretem Bezug auf die jeweils im Einzelnen angemeldeten Waren bzw. Dienstleistungen festgestellt werden.<sup>41</sup> Das Erfordernis der konkreten Unterscheidungskraft ergibt sich einerseits aus dem Wortlaut des Gesetzes, das solche Marken von der Eintragung ausschließt, welchen *für die Waren und Dienstleistungen* jegliche Unterscheidungskraft fehlt. Andererseits ist es aber auch in sachlicher Hinsicht geboten, denn wenn eine Marke für verschiedene Waren- oder Dienstleistungsklassen angemeldet wurde, so ist möglich, dass ein Zeichen für eine angemeldete Klasse unterscheidungsfähig ist, für eine andere jedoch nicht und somit im Ergebnis auch nur für eine der angemeldeten Klassen Markenschutz gewährt werden kann.<sup>42</sup>

Gemäß dem Wortlaut von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG sind solche Marken ausgeschlossen, denen für die Waren- oder Dienstleistungen *jegliche* Unterscheidungskraft fehlt. Hieraus folgt, dass ein großzügiger Maßstab anzulegen ist. Dementsprechend haben auch der BGH<sup>43</sup> und der EuGH<sup>44</sup> in ständiger Rechtsprechung formuliert, dass jede noch so geringe Unterscheidungskraft zur Überwindung des Schutzhindernisses ausreicht.

Die konkrete Unterscheidungskraft für die angemeldeten Waren und Dienstleistungen besteht bereits, wenn sie dem Zeichen als Marke innewohnt und nicht erst, wenn sie im Verkehr benutzt und dem Verbraucher bekannt wird.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> Ingerl/Rohnke, in: Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 112.

<sup>42</sup> Ingerl/Rohnke, in: Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 112.

<sup>43</sup> St. Rspr., etwa BGH, Beschluss v. 24. Juni 1999, GRUR 1999, 1096; BGH, Beschluss v. 28. Juni 2001, GRUR 2002, 64; BGH, Beschluss v. 17. Mai 2001, GRUR 2001, 1043; BGH, Beschluss v. 01. März 2001, GRUR 2001, 1042.

<sup>44</sup> St. Rspr., etwa EuGH, Urteil v. 21. Januar 2010, GRUR 2010, 228; EuGH, Urteil v. 08. Mai 2008, GRUR 2008, 608; EuGH, Urteil v. 12. Februar 2004, GRUR 2004, 674.

<sup>45</sup> Fezer, in: Fezer, Komm., § 8 Rn. 25. Überzeugend für die Geltung einer „latenten Herkunftsfunktion“ etwa auch Isenberg, S. 65 ff. und Sessinghaus, Diss., S. 76 ff.



Ob ein Zeichen zur Unterscheidung der betrieblichen Herkunft von Waren oder Dienstleistungen dienen kann, bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung.<sup>46</sup>

#### **2.4.2.2 Sonstige absolute Schutzhindernisse gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2-10 MarkenG**

Die weiteren absoluten Schutzhindernisse gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2-10 MarkenG, wie etwa beschreibende Angaben oder Gattungsbezeichnungen, deren Vorliegen jeweils im Einzelnen zu prüfen ist, sind im Vergleich mit dem Schutzhindernis der konkreten Unterscheidungskraft von nachrangiger Bedeutung und sollen hier nicht im Einzelnen erläutert werden.

#### **2.4.3 Weitere Ausschlussgründe**

Auf weitere Gründe für den Ausschluss der Eintragung einer Marke (z.B. notorisch bekannte Marken gemäß § 10 MarkenG) wird hier gemäß der Themenstellung der vorliegenden Arbeit nicht weiter eingegangen. Das Vorliegen relativer Schutzhindernisse gemäß § 9 MarkenG, das nicht von Amts wegen geprüft wird, aber im Widerspruchsverfahren zur Markenlöschung führen kann, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen.

### **3 Der Schutz von Hörmarken**

Im Folgenden werden zunächst der Begriff der Hörmarke sowie mögliche Vorteile und Anwendungsmöglichkeiten erörtert. Sodann wird untersucht, ob und inwieweit Hörmarken grundsätzlich dazu geeignet sind, die wesentlichen materiellen Voraussetzungen einer Eintragung in das Markenregister zu erfüllen. Danach wird zum Vergleich ein kurzer Überblick über den Schutz von Hörmarken in anderen Rechtskreisen gegeben.

#### **3.1 Die Hörmarke**

Zunächst werden Begriff, Vorteile und Anwendungsmöglichkeiten von Hörmarken beleuchtet.

##### **3.1.1 Begriff**

Eine einheitliche Sprachregelung für Hörmarken gibt es weder in Deutschland noch international. Hörmarken werden zum Teil als „akustische Marken“, „auditi-

---

<sup>46</sup> Ingerl/Rohnke, in: Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 111.

ve Marken“, „Klangmarken“, „Tonmarken“<sup>47</sup>, „Soundlogos“<sup>48</sup> oder im Englischen als „sound trademarks“ oder „sound marks“<sup>49</sup> bezeichnet.

Das MarkenG spricht von Hörzeichen, die MarkenV verwendet den Begriff Hörmarke.<sup>50</sup> Eine Begriffsdefinition findet sich im deutschen Recht nicht.

Unter einer Hörmarke ist *"ein Waren- oder Dienstleistungskennzeichen zu verstehen, das aus akustisch wahrnehmbaren Signalen besteht. Bei diesen kann es sich um Töne, Klänge oder Geräusche auch in Form menschlicher Laute handeln."*<sup>51</sup>

Hörmarken sind als melodische oder amelodische bzw. nicht-melodische Marken denkbar. Melodische Hörmarken (oder „musikalische Hörmarken“) sind zu verstehen als Töne, Tonfolgen und Melodien. Ihr Gegenstand ist eine musikalische Phrase.<sup>52</sup> Amelodische Hörmarken sind Klänge oder Geräusche, Tierlaute und Stimmen.<sup>53</sup> Sie geben entweder natürliche Geräusche, wie Hundebellen oder Glockenläuten, oder künstliche bzw. synthetische, computeranimierte Geräusche wieder.<sup>54</sup> Zudem sind zahlreiche Mischformen von melodischen und amelodischen Hörmarken denkbar.<sup>55</sup>

### 3.1.2 Vorteile

Der Einsatz von Hörmarken bietet gegenüber dem Einsatz traditioneller Wort- und Bildmarken eine Reihe von Vorteilen:

Akustische Reize können dazu eingesetzt werden, starke emotionale Wirkungen bei den Empfängern auszulösen.<sup>56</sup> Beispielsweise kann das Hören von Musik bei den Empfängern unterschiedlichste, zum Teil starke Emotionen und Wirkungen

---

<sup>47</sup> Alle etwa Fezer, in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 590.

<sup>48</sup> Siehe etwa Pres, S. 43.

<sup>49</sup> Siehe [http://en.wikipedia.org/wiki/Sound\\_trademark](http://en.wikipedia.org/wiki/Sound_trademark) (letzter Abruf 03. Oktober 2014).

<sup>50</sup> Fezer, in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 590.

<sup>51</sup> Kortbein, S. 68.

<sup>52</sup> Fezer, in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 591 u. Rn. 595.

<sup>53</sup> Fezer, in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 591.

<sup>54</sup> Fezer, in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 595.

<sup>55</sup> Becker, WRP 2000, 56 (57).

<sup>56</sup> Ringe, S. 33.

hervorrufen und sie somit z.B. in festliche, traurige oder positiv-optimistische Stimmungen versetzen und zu einem entsprechenden Handeln verleiten.<sup>57</sup>

Durch die Tatsache, dass akustische Reize unmittelbar Gefühle auslösen, ist auch von einer erhöhten Aufnahmebereitschaft der Empfänger auszugehen, da so auch unbewusst das Interesse an der Wahrnehmung geweckt wird. Darüber hinaus ist für die Erfassung von Klängen und insbesondere Musik eine geringere Aufmerksamkeitszuwendung als z.B. zur Aufnahme eines vollständigen gesprochenen Satzes erforderlich. Weiter bedarf es auch einer zeitlich kürzeren Hinwendung.<sup>58</sup>

Von herausragender Wichtigkeit für den markenmäßigen Einsatz von akustischen Reizen ist weiter, dass der Empfänger sich ihnen nur schwer bis gar nicht entziehen kann.<sup>59</sup> Die auditive Wahrnehmung des Menschen kann nicht deaktiviert werden, ein physisches *Ausschalten* des Gehörs ist nicht möglich. Darum nimmt das Gehör auch bei ungerichteter Aufmerksamkeit akustische Signale wahr, die wiederum Gefühle auslösen, Stimmungen hervorrufen und das Handeln des Hörers beeinflussen.<sup>60</sup> Es liegt auf der Hand, dass sich hier z.B. für einen mit akustischen Reizen Werbenden ein großer Vorteil im Vergleich zur optisch aufgenommenen Werbung z.B. mit Bildern oder geschriebenen Worten ergibt. Bei dieser kann der Empfänger wegsehen oder die Augen schließen und somit die Wahrnehmung unterbrechen. Bei der Werbung mit akustischen Reizen bliebe dem Empfänger nichts anderes übrig, als sich die Ohren zuzuhalten. Dies würde die Wahrnehmung aber nur dann unterbrechen, wenn der akustische Reiz von entsprechend geringer Lautstärke wäre. Ab einer gewissen Lautstärke könnte der Empfänger sich der Wahrnehmung in keinem Fall mehr entziehen.<sup>61</sup> Ein Abbruch der auditiven Wahrnehmung könnte nur durch das Entfernen der Schallquelle oder durch das Abschalten des Mediums, welches den akustischen Reiz übermittelt hat, erreicht werden. Dies ist im privaten Bereich, etwa durch Abschaltung des Fernsehgerätes oder Ausschaltung des Lautsprechers am PC

---

<sup>57</sup> Kortbein, S. 21. Ringe verdeutlicht den Zusammenhang von Musik und Emotionen anhand des Beispiels des „Liedes vom traurigen Sonntag“, welches in den 1930er-Jahren angeblich zahlreiche Menschen zum Suizid bewegte, siehe Ringe, S. 12 u. 28.

<sup>58</sup> Kortbein, S. 24 f.

<sup>59</sup> Kortbein, S. 25.

<sup>60</sup> Ringe, S. 26.

<sup>61</sup> Kortbein, S. 25.

noch vorstellbar. In der Öffentlichkeit, z.B. beim Gang durch ein Geschäft bzw. ein Kaufhaus, kann der Empfänger die Wahrnehmung kaum unterbinden.<sup>62</sup>

Ein weiteres Merkmal von akustischen Reizen ist ihre Fähigkeit, Sprachgrenzen zu überwinden. Klassische Wortmarken sind in der Regel nur den Menschen verständlich, denen es möglich ist, die Sprache zu verstehen, in der die Worte verfasst wurden. Der Bedeutungsinhalt und die Aussprache einer Marke können in unterschiedlichen Sprachen stark variieren. Marken, die z.B. auf Musik oder Klängen basieren, sind in der Lage, diese Sprachgrenzen zu überwinden. Dies gilt umso mehr, als dass der Einsatz akustischer Reize unabhängig von Schriftzeichen ist, woraus sich für internationale bzw. grenzüberschreitende Aktivitäten großes Potential ergibt.<sup>63</sup>

### 3.1.3 Anwendungsmöglichkeiten

In der Praxis ergeben sich vielfache Anwendungsmöglichkeiten für Hörmarken. Für den Markenverwender wird es regelmäßig darum gehen, ein beim Verbraucher bzw. Kunden durch ein akustisches Signal hervorgerufenen (positives) Gefühl über seine Hörmarke mit seinem Produkt zu verknüpfen.

Klassisches Beispiel für die Verwendung von melodischen Hörmarken sind Werbejingles, die ein Unternehmen bzw. ein Produkt kennzeichnen. Kleine Musikstücke bzw. Melodien werden häufig eigens für Werbezwecke kreiert, so etwa für Yahoo oder die Deutsche Telekom.<sup>64</sup> Zunehmend werden aber auch umfangreichere Musikstücke, zum Teil als „*Brand songs*“ bezeichnet, für Zwecke der Werbung und zur Identifikation von Unternehmen und Produkten komponiert.<sup>65</sup> Darüber hinaus werden auch amelodische Hörmarken eingesetzt. Ein bekanntes Beispiel ist der „brüllende Löwe“ der akustisch auf die Metro-Goldwyn-Meyer (MGM) Filmstudios hinweist.

In den letzten Jahren ist die akustische Gestaltung von Internetangeboten und Telefonen bzw. Smartphones als Anwendungsgebiet der markenmäßigen Verwendung akustischer Reize zunehmend wichtiger geworden. In Zukunft wird aller Voraussicht nach das Audio-Branding als Teil der Corporate Identity von Unter-

---

<sup>62</sup> Kortbein, S. 25.

<sup>63</sup> Novak, S. 55 f.

<sup>64</sup> Pres, S. 44.

<sup>65</sup> Bronner, in: Bronner, S. 86 f.

nehmen, also ein „akustisches Gesamtkonzept von Unternehmen“, eine wachsende Rolle spielen.<sup>66</sup>

### 3.2 Markenfähigkeit von Hörmarken

Um markenfähig zu sein, müssten Hörmarken grundsätzlich Zeichen sein können, die abstrakte Unterscheidungseignung aufweisen und graphisch darstellbar sind.

#### 3.2.1 Zeichen gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG

Hörzeichen sind in der beispielhaften Aufzählung des § 3 Abs. 1 MarkenG enthalten. Allein deshalb ist klar, dass Hörmarken grundsätzlich als Zeichen im Sinne des Gesetzes in Betracht kommen können (siehe hierzu auch Kapitel 2.4.1.1.)

Auch mit Blick auf die Anforderungen der Selbständigkeit und Bestimmtheit bestehen keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, dass Hörmarken diese erfüllen können. Auch Hörmarken dürfen nicht mit der Ware oder Dienstleistung identisch sein, zu deren Kennzeichnung sie eingesetzt werden.<sup>67</sup> Sie müssen gedanklich von der Ware abstrahierbar sein bzw. einen ausreichenden Abstand zum gekennzeichneten Produkt einhalten.<sup>68</sup> Problematisch könnten hier also allenfalls Produkte sein, die einen (auch) akustischen Inhalt haben.<sup>69</sup> Zu denken wäre insofern z.B. an eine mit einer Hörmarke gekennzeichnete Glückwunschkarte mit eingebautem Chip zur Wiedergabe eines Liedes, an die Kennzeichnung einer Musik-CD mit einer Hörmarke oder an Fallkonstellationen, in denen eine Dienstleistung, die selbst in der Wiedergabe von akustischen Signalen besteht, mit einer Hörmarke gekennzeichnet werden soll,<sup>70</sup> also etwa bei der Erkennungsmelodie einer Musikband oder eines Radiosenders.<sup>71</sup> In all diesen Fällen ist darauf zu achten, dass die Hörmarke nicht mit den gekennzeichneten Produkten identisch oder ihnen zu ähnlich ist.

---

<sup>66</sup> Ringe, S. 50 ff.

<sup>67</sup> Kortbein, S. 108.

<sup>68</sup> Pres, S. 170.

<sup>69</sup> Becker, WRP 2000, 56 (62). Becker hält im Folgenden das Erfordernis der Selbständigkeit bei Hörmarken für nicht relevant, da bei Produkten mit einem (auch) akustischen Inhalt kaum denkbar sei, dass sie einen bestimmten akustischen Bestandteil wesensnotwendig beinhalten müssen.

<sup>70</sup> Kortbein, S. 109 ff.

<sup>71</sup> Fritz, S. 274.

### 3.2.2 Abstrakte Unterscheidungseignung gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG

Weiter bestehen auch keine Bedenken dagegen, dass Hörmarken grundsätzlich das Erfordernis der abstrakten Unterscheidungseignung erfüllen können. Im Hinblick auf den zugrunde zu legenden großzügigen Beurteilungsmaßstab (siehe Kapitel 2.4.1.2.) sollten sich nur wenige Hörmarken finden, denen man die abstrakte Unterscheidungseignung absprechen könnte.<sup>72</sup> Notwendig ist auch hier stets eine Einzelfallprüfung. Folgende grundsätzliche Überlegungen sind jedoch bedenkenswert:

Ist eine Hörmarke sehr kurz und besteht z.B. nur aus einem Ton, könnte dies als Indiz dafür gesehen werden, dass ihr keine abstrakte Unterscheidungseignung zukommt. Einer solchen Hörmarke könnte es an der Erkennbarkeit als eigentümlicher betrieblicher Herkunftshinweis fehlen. Jedoch muss zur Kürze einer Hörmarke eine fehlende akustische Charakteristik hinzutreten, damit ihr die abstrakte Unterscheidungseignung abgesprochen werden kann. Hat der einzelne Ton etwa eine besondere klangliche Aussagekraft bzw. eine besondere Klangfarbe, so wäre auch ein einzelner Ton bzw. eine extrem kurze Hörmarke abstrakt unterscheidungsgeeignet.<sup>73</sup>

Ähnliches gilt bei sehr langen Tonfolgen, da es bei diesen wahrscheinlich ist, dass in ihnen seitens des Verkehrs kein prägnanter „akustischer Name“ für die gekennzeichnete Ware oder Dienstleistung gesehen wird. Etwas anderes könnte freilich der Fall sein, wenn die Hörmarke zwar eine sehr lange Tonfolge ist, die aber wiederum nur aus einer sich wiederholenden kürzeren Melodie besteht, da der Verkehr dann nur diese kurze Melodie herausgreifen und als kennzeichnend ansehen wird.<sup>74</sup>

Problematisch im Hinblick auf die abstrakte Unterscheidungseignung könnten darüber hinaus Hörmarken sein, die aus sehr bekannten Melodien bestehen, da der Verkehr dann eher von einer Untermalung und nicht von einer Kennzeichnung ausgeht. Schließlich könnte solchen Hörzeichen eine abstrakte Unterscheidungseignung abzusprechen sein, die aus nicht zu merkenden akustischen Signalen bestehen. Zu denken ist hier an „akustisches Chaos“ wie es beim Suchen

---

<sup>72</sup> Becker, WRP 2000, 56 (62).

<sup>73</sup> Kortbein, S. 114; Becker, WRP 2000, 56 (62). So im Ergebnis auch Hölk, FS Ullmann 2006, 239 (242); Pres, S. 168 ff.; Bahner, S. 67.

<sup>74</sup> Kortbein, S. 114 f.

eines Radiosenders entsteht. Auch hierin wird der Verkehr wohl keinen Hinweis auf einen Betrieb sehen können.<sup>75</sup>

### **3.2.3 Graphische Darstellbarkeit gemäß § 8 Abs. 1 MarkenG**

Damit eine Hörmarke als markenfähig gelten kann, kommt als weitere Voraussetzung das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit gemäß § 8 Abs. 1 MarkenG hinzu.<sup>76</sup> Hier sei zunächst auf die allgemeinen Ausführungen in Kapitel 2.4.1.3. verwiesen, in dem u. a. dargelegt wurde, dass auch Marken, die sich nur *mittelbar* darstellen lassen, grundsätzlich das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit erfüllen können. Zu den Markenformen, bei denen eine unmittelbare graphische Darstellung ausscheidet, zählen auch die Hörmarken. Die Frage, welche Art der graphischen Darstellung von Hörmarken den gesetzlichen Anforderungen genügt, ist seit der Einführung des MarkenG und der GMV umstritten<sup>77</sup> und dementsprechend in den letzten Jahren in Literatur und Rechtsprechung intensiv diskutiert worden.

Im Folgenden werden zunächst einige ausgewählte Darstellungsarten von Hörmarken beschrieben und erläutert, die Gegenstand der Diskussion waren und sind.

#### **3.2.3.1 Notenzeichen bzw. Notensystem**

Die naheliegendste Methode der Darstellung von Hörmarken ist eine Darstellung durch Noten. Hörmarken, die aus Tönen bestehen, also insbesondere melodische Hörmarken, lassen sich durch Noten darstellen.

Jedoch lässt auch eine Darstellung in Noten in Bezug auf die Detailliertheit bzw. Bestimmtheit der Angabe ein breites Spektrum an Möglichkeiten zu. Die denkbaren Gestaltungsformen reichen hierbei von der einfachen Angabe der Notenfolge, also etwa „e, dis, e, dis, e, h, d, c, a“, über eine Angabe in Notenschrift mit vorangestelltem Notenschlüssel, Vorzeichen, Pausenzeichen und Takt bis hin zu

---

<sup>75</sup> Kortbein, S. 115.

<sup>76</sup> In der vorliegenden Arbeit wird die graphische Darstellbarkeit als Erfordernis der Markenfähigkeit von *Registermarken* behandelt. Hier sei nochmals auf *Fezer* hingewiesen, der die graphische Darstellbarkeit als Erfordernis der Markenfähigkeit betrachtet, in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 376.

<sup>77</sup> Pres, S. 171.

einer solchen Notation mit weiteren Angaben zu Instrumentierung und Interpretationsart sowie Arrangement und Aufführungspraxis.<sup>78</sup>

Eine Darstellung durch Noten kommt jedoch grundsätzlich nicht bei amelodischen Hörmarken in Betracht. Eine Darstellung von Geräuschen durch Noten ist in der Regel nicht möglich.

### **3.2.3.2 Beschreibung in Worten oder durch Onomatopoetikum/Lautmalerei**

Eine mögliche Darstellungsform, die jedenfalls theoretisch die Beschreibung von melodischen und amleodischen Hörmarken zulässt, ist die (schriftliche) Beschreibung in Worten. Auch hier eröffnet sich ein breites Spektrum an möglichen Darstellungsarten. So ist etwa denkbar, dass ein bestimmtes Geräusch beschrieben wird, wie etwa „Das Bellen eines Hundes“ oder „Der Schrei eines Affen“. Weiter könnte auf diese Art auch auf ein bekanntes Musikstück verwiesen werden, etwa in der Form: „Die Hörmarke besteht aus dem Musikstück „Für Elise“ von Ludwig van Beethoven“ oder auch „Die Hörmarke besteht aus den ersten neun Noten des Stücks „Für Elise“ von Ludwig van Beethoven.“<sup>79</sup>

Eine weitere denkbare Form der Beschreibung einer Hörmarke in Worten ist die Beschreibung durch ein Onomatopoetikum. Durch Onomatopoetika werden außersprachliche Schallereignisse lautmalerisch nachgeahmt.<sup>80</sup> Auch hier sind zahlreiche Formen der Darstellung denkbar. So kann „Kikeriki“ als Onomatopoetikum für das Krähen eines Hahnes<sup>81</sup> stehen, „Töröö“ mag vielen als Onomatopoetikum für den ausgestoßenen Laut eines Elefanten gelten, „Wauwau“ kann das Bellen eines Hundes darstellen<sup>82</sup> und „Brumm brumm“ kann das Motorengeräusch eines Autos beschreiben.

Schließlich kann eine Beschreibung von Hörmarken auch mit den Mitteln eines phonetischen Alphabets bzw. eines Lautschriftsystems erfolgen. Phonetische Alphabete sind eine Sammlung von Zeichen, mit denen Laute aller menschlichen Sprachen beschrieben und notiert werden können.<sup>83</sup>

---

<sup>78</sup> Vgl. *Pres*, S. 172.

<sup>79</sup> Sieh hierzu Kapitel 3.2.3.5.2.

<sup>80</sup> Siehe hierzu <http://de.wikipedia.org/wiki/Onomatopoesie> (zuletzt abgerufen am 03. Oktober 2014).

<sup>81</sup> So schon *Aron*, GRUR 1930, 1017 (1023).

<sup>82</sup> Ebenfalls schon *Aron*, GRUR 1930, 1017 (1023).

<sup>83</sup> Siehe hierzu [http://de.wikipedia.org/wiki/Internationales\\_Phonetisches\\_Alphabet](http://de.wikipedia.org/wiki/Internationales_Phonetisches_Alphabet) (zuletzt abgerufen am 03. Oktober 2014).



### 3.2.3.3 Sonogramm

Eine insbesondere für amelodische Hörmarken in Frage kommende Darstellungsart ist die Darstellung mittels Sonogramm.

Früher wurden Sonogramme mit Hilfe eines sog. Spektographen erstellt, heute erfolgt die Erstellung von Sonogrammen meist digital durch zum Teil frei verfügbare Audiosoftware.<sup>84</sup> Ein Sonogramm oder Spektogramm<sup>85</sup> stellt die „Zusammensetzung eines Signals (zum Beispiel eines Klangs oder gesprochener Sprache) aus einzelnen Frequenzen im zeitlichen Verlauf dar.“<sup>86</sup> Vereinfacht gesagt, ermöglicht ein Sonogramm die Transformation von Schall in Bilder. Es ist ein Diagramm, welches in seiner Horizontalachse den Zeitablauf, in seiner Vertikalachse die Frequenz (Tonhöhe) sowie durch den Schwärzungsgrad die Lautstärke der Frequenzanteile der Schallereignisse wiedergibt.<sup>87</sup> Es handelt sich also um eine Abbildung des akustischen Signals in den drei Dimensionen „Frequenz, Intensität und Zeit.“<sup>88</sup> Eine Wiederherstellung des akustischen Signals aus einem Sonogramm ist, etwa unter Zuhilfenahme geeigneter Computersoftware, ebenfalls möglich.<sup>89</sup>

In der Praxis werden Sonogramme etwa in der forensischen Strafrechtspraxis zum Stimmenvergleich<sup>90</sup> oder in der Ornithologie zur Artenbestimmung<sup>91</sup> eingesetzt.

### 3.2.3.4 Einreichung der klanglichen Wiedergabe auf Ton- bzw. Datenträger

Schließlich ist noch eine „Darstellung“ der Hörmarke durch Einreichung ihrer klanglichen Wiedergabe auf einem Ton- bzw. Datenträger vorstellbar. Zwar ist augenfällig, dass es sich bei einer eingereichten klanglichen Wiedergabe der

---

<sup>84</sup> Pres, S. 176.

<sup>85</sup> Manchmal auch Schallspektogramm oder fälschlich auch Sonogramm genannt.

<sup>86</sup> Siehe hierzu <http://de.wikipedia.org/wiki/Spektrogramm> (zuletzt abgerufen am 03. Oktober 2014).

<sup>87</sup> Hoffrichter-Daunicht, GRUR 2007, 935.

<sup>88</sup> Pres, S. 177.

<sup>89</sup> Pres empfiehlt zur Reproduktion eines akustischen Ereignisses aus einem Sonogramm die zusätzliche Anfertigung eines Phasenspektogramms, welches zur Bestimmung des Phasenverhältnisses des akustischen Ereignisses dient. Bei Vorliegen der Phaseninformation sei dann eine Reproduktion möglich. Siehe Pres, S. 177.

<sup>90</sup> Pres, S. 176.

<sup>91</sup> Hoffrichter-Daunicht, GRUR 2007, 935 (936).

Hörmarke nicht um eine „graphische“ Darstellung im wörtlichen Sinne handelt. Jedoch hat eine klangliche Wiedergabe den Vorteil, den konkreten Gegenstand der Hörmarke, nämlich das akustische Ereignis höchstselbst und unmittelbar zu repräsentieren.<sup>92</sup>

Klänge können heute von nahezu jedermann digitalisiert, gespeichert und versendet werden. Die entsprechende technische Infrastruktur, bestehend aus EDV-Anlagen und Datenfernübertragungswegen, die eine Speicherung und öffentliche Zugänglichmachung einer Marke ermöglichen, bestehen auch auf Seiten der Markenämter bereits heute. Das Markenregister beim DPMA wird gemäß § 24 Abs. 2 MarkenG seit dem 01. August 1999 in Form einer elektronischen Datenbank betrieben. Gemäß § 11 Abs. 3 MarkenV muss der Anmelder einer Hörmarke auch eine klangliche Wiedergabe der Marke auf einem Datenträger einreichen. Auch das HABM nimmt seit dem Jahr 2007 in die online einzusehenden Verfahrensstandangaben auch die klangliche Wiedergabe der Hörmarken auf.<sup>93</sup>

### **3.2.3.5 Ausgewählte Entscheidungen**

Die in den Kapiteln 3.2.3.1. bis 3.2.3.4. aufgeführten Darstellungsarten sind in den vergangenen Jahren Gegenstand von Entscheidungen des EuGH bzw. der Beschwerdekammern des HABM gewesen. Die Beurteilung dieser Darstellungsarten durch EuGH und HABM wird im Folgenden anhand ausgewählter Entscheidungen dargestellt.

#### **3.2.3.5.1 Die HABM-Entscheidung „Roar of a Lion“**

Die 4. Beschwerdekammer des HABM hatte in einer Entscheidung aus dem Jahr 2003<sup>94</sup> über die Eintragung einer Hörmarke zu entscheiden, die das „Brüllen eines Löwen“ (engl. „Roar of a Lion“) betraf. Diese Entscheidung stellte die erste Entscheidung zu einer mittels Sonagramm dargestellten Hörmarke dar.

Die US-amerikanische Filmproduktionsgesellschaft Metro-Goldwyn-Meyer (MGM) verwendet das in Rede stehende Kennzeichen bereits seit den 1920er-Jahren.<sup>95</sup> Unter anderem ist das charakteristische „Brüllen eines Löwen“ jeweils vor Beginn eines Filmes zu hören.

---

<sup>92</sup> Pres, S. 180.

<sup>93</sup> Pres, S. 180.

<sup>94</sup> HABM (4. BK), Entscheidung v. 25. August 2003, GRUR 2003, 1054 – „Roar of a Lion“.

<sup>95</sup> Lewalter, GRUR 2006, 546 (547).

Das Unternehmen hatte als graphische Darstellung ein Sonagramm des Löwenbrüllens eingereicht. Das eingereichte Sonagramm war jedoch in keiner Weise skaliert, so fehlten ihm die X- (Zeit-) und Y-(Frequenz-)Achse. Zusätzlich wurde eine wörtliche Beschreibung eingereicht, in der kurz ausgeführt wurde, die Marke bestehe aus dem Geräusch eines brüllenden Löwen und werde durch das Sonagramm dargestellt.

Das Gesuch auf Eintragung der Hörmarke wurde durch den Prüfer des HABM zunächst abgelehnt. Dies geschah unter anderem mit der Begründung, ein Zusammenhang zwischen der eingereichten Darstellung und der Beschreibung sei nicht zu erkennen, die Öffentlichkeit sei nicht in der Lage, das Geräusch durch die eingereichte Darstellung erkennen zu können, weshalb die Markenmeldung keine graphische Darstellung im Sinne von Art. 4 GMV enthalte und deshalb abzulehnen sei.<sup>96</sup>

Das anmeldende Unternehmen wehrte sich gegen die Ablehnung und führte dagegen aus, das eingereichte Sonagramm sei eine sehr genaue Aufnahme des Geräusches und in den Fällen, in denen eine Darstellung durch Notenschrift nicht möglich sei, auch die geeignetste. Die Marke sei durch die gewählte Form der Darstellung eindeutig dargestellt und zusammen mit der eingereichten Beschreibung sei die Marke und das Anliegen der Anmeldung auch klar. Ein Zusammenhang zwischen der graphischen Darstellung des Sonagramms und der Beschreibung sei gegeben. Der Durchschnittsverbraucher könne weder Notenschrift noch Sonagramme lesen. Die zusätzliche Beschreibung sei aber gerade für diese Fälle, in denen die Darstellung nicht ohne weiteres gelesen werden könne, im Einklang mit den entsprechenden Vorschriften, eingereicht worden.

Die weitere Diskussion zwischen HABM und Anmelderin bezog sich auf die fehlende Skalierung des Sonagramms (welche die Anmelderin durch einen Zusatz zu der wörtlichen Beschreibung der Marke zu beheben versuchte) und die damit in Zusammenhang stehende Frage, ob es sich bei der eingereichten Darstellung um ein Sonagramm oder um ein Oszillogramm handele.

Im Ergebnis kam die Kammer zu folgender Entscheidung:

---

<sup>96</sup> Vgl. HABM (4. BK.), Entscheidung v. 25. August 2003, GRUR 2003, 1054 – „Roar of a Lion“.

Die grundsätzliche Eintragungsfähigkeit von Hörmarken sei im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH<sup>97</sup> nicht in Frage zu stellen (siehe hierzu auch Kapitel 2.4.1.3.).

In den Fällen, in denen eine einzutragende Hörmarke Musik enthalte, sei die naheliegendste Art der Darstellung die durch standardmäßige Notenschrift mit Linien, Notenschlüssel und ggf. Angaben zum Tempo. Anders sei die Situation in Fällen, in denen keine Musik zur Eintragung als Hörmarke angemeldet sei, wie z.B. das in Rede stehende Löwengebrüll oder das Donnergeräusch während eines Sturmes. In diesen Fällen sei eine Darstellung durch Notenschrift in aller Regel nicht möglich. Den bisher gemachten Versuchen, solche Geräusche durch wörtliche Beschreibung oder Onomatopoeika darzustellen, mangle es stets an Eindeutigkeit und Objektivität.

Die (dreidimensionale) graphische Darstellung mit den Mitteln eines Sonagramms entstehe durch die Analyse von Frequenz und Lautstärke im Zeitverlauf. Dementsprechend sei eine Darstellung mit den Mitteln eines Sonagramms *vergleichbar* mit einer Darstellung in Notenschrift, da diese ebenfalls Frequenz, Lautstärke und Zeitablauf des Musikstücks zeige, auch wenn dafür Symbole genutzt würden, mit denen durchschnittlich gebildete Europäer vertrauter seien als mit den in einem Sonagramm genutzten.<sup>98</sup> Tatsächlich sei ein Sonagramm der Darstellung mittels Notenschrift sogar *überlegen*, da mit einem Sonagramm mehr Zwischentöne und Geräuscheigenschaften dargestellt würden.<sup>99</sup>

Der mögliche Einwand, dass Sonagramme von den Prüfern nicht gelesen werden könnten, überzeuge nicht. Zwar brauche man ein bestimmtes Maß an Schulung und Übung, bevor einem das Lesen und Erfassen von Sonagrammen möglich sei. Jedoch gelte dasselbe auch für die Fähigkeit, Noten zu lesen und zu interpretieren. So könne nicht angenommen werden, dass jeder sofort in der Lage sei, die ersten Noten von Beethovens „Für Elise“ in seinem „inneren Ohr“ zu hören, sobald er die entsprechende Notation vor sich sehe. Trotzdem bestreite

---

<sup>97</sup> EuGH, Urteil v. 12. Dezember 2002, GRUR 2003, 145 – „Sieckmann“.

<sup>98</sup> Vgl. HABM (4. BK.), Entscheidung v. 25. August 2003, GRUR 2003, 1054 (1056) – „Roar of a Lion“.

<sup>99</sup> Vgl. HABM (4. BK.), Entscheidung v. 25. August 2003, GRUR 2003, 1054 (1056) – „Roar of a Lion“.

niemand ernsthaft, dass eine Darstellung in Notenschrift eine geeignete Art der graphischen Darstellung sei.<sup>100</sup>

Im Ergebnis sei eine Hörmarke, die das Gebrüll eines Löwen beinhalte, grundsätzlich als Gemeinschaftsmarke eintragungsfähig, auch wenn es sich bei ihr nicht um Musik im traditionellen Sinne handele. Mit dem Sonagramm liege eine Möglichkeit der graphischen Darstellung vor, die alle notwendigen Voraussetzungen erfülle.<sup>101</sup> In dem vorliegenden Fall lehnte die Kammer eine Eintragung jedoch ab, da der eingereichten Darstellung jegliche Skalierung fehle und auch eine zusätzliche wörtliche Beschreibung daran nichts zu ändern vermöge.

### **3.2.3.5.2 Das EuGH-Urteil „Shield Mark / Joost Kist“**

Ebenfalls im Jahr 2003 hatte der EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens auf Ersuchen des Hoge Raad der Nederlanden<sup>102</sup> über die Auslegung von Art. 2 MRRL in folgender Sache<sup>103</sup> zu entscheiden:

Das Unternehmen ShieldMark BV war Inhaberin zahlreicher Marken, die beim Benelux-Markenamt eingetragen waren. Einige dieser Marken bezogen sich in verschiedener Weise auf das bekannte Musikstück „Für Elise“ von Ludwig van Beethoven. Andere beinhalteten auf unterschiedliche Art das Krähen eines Hahnes. Nur ein Teil der angemeldeten Marken wurde bei der Anmeldung ausdrücklich als Hörmarke bezeichnet.

Die auf „Für Elise“ bezogenen Marken wurden zum Teil mittels eines Notensystems mit den ersten neun Tönen des Stücks dargestellt, teilweise mit der Angabe, die Marke bestehe aus der beschriebenen Melodie, alternativ mittels Angabe der Notenabfolge in Schriftsprache (also e, dis, e, dis, e, h, d, c, a).<sup>104</sup>

Die auf das Krähen eines Hahnes bezogenen Marken bestanden aus der Bezeichnung „Kukelekuuuuu“, einem Onomatopoetikum, welches in den Niederlanden für das Krähen eines Hahnes steht und aus der Angabe, „Hörmarke, die Marke ist ein Onomatopoetikum, mit dem das Krähen eines Hahnes nachgeahmt

---

<sup>100</sup> HABM (4. BK.), Entscheidung v. 25. August 2003, GRUR 2003, 1054 (1056) – „Roar of a Lion“.

<sup>101</sup> Vgl. HABM (4. BK.), Entscheidung v. 25. August 2003, GRUR 2003, 1054 (1056) – „Roar of a Lion“.

<sup>102</sup> Der Hohe Rat der Niederlande (Hoge Raad der Nederlanden) ist das höchste ordentliche Gericht der Niederlande.

<sup>103</sup> EuGH, Urteil v. 27. November 2003, GRUR 2004, 54 – „ShieldMark / Joost Kist“.

<sup>104</sup> Hölk, FS Ullmann 2006, 239 (241).

wird oder aus der Angabe, „Hörmarke, die Marke besteht aus dem geschriebenen Laut.“

ShieldMark BV startete Anfang der 90er-Jahre eine Werbekampagne, in der die oben beschriebenen Hörmarken bzw. die mit ihnen verbundenen akustischen Signale auf verschiedene Art und Weise genutzt wurden. So wurden u. a. etwa im Rahmen einer Radiokampagne „Für Elise“-Jingles abgespielt und es ertönte das Hahnenkrähen beim Start eines von ShieldMark BV vertriebenen Software-Paketes.

Joost Kist, der rechtsberatend u. a. auf dem Gebiet des Markenrechts tätig ist, startete Anfang 1995 ebenfalls eine Werbekampagne, in der er sowohl die „Für Elise“-Melodie wie auch das Hahnenkrähen verwendete.<sup>105</sup>

ShieldMark BV erhob daraufhin Klage u. a. wegen Markenverletzung. In der zweiten Instanz setzte der Hoge Raad der Niederlanden das Verfahren aus und legte dem EuGH eine Reihe von Fragen zur Vorabentscheidung vor. Diese betrafen die Frage, ob Art. 2 MRRL so auszulegen sei, dass er der Anerkennung von Geräuschen und Klängen als Marken entgegenstehe. Weiter wurde nach den Anforderungen gefragt, die an die von Art. 2 MRRL geforderte graphische Darstellung und an die Art und Weise der Markenmeldung gestellt werden. Dazu wurde dem EuGH konkret die Frage vorgelegt, ob die von Art. 2 MRRL gestellten Anforderungen an die graphische Darstellbarkeit erfüllt seien, wenn der Klang oder das Geräusch „*in Form einer Notenschrift*“, einer „*Beschreibung durch Onomatopoetikum*“, einer „*anders gearteten Beschreibung in Worten*“, einer „*graphischen Darstellung in Form eines Sonagramms*“, eines „*dem Antragsformular beigefügten Tonträgers*“, einer „*über das Internet abhörbaren digitalen Aufnahme*“, einer „*Kombination dieser Möglichkeiten*“ oder in „*anderer, ggf. welcher, Form*“ angemeldet wird.<sup>106</sup>

In seiner Entscheidung betonte der EuGH zunächst, dass die in Art. 2 MRRL enthaltene Aufzählung von markenfähigen Zeichen<sup>107</sup> nicht abschließend ist und dementsprechend Hörmarken grundsätzlich mit umfasst, sofern sie abstrakt unterscheidungsgeeignet sind und sich graphisch darstellen lassen. Unter Bezugnahme auf seine frühere Rechtsprechung wiederholte der EuGH die geltenden Anforderungen an die graphische Darstellbarkeit (siehe Kapitel 2.4.1.3.). Die Markenfähigkeit einer Hörmarke setze aber voraus, dass die Hörmarke bei An-

---

<sup>105</sup> EuGH, Urteil v. 27. November 2003, GRUR 2004, 54 (55) – „ShieldMark / Joost Kist“.

<sup>106</sup> EuGH, Urteil v. 27. November 2003, GRUR 2004, 54 (55) – „ShieldMark / Joost Kist“.

meldung als solche benannt wird, da die zuständige Stelle und der Verkehr ansonsten von einer Wort- oder Bildmarke ausgehen könnten.<sup>108</sup>

Hinsichtlich der *Beschreibung in Schriftsprache* entschied der EuGH, dass nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass diese Form der graphischen Darstellung die geltenden Anforderungen erfüllt. Bei Zeichen wie den in Rede stehenden fehle es einer graphischen Darstellung wie „die ersten neun Noten von „Für Elise““ oder „Das Krähen eines Hahnes“ jedenfalls an *Eindeutigkeit* und *Klarheit*, so dass diese Darstellung keine Bestimmung des beantragten Schutzzumfanges zulässt und keine graphische Darstellung im Sinne von Art. 2 MRRL sein kann.<sup>109</sup>

Zu einer Darstellung mittels *Onomatopoetika* stellte der EuGH fest, dass zwischen dem Onomatopoetikum selbst und dem durch dieses phonetisch imitierten realen Klang oder Geräusch ein Unterschied besteht. So sei es also auch hier den zuständigen Stellen und dem Verkehr nicht möglich, festzustellen, „*ob es sich bei dem geschützten Zeichen um das Onomatopoetikum selbst, wie es ausgesprochen wird, handelt oder um den realen Klang oder das reale Geräusch.*“<sup>110</sup>

Weiter verwies das Gericht darauf, dass Onomatopoetika je nach Mitgliedsstaat unterschiedlich aufgefasst werden, was in Bezug auf das angemeldete „*Kukulekuuuuu*“ schon innerhalb der Benelux-Staaten gelte. Ein schlichtes Onomatopoetikum ohne weitere Erklärung könne somit keine graphische Darstellung des Klanges oder Geräusches sein, dessen phonetische Umschrift es sein soll.<sup>111</sup>

In Bezug auf die *Darstellung durch Noten* führte der EuGH aus, dass eine Notenfolge ohne weitere Erklärung ebenfalls keine graphische Darstellung im Sinne von Art. 2 MRRL sein könne. Eine solche Umschreibung sei weder *klar* noch *eindeutig* und *in sich geschlossen*. Somit ermögliche sie insbesondere nicht, die Höhe und Dauer der Töne zu bestimmen, aus denen die einzutragende Melodie bestehe und die wesentliche Parameter für das Erkennen der Melodie und daher für die Festlegung der Marke selbst seien.<sup>112</sup> Hingegen könne ein in Takte gegliedertes Notensystem mit einem Notenschlüssel, Noten- und Pausenzeichen, deren Form ihren relativen Wert angibt, und ggf. Vorzeichen – die alle zusammen

---

<sup>107</sup> Die, anders als § 3 Abs. 1 MarkenG, Hörzeichen nicht ausdrücklich enthält.

<sup>108</sup> EuGH, Urteil v. 27. November 2003, GRUR 2004, 54 (57) – „ShieldMark / Joost Kist“.

<sup>109</sup> EuGH, Urteil v. 27. November 2003, GRUR 2004, 54 (57) – „ShieldMark / Joost Kist“.

<sup>110</sup> EuGH, Urteil v. 27. November 2003, GRUR 2004, 54 (57) – „ShieldMark / Joost Kist“.

<sup>111</sup> EuGH, Urteil v. 27. November 2003, GRUR 2004, 54 (57) – „ShieldMark / Joost Kist“.

<sup>112</sup> EuGH, Urteil v. 27. November 2003, GRUR 2004, 54 (57) – „ShieldMark / Joost Kist“.

die Höhe und die Dauer der Töne bestimmen – eine getreue Darstellung der Tonfolge sein, aus der die einzutragende Melodie bestehe. Diese Art der graphischen Darstellung erfülle somit die von der Rechtsprechung des EuGH aufgestellten Voraussetzungen. Zwar sei eine solche Darstellung nicht unmittelbar, jedoch *leicht verständlich*, so dass die zuständigen Stellen und die Wirtschaftskreise genau erkennen könnten, für welches Zeichen die Eintragung als Marke beantragt werde.<sup>113</sup>

Die Fragen des vorlegenden Gerichts im Übrigen, nämlich ob eine graphische Darstellung *auch in Form eines Sonagramms, eines Tonträgers oder einer digitalen Aufzeichnung* bzw. einer *Kombination aus diesen Möglichkeiten* erfolgen könne, ließ der EuGH mangels Erheblichkeit mit der Begründung offen, dass ShieldMark BV die Anmeldung nicht in einer dieser Formen eingereicht habe.<sup>114</sup>

### **3.2.3.5.3 Die HABM-Entscheidung „HEXAL“**

Im Jahr 2005 entschied die 4. Beschwerdekammer des HABM erneut über die Eintragung einer (Gemeinschafts-)Hörmarke, welche mit einem Sonagramm dargestellt wurde.<sup>115</sup> Es handelte sich um den gesprochenen Text „Arzneimittel ihres Vertrauens: HEXAL.“ Anders als das Sonagramm, über das die Kammer im Jahr 2003 zu entscheiden hatte<sup>116</sup> (siehe oben Kapitel 3.2.3.5.1.), enthielt das nun zu beurteilende Sonagramm eine vollständige Skalierung.

Trotzdem wurde die Anmeldung durch den Prüfer auch in diesem Verfahren zunächst zurückgewiesen. Begründet wurde dies mit einem Verstoß gegen das registerrechtliche Bestimmtheitsgebot. Eine Wiedergabe der Marke, die von demjenigen, der Einsicht in das Register nimmt, unverhältnismäßige Anstrengungen oder besondere Kenntnisse verlange, um erkennen zu können, um welches Zeichen es sich handele, sei nicht annehmbar. Die Entscheidung „Roar of a Lion“ (siehe oben Kapitel 3.2.3.5.1.) sei zwar zu berücksichtigen, es bestehe jedoch ein wesentlicher Unterschied zwischen einer Darstellung in einfacher Notenschrift und einer Darstellung mittels Sonagramm. Breite Verkehrskreise seien dazu in der Lage „einfache Notenschrift“ zu lesen. Dies sei bei Sonagrammen nicht der Fall. So sei es Mitbewerbern und dem Amt nicht möglich, sich eindeutig über die

---

<sup>113</sup> EuGH, Urteil v. 27. November 2003, GRUR 2004, 54 (57) – „ShieldMark / Joost Kist“.

<sup>114</sup> EuGH, Urteil v. 27. November 2003, GRUR 2004, 54 (57) – „ShieldMark / Joost Kist“.

<sup>115</sup> HABM (4. BK.), Entscheidung v. 08. September 2005, GRUR 2006, 343 - "HEXAL".

<sup>116</sup> HABM (4. BK.), Entscheidung v. 25. August 2003, GRUR 2003, 1054 - "Roar of a Lion".



Registerlage zu unterrichten. Der interessierte Prüfer bleibe ohne die nötigen technischen Einrichtungen oder die Hinzuziehung von Experten über den Registerstand im Ungewissen.<sup>117</sup>

Das anmeldende Unternehmen widersprach dem und führte insbesondere aus, dass ein Sonagramm die genaueste Möglichkeit sei, die Laute eines gesprochenen Textes graphisch darzustellen. Das in Rede stehende Sonagramm sei genauer und eindeutiger als eine Darstellung in Notenschrift und darüber hinaus genauso leicht zu lesen. Lasse das Amt eine Darstellung in Notenschrift zu, so müsse auch eine Eintragung auf Grundlage einer Sonagrammdarstellung möglich sein, denn der Leser könne daraus ebenso erkennen, wie sich die Marke anhöre, wie dies für andere Geräusche mit Hilfe des Notensystems möglich wäre.<sup>118</sup>

Die 4. Beschwerdekammer kam schließlich zu dem Ergebnis, dass ein vollständiges Sonagramm eine allen Voraussetzungen des Art. 4 GMV entsprechende graphische Darstellung ist. Der Hinweis auf eine angebliche weite Verbreitung der Fähigkeit, „einfache“ Notenschrift zu lesen, sei für die zu prüfende Anmeldung unbehelflich, da das in Rede stehende Hörzeichen als gesprochene Sprache nicht in Notenschrift wiederzugeben sei. Folge man der ablehnenden Entscheidung des Prüfers, so dürfe man zukünftig bei melodischen, durch Notenschrift darstellbaren Marken nur noch solche eintragen, die durch „einfache“ Notenschrift darstellbar sind und müsse solche ablehnen, die nur mit Hilfe von „schwieriger“ Notenschrift darzustellen sind, da diese nur nach Hinzuziehung von Fachleuten zu lesen und verstehen seien. Eine solche Differenzierung sei aber mit Art. 4 GMV in seiner Auslegung durch den EuGH nicht zu vereinbaren.<sup>119</sup>

Weiter gehe auch die Annahme fehl, dass bei einer Darstellung mittels Sonagramm eine eindeutige Unterrichtung über die Registerlage nicht möglich sei. Die ablehnende Entscheidung führe eher „*praktische Schwierigkeiten*“ gegen die Lesbarkeit von Sonagrammen auf. Genauso wie das Verständnis von Fremdsprachen oder Notenschrift sei das Verständnis von Sonagrammen erlernbar. Es sei sogar „*besonders einfach*“, weil es dazu keines Musikinstrumentes bedürfe und Anleitungen sogar schon im Internet allgemein verfügbar seien. Insofern vergleicht die 4. Beschwerdekammer die Situation mit der Anmeldung einer Wort-

---

<sup>117</sup> HABM (4. BK.), Entscheidung v. 08. September 2005, GRUR 2006, 343 - "HEXAL".

<sup>118</sup> HABM (4. BK.), Entscheidung v. 08. September 2005, GRUR 2006, 343 - "HEXAL".

<sup>119</sup> HABM (4. BK.), Entscheidung v. 08. September 2005, GRUR 2006, 343 (344) - "HEXAL".

marke in einer der weniger gebräuchlichen Sprachen der EU. Auch in diesem Fall würde man eine Wiedergabe nicht allein deswegen für uneindeutig halten, weil ein Großteil der Prüfer oder der Registernutzer diese Sprache nicht versteht und nicht lesen kann. Genauso wenig scheitert eine Eintragung an dem Umstand, dass die graphische Wiedergabe von Worten für den Anteil des Publikums, der nicht lesen kann, unverständlich bleibe.<sup>120</sup>

Dementsprechend hob die 4. Beschwerdekammer des HABM die ablehnende Entscheidung auf und verwies das Verfahren zum Zwecke der Eintragung der Marke an die erste Instanz zurück.

#### **3.2.3.5.4 Analyse und Würdigung der Entscheidungen**

Der Vollständigkeit halber ist zunächst darauf hinzuweisen, dass in allen obigen Entscheidungen anerkannt wird, dass Art. 2 MRRL Hörmarken mit umfasst und diese grundsätzlich markenrechtlichen Schutz erlangen können, wenn sie unterscheidungskräftig sind und sich graphisch darstellen lassen. Fraglich ist stets, welche Darstellungsarten den vom EuGH aufgestellten Anforderungen an die graphische Darstellbarkeit genügen.

Hinsichtlich einer Beschreibung mit Worten ist zunächst festzuhalten, dass der EuGH zwar in dem konkreten Fall, über den er zu entscheiden hatte, die Darstellung mittels wörtlicher Beschreibung ablehnte, weil sie nicht *klar* und *eindeutig* war. Andererseits hat das Gericht festgestellt, dass *„nicht von vorneherein ausgeschlossen werden kann, dass diese Form der graphischen Darstellung die [...] Voraussetzungen erfüllt.“*<sup>121</sup> Diese Einschätzung des Gerichts mag zutreffen, da tatsächlich nicht vollkommen ausgeschlossen werden kann, dass im Einzelfall mit den Mitteln der Sprache eine klare und eindeutige Darstellung gelingt. In der Praxis dürfte es aber sehr schwierig sein, mittels rein wörtlicher Beschreibung eines Höreindrucks, der fast immer stark mit Subjektivität, und damit Relativität, behaftet sein dürfte, Dritten eine eindeutige Vorstellung vom Schutzgegenstand zu verschaffen und damit die Voraussetzungen zu erfüllen. So wird es Sache der Gerichte bleiben, wörtliche Beschreibungen im Einzelfall zu beurteilen.

In Bezug auf die Darstellung durch ein Onomatopoetikum stellt der EuGH lediglich fest, dass ein solches jedenfalls *ohne weitere Erläuterung* die Anforderungen

---

<sup>120</sup> HABM (4. BK.), Entscheidung v. 08. September 2005, GRUR 2006, 343 (344) - "HE-XAL".

<sup>121</sup> EuGH, Urteil v. 27. November 2003, GRUR 2004, 54 (57) – „ShieldMark / Joost Kist“.

an die graphische Darstellbarkeit nicht erfüllt.<sup>122</sup> Auch wenn der EuGH hierzu bislang keine abschließende Aussage getroffen hat, ist letztlich nicht denkbar, dass ein erläutertes Onomatopoetikum die Anforderungen erfüllen kann. Hierfür spricht die auch durch den EuGH angesprochene (vgl. im Einzelnen Kapitel 3.2.3.5.2.) systematische Uneinheitlichkeit von Onomatopoetika. Das von einem Onomatopoetikum vermittelte Klangbild und der eigentliche Markengegenstand können, hierauf hat auch der EuGH in seiner Entscheidung hingewiesen, höchst unterschiedlich ausfallen. Hinzu kommt ein abweichendes Verständnis innerhalb des Verkehrs. Von einem solchen unterschiedlichen Verständnis muss schon auf regionaler Ebene ausgegangen werden. Dies gilt erst recht für die europäische Ebene. In Deutschland würde der Hahnenschrei mit „Kikeriki“ dargestellt, in den Niederlanden mit „Kukelekuuuuu“ (siehe oben). Das Geräusch eines Frosches würde in Deutschland mit „Quack“ wiedergegeben, in Frankreich eher mit „Rababab“. <sup>123</sup> Dies würde in der Folge jedoch zu einem mehrdeutigen Markengegenstand führen, bei dem auch eine angemessene Prüfung der Unterscheidungskraft nicht mehr möglich wäre. <sup>124</sup> Im Ergebnis führt die systematische Uneinheitlichkeit von Onomatopoetika dazu, dass sie den an die graphische Darstellbarkeit gestellten Anforderungen nicht zu entsprechen vermögen. Dies gilt somit auch in Verbindung mit einer Beschreibung. <sup>125</sup>

Bei der Verwendung eines einheitlichen Lautschriftsystems, wie es bereits in Kapitel 3.2.3.2. angesprochen wurde, ist es dagegen zumindest denkbar, dass ein ausreichendes Maß an Einheitlichkeit vorhanden ist bzw. erreicht wird und die Anforderungen an die graphische Darstellung erfüllt werden. Der Anwendungsbereich solcher Systeme beschränkt sich aber auf die Aussprache von Wörtern bzw. Sätzen und die Charakteristik von Sprecherstimmen. <sup>126</sup> Eine Befassung der Rechtsprechung gibt es bislang nicht, so dass abzuwarten bleibt, inwiefern sich die Frage in der Praxis stellt.

---

<sup>122</sup> EuGH, Urteil v. 27. November 2003, GRUR 2004, 54 (57) – „ShieldMark / Joost Kist“.

<sup>123</sup> *Pres*, S. 175, der auf die in diesem Zusammenhang sehr instruktive Internetseite <http://www.bzzzpeek.com> (letzter Abruf 05. Oktober 2014) verweist.

<sup>124</sup> *Pres*, S. 175.

<sup>125</sup> *Pres*, S. 175. Ebenso *Hacker*, in Ströbele/Hacker, § 3 Rn. 58; a. A. offenbar *Fezer*, in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 471, der für Onomatopoetika insbesondere in Kombination mit einem Sonagramm die Anforderungen für erfüllbar hält.

<sup>126</sup> *Pres*, S. 176 und 184.

Bezüglich der Darstellung eines Hörzeichens durch Noten ist Folgendes festzuhalten:

Hinsichtlich einer Darstellung, die eine bloße schriftliche Abfolge von Noten (z.B. e, dis, e, dis, e, h, d, c, a) beinhaltet, ist der ablehnenden Haltung des EuGH vollumfänglich beizupflichten. Eine solche Darstellung ohne Angaben zu Höhe und Dauer der Töne ist in keiner Weise geeignet, die Melodie, aus der die Marke besteht, zweifelsfrei zu vermitteln.

In Bezug auf ein in Takte gegliedertes Notensystem mit einem Notenschlüssel, Noten- und Pausenzeichen, deren Form ihren relativen Wert angibt, und ggf. Vorzeichen, die der EuGH ausdrücklich anerkannt hat, muss darauf aufmerksam gemacht werden, dass eine solche Darstellung ebenfalls noch eine Vielzahl an klanglichen Umsetzungen ermöglicht.

Zur Erhaltung der „*markanten Unterscheidungskraft*“ wird Markenanmeldern deshalb geraten, zusätzliche Angaben zur Aufführungspraxis zu machen.<sup>127</sup> Ansonsten besteht die Gefahr eines „*konturlosen Schutzzumfangs*“, durch den es in einem Widerspruchsverfahren nicht möglich wäre, die maßgebende klangliche Ähnlichkeit herauszustellen. Zusätzliche Angaben wären z.B. im Hinblick auf Takt, Dauer und Instrumentierung des Hörzeichens denkbar. Falls das Hörzeichen Computersounds enthält, so könnten diese ebenfalls zusätzlich angegeben werden.<sup>128</sup>

Zwar können auch zusätzliche Angaben in diesem Sinne keine einhundertprozentige Bestimmung des Klangereignisses ermöglichen. Jedoch kann eine gewisse Bandbreite der möglichen klanglichen Wiedergabe hingenommen werden. Hier sei etwa daran erinnert, dass auch bei der Aussprache von eingetragenen Wortmarken je nach Dialekt oder Betonung des Sprechers Abweichungen möglich sind.<sup>129</sup>

Insbesondere erfüllt die Darstellung durch ein solches Notensystem auch das Erfordernis der *Verständlichkeit*. Zwar kann davon ausgegangen werden, dass ein Großteil der Bevölkerung nicht in der Lage ist, Noten zu lesen.<sup>130</sup> Auch wäre der Sinn der graphischen Darstellung (siehe Kapitel 2.4.1.3.) verfehlt, wenn niemand in der Lage wäre, sie zu verstehen. Jedoch ist ein gewisser Aufwand zur

---

<sup>127</sup> Schmitz, GRUR 2007, 290 (291).

<sup>128</sup> Schmitz, GRUR 2007, 290 (291).

<sup>129</sup> Guth, Mitt. 2003, 97 (99).

<sup>130</sup> Vgl. Hüttermann/Storz, S. 159: „[Es] ist davon auszugehen, dass mindestens 70 % der Bevölkerung Deutschlands nicht in der Lage sind, Noten zu lesen.“

Bestimmung des Zeichengegenstandes zumutbar. Der Zweck des Markenregisters ist, die Festlegung, die Nachvollziehbarkeit und Nachprüfbarkeit von Schutzrechten zu gewährleisten, nicht die Modalitäten für die Einsichtnahme durch die Wettbewerber festzulegen.<sup>131</sup> Eine Einsichtnahme würde nur dann unverhältnismäßig erschwert, wenn sie „unter derart erschwerenden Umständen stattfindet, dass sie in ihren faktischen Auswirkungen einer Verhinderung der Geltendmachung entgegenstehender Rechte gleichkommt.“<sup>132</sup> Hier kann auf das rechtsstaatliche Veröffentlichungsgebot beim Erlass von Gesetzen hingewiesen werden. Für die Bürger genügt die Möglichkeit, Einsicht in die entsprechenden Gesetzesblätter zu nehmen und sich den Inhalt bei schwierigen Gesetzen erst nach Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes verständlich zu machen.<sup>133</sup> Demgemäß ist auch die Hinzuziehung eines Fachkundigen bei Einsicht in das Markenregister, hier also eines Notenkundigen, zumutbar.<sup>134</sup>

Im Hinblick auf die in Kapitel 3.2.3. beschriebene Darstellungsart Sonagramm hat der EuGH, wie in Kapitel 3.2.3.5.2. schon ausgeführt, trotz entsprechenden Vorlageersuchens ausdrücklich keine Aussage dazu getroffen, ob diese Darstellungsart den Anforderungen an die graphische Darstellung im Sinne des Gesetzes genügt. Trotzdem wurde die Rechtsprechung des EuGH (also die "Shield Mark ./ Kist -Entscheidung" und die noch in Kapitel 4.2.3.4.2. zu diskutierende "Sieckmann-Entscheidung"<sup>135</sup> mitsamt den dort entwickelten sieben Kriterien) offenbar teilweise in der Literatur so verstanden, dass eine Darstellung von Hörmarken nur mittels Notenschrift möglich sei.<sup>136</sup> Zum gleichen Ergebnis kommt offenbar das DPMA, das die MarkenV nach der Sieckmann-Entscheidung insofern änderte, als in der seit dem 15.10.2003 geltenden Neufassung der MarkenV eine Darstellung mittels Sonagramm nicht mehr vorgesehen ist.<sup>137</sup> Dieses Ver-

---

<sup>131</sup> Isenberg, S. 39; Grabrucker, MarkenR 2001, 95 (97).

<sup>132</sup> Grabrucker, MarkenR 2001, 95 (97); so auch Sessinghaus, WRP 2000, 650 (659) und Isenberg, S. 39.

<sup>133</sup> Sessinghaus, WRP 2002, 650 (659).

<sup>134</sup> Im Ergebnis auch Bahner, S. 111 f., kritisch in Bezug auf Notenschrift Hüttermann/Storz, S. 158 ff.

<sup>135</sup> EuGH, Urteil v. 12. Dezember 2002, GRUR 2003, 145 – „Sieckmann“.

<sup>136</sup> Vgl. etwa Schmitz, GRUR 2007, 290.

<sup>137</sup> Siehe die Mitteilung Nr. 08/03 des Präsidenten des DPMA über den Wegfall des Sonagramms als Form der grafischen Darstellung bei Hörmarken in § 11 MarkenV vom 03. September 2003, abrufbar unter

ständnis der Rechtsprechung führte dazu, dass amelodische Hörmarken bzw. Geräuschmarken derzeit de facto von der Eintragung beim DPMA ausgeschlossen sind. Die Entscheidung des DPMA wurde in der Literatur zu Recht kritisiert<sup>138</sup> und auch das HABM folgte dieser Linie wie aus Kapitel 3.2.3.5.3. ersichtlich in seiner „HEXAL“- Entscheidung nicht und erlaubt nach wie vor Sonagramme als graphische Darstellung.

Die Darstellung einer Hörmarke durch Sonagramm „*bildet gleichsam ein graphisches Spiegelbild des zu schützenden akustischen Zeichens, weil es alle enthaltenen akustischen Ereignisse darzustellen vermag.*“<sup>139</sup> Sie erfüllt damit alle durch den EuGH aufgestellten sieben Kriterien (siehe Kapitel 2.4.1.3.).

Insbesondere erfüllt sie auch die Voraussetzung der *Eindeutigkeit*. Ein Sonagramm ist sogar eindeutiger als eine Notation in Notenschrift, da es eine genaue spektrale Abbildung aller einen Ton, eine Melodie oder ein Geräusch charakterisierender Einzelschwingungen ermöglicht.<sup>140</sup> Besondere Eindeutigkeit ist daher sogar ein großer Vorzug des Sonagramms.

Weiter geht auch der Einwand fehl, eine Sonagramm-Darstellung sei nicht ausreichend *dauerhaft*, da sich das dem Sonagramm zugrunde liegende Hörzeichen nicht eindeutig rekonstruieren ließe. Bei einem Sonagramm handelt es sich um eine graphische Darstellung eines mit Hilfe eines mathematischen Algorithmus aus dem Hörzeichen berechneten Datensatzes. Das Hörzeichen lässt sich aus diesem Datensatz jederzeit, etwa mit Hilfe geeigneter Computerprogramme exakt rekonstruieren.<sup>141</sup> Dies ist dabei sogar ohne nennenswerten Qualitätsverlust möglich.<sup>142</sup> Eine ähnliche Rekonstruktion dürfte etwa bei einer in Notenschrift eingereichten Darstellung bedeutend schwieriger sein.

Schließlich kann auch dem Argument nicht gefolgt werden, Sonagramm-Darstellungen seien nicht *leicht zugänglich* und nicht *verständlich*. Zwar stimmt es, dass nicht jeder in der Lage ist, Sonagramme zu lesen. Auch dürften vermutlich größere Teile des Verkehrs zunächst mehr mit einer Darstellung in Notenschrift als mit einer Sonagramm-Darstellung anfangen können. Dies liegt darin

---

<http://www.dpma.de/service/veroeffentlichungen/mitteilungen/2003/> (letzter Abruf 16. Oktober 2014).

<sup>138</sup> Siehe etwa *Hoffrichter-Daunicht*, GRUR 2007, 935.

<sup>139</sup> *Bahner*, S. 112 f.

<sup>140</sup> *Hüttermann/Storz*, Mitt. 2005, 156 (160); ebenso *Pres*, S. 177 f.

<sup>141</sup> *Hüttermann/Storz*, Mitt. 2005, 156 (160).

<sup>142</sup> *Bahner*, S. 115.

begründet, dass das Lesen von Noten lange Zeit als Teil eines „europäischen Bildungskanon“ gesehen werden konnte und, jedenfalls in Grundzügen, Teil der vermittelten Schulbildung war. Die 4. Beschwerdekammer des HABM weist aber in der „HEXAL“-Entscheidung zu Recht darauf hin, dass auch das Lesen von Sonagrammen erlernbar ist. Es ist sogar leichter zu erlernen als das Lesen von Noten. Im Internet finden sich zahlreiche kostenlose Anleitungen<sup>143</sup> und ein Musikinstrument wird, so auch zu Recht die Beschwerdekammer des HABM, nicht benötigt. Der Aufwand, sich ein Sonagramm zu erschließen, dürfte also im Vergleich mit dem Erfassen einer Noten-Partitur eher geringer sein. Auch die Hinzuziehung von Fachkundigen kann dem Einsichtnehmenden in gewissem Umfang zugemutet werden und steht einer hinreichenden Verständlichkeit nicht entgegen.<sup>144</sup> Dies gilt umso mehr, als die Eintragung einer Marke bzw. die Recherche nach bestehenden Markenrechten in der Regel ohnehin nicht ohne die Hinzuziehung von Fachleuten, also Fach- oder Patentanwälten, möglich ist. In diesem Zusammenhang sei hier auch auf die obigen Ausführungen bezüglich der Darstellung mittels Notenschrift verwiesen.

Zur besseren Recherchierbarkeit im Markenregister könnte vorgesehen werden, dem Sonagramm eine kurze wörtliche Beschreibung des Klanges (also etwa "Das Brüllen eines Löwen" oder "Das Zuklappen einer Autotür") hinzuzufügen.<sup>145</sup>

Im Ergebnis ist dem HABM, das sich mit guten Gründen für die Zulässigkeit von Sonagramm-Darstellungen ausgesprochen hat, daher zuzustimmen. Die Praxis des DPMA ist nicht nachzuvollziehen, da kein sachlicher Grund für den Ausschluss der Sonagramme als Darstellungsart vorliegt.<sup>146</sup>

Ebenfalls offen gelassen hat der EuGH die Frage, ob die Anforderungen an die graphische Darstellbarkeit durch Einreichung von Ton-/Datenträgern erfüllt werden können. Dies scheint jedoch äußerst fraglich, da eine solche Einreichung keine Darstellung mittels eines graphischen Instruments und somit nicht einmal mittelbare *graphische* Darstellung ist. Die in § 11 Abs. 3 u. 5 MarkenV vorgese-

---

<sup>143</sup> Z.B. <http://www.phonetik.uni-muenchen.de/studium/skripten/SGL/SGLHome.html> (letzter Abruf 03. Oktober 2014).

<sup>144</sup> Vgl. *Sessinghaus*, Diss., S. 51 f.

<sup>145</sup> *Hüttermann/Storz*, Mitt. 2005, 156 (161).

<sup>146</sup> Im Ergebnis auch *Hüttermann/Storz*, Mitt. 2005, 156 (162), *Pres*, S. 177, *Schmidt*, MarkenR 2006, 245 (252) und *Bahner*, S. 116 f.; a. A. *Kortbein*, S. 161; kritisch auch *Novak*, S. 126 ff.

hene klangliche Wiedergabe ist ein sonstiges zwingendes Anmeldeerfordernis, das neben die eigentliche graphische Darstellung tritt, ohne sie zu ersetzen.

### **3.3 Absolute Schutzhindernisse gemäß § 8 MarkenG**

Damit eine Hörmarke in das Markenregister eingetragen werden kann, dürfen keine absoluten Schutzhindernisse nach § 8 MarkenG vorliegen.

#### **3.3.1 Konkrete Unterscheidungskraft von Hörmarken**

Es müsste die konkrete Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG (entsprechend Art. 7 Abs. 1 c) GMV und Art. 3 Abs. 1 b) MRRL) gegeben sein. Eine Hörmarke müsste also von den Verkehrskreisen, an die sich das entsprechende gekennzeichnete Produkt richtet, als Herkunftshinweis verstanden werden.<sup>147</sup> Ob dies der Fall ist, lässt sich nur im Einzelfall mit Produktbezug bestimmen. Folgende Überlegungen sind in Bezug auf die konkrete Unterscheidungskraft von Hörmarken bedenkenswert:

Problematisch sind hier etwa Geräusche, die in einem unmittelbaren Zusammenhang mit den zu kennzeichnenden Waren oder Dienstleistungen stehen. So würde etwa einer Hörmarke, die das Geräusch beinhaltet, das beim Einschenken von Bier in ein Glas entsteht, die konkrete Unterscheidungskraft fehlen, wenn der Markenschutz für das Produkt „Bier“ begehrt wird, da die maßgebliche Verkehrsauffassung dies nur als Bezeichnung des Produktes verstehen wird.<sup>148</sup> Gleiches würde etwa für die Kennzeichnung von Personenkraftwagen oder der Dienstleistung einer Reparaturwerkstatt mit der Hörmarke eines Motorengeräusches gelten. Auch hier läge keine konkrete Unterscheidungskraft vor. Würde es sich um den „*unverwechselbaren Sound*“ handeln, den nur der Motor eines bestimmten Herstellers hat, könnte wiederum konkrete Unterscheidungskraft gegeben sein.<sup>149</sup> Ebenfalls problematisch sind Töne oder Laute, soweit sie allgemein bekannt sind und ein direkter Bezug zu den zu kennzeichnenden Waren oder Dienstleistungen besteht. Zu denken wäre hier etwa an eine bekannte Weihnachtsmelodie als Kennzeichnung von Weihnachtsbaumschmuck. Auch hier würde es an der konkreten Unterscheidungskraft fehlen.<sup>150</sup>

---

<sup>147</sup> Becker, WRP 2000, 56 (63).

<sup>148</sup> Becker, WRP 2000, 56 (64).

<sup>149</sup> Ingerl/Rohnke, in: Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 193.

<sup>150</sup> Hölk, FS Ullmann 2006, 239 (244).



Als problematisch im Hinblick auf die konkrete Unterscheidungskraft werden auch einzelne Töne oder besonders lange Tonfolgen gesehen.<sup>151</sup> In der vorliegenden Arbeit wird aber die Auffassung vertreten, dass in diesem Fall bereits die abstrakte Unterscheidungseignung fraglich ist (siehe hierzu Kapitel 3.2.2.).

Festzuhalten ist, dass in der Praxis zahlreiche Hörmarken denkbar sind, die das Erfordernis der konkreten Unterscheidungskraft erfüllen. Es ist jeweils der Einzelfall zu untersuchen.

### **3.3.2 Weitere absolute Schutzhindernisse**

Den weiteren absoluten Schutzhindernissen gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2-10 MarkenG kommt eine im Vergleich zu § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG geringere Bedeutung zu. An ihnen wird die Eintragung einer Hörmarke in der Praxis nur in Einzelfällen scheitern.<sup>152</sup>

### **3.4 Zwischenergebnis**

Der Einsatz von Hörmarken bietet ihren Nutzern eine Reihe von Vorteilen gegenüber traditionellen Marken. Für Hörmarken kommen zahlreiche Anwendungsgebiete in Frage. Somit stellt sich die Frage nach der Möglichkeit ihres markenrechtlichen Schutzes durch Eintragung in das Markenregister.

Hörmarken können sowohl nach den deutschen wie nach den europäischen Rechtsvorschriften grundsätzlich markenfähig sein. Sie können in das Register eingetragen werden, wenn sie abstrakt unterscheidungsgeeignet und graphisch darstellbar sind und keine absoluten Schutzhindernisse vorliegen. Diese Einschätzung wurde auch durch den EuGH bestätigt.

Im Hinblick auf ihre Zeichenfähigkeit und ihre abstrakte Unterscheidungseignung ergeben sich bezüglich Hörmarken keine grundsätzlichen Bedenken. Ein Vorliegen der konkreten Unterscheidungskraft und der weiteren absoluten Schutzhindernisse ist stets im Einzelfall zu überprüfen.

Weiter ist festzustellen, dass sowohl für melodische als auch für amelodische Hörmarken Arten der Darstellung möglich sind, die den vom EuGH gemachten Anforderungen an die graphische Darstellbarkeit gemäß Art. 2 MRRL (und damit § 8 Abs. 1 MarkenG) genügen. Für melodische Hörmarken bietet sich eine Darstellung durch ein in Takte gegliedertes Notensystem mit einem Notenschlüssel, Noten- und Pausenzeichen, deren Form ihren relativen Wert angibt, und ggf.

---

<sup>151</sup> Kortbein, S. 175 ff.

<sup>152</sup> Siehe etwa Bahner, S. 168 ff.

Vorzeichen. Markenmelder sollten eine solche Darstellung ggf. durch zusätzliche Angaben konkretisieren.

Für melodische und insbesondere amelodische Hörmarken kommt auch die Darstellung mittels eines skalierten Sonagramms, ggf. ergänzt durch eine wörtliche Beschreibung, in Frage, welches ebenfalls die vom EuGH aufgestellten Anforderungen erfüllen kann. Die Praxis des HABM, Sonagramme als graphische Darstellungen zuzulassen, ist deshalb ausdrücklich zu begrüßen. Die Entscheidung des DPMA, Sonagramme nicht mehr zuzulassen, sollte korrigiert werden.

### 3.5 Der Schutz von Hörmarken in anderen Rechtskreisen

International ist der Schutz von Hörmarken in vielen Ländern möglich. In den Mitgliedstaaten der EU sind Hörmarken durch die Umsetzung der MRRL weithin anerkannt.<sup>153</sup> International fällt insbesondere die in den USA betriebene liberale Eintragungspraxis auf. Hier sind melodische und amelodische Hörmarken schon lange anerkannt.<sup>154</sup> Die übliche Darstellungsweise für amelodische Hörmarken sind dort Lautmalereien bzw. Onomatopoeika.

Darüber hinaus besteht etwa in Australien<sup>155</sup>, Neuseeland<sup>156</sup> und in praktisch allen lateinamerikanischen Ländern<sup>157</sup> die Möglichkeit, Hörmarken registrieren zu lassen.

## 4 Der Schutz von Geruchsmarken

Entsprechend der Vorgehensweise in Kapitel 3 wird nach einer Darstellung von Begriff, Vorteilen und Anwendungsmöglichkeiten von Geruchsmarken untersucht, ob und inwieweit Geruchsmarken grundsätzlich die wesentlichen materiellen Voraussetzungen für einen Schutz durch Eintragung in das Markenregister erfüllen können. Danach wird auch hier ein kurzer Überblick über den Schutz von Geruchsmarken in anderen Rechtskreisen gegeben.

---

<sup>153</sup> Fezer in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 593.

<sup>154</sup> Sec. 45 Lanham Act; 15 US C § 1127 - abrufbar etwa unter <http://www.bitlaw.com/source/15usc/1127.html> (letzter Abruf 16. Oktober 2014).

<sup>155</sup> Siehe etwa Section 6 des Trade Marks Act of Australia 1995 – Abrufbar unter [http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/tma1995121/s6.html](http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/tma1995121/s6.html) (letzter Abruf 03. Oktober 2014).

<sup>156</sup> Siehe etwa Section 5 des Trade Marks Act of New Zealand - Abrufbar unter <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2002/0049/latest/DLM164249.html> (letzter Abruf 03. Oktober 2014).

<sup>157</sup> Leguizamon, GRUR Int. 2003, 397 (398).

## 4.1 Die Geruchsmarke

Zunächst werden Begriff, Vorteile und Anwendungsmöglichkeiten von Geruchsmarken erörtert.

### 4.1.1 Begriff

Eine einheitliche Sprachregelung gibt es für Geruchsmarken ebenso wenig wie für Hörmarken. Geruchsmarken werden umgangssprachlich manchmal auch als „Riechmarken“ oder „Duftmarken“ bezeichnet. Im marketingtheoretischen Sprachgebrauch findet sich der Begriff der „olfaktorischen Marke“.<sup>158</sup> Englischsprachige Bezeichnungen sind „scent mark“ oder „smell mark.“<sup>159</sup>

Ausdrücklich erwähnt werden Geruchsmarken im deutschen und europäischen Recht nicht. Auch in den Umsetzungsgesetzen der anderen EU-Mitgliedstaaten findet sich der Begriff nicht.<sup>160</sup>

Definiert werden kann die Geruchsmarke als „eine sensorische Marke, die ein Produkt olfaktorisch identifiziert.“ Die produktidentifizierende und herkunftskennzeichnende Funktion (siehe Kapitel 2.2.) einer olfaktorischen Marke beruht auf der Funktionsweise des Geruchssinns. Eine olfaktorische Marke liegt dann vor, wenn die *kennzeichenrechtliche Herkunftsfunktion über den Geruchssinn realisiert* wird.<sup>161</sup>

### 4.1.2 Vorteile

Ähnlich wie akustische Reize sind auch olfaktorische Reize in der Lage, bei den Empfängern starke emotionale Wirkungen zu entfalten. Allgemein wird davon ausgegangen, dass Gerüche sogar noch besser als „Emotionsauslöser“ geeignet sind als akustische Reize.<sup>162</sup> Darüber hinaus hat der Mensch ein stark ausgeprägtes Geruchsgedächtnis, welches ihn in die Lage versetzt, Gerüche noch nach Jahren wieder zu erkennen und mit bestimmten Stimmungen zu verknüpfen.<sup>163</sup> Grund hierfür soll die enge Verbindung des Geruchssinnes zu den Hirnre-

---

<sup>158</sup> Alle *Kutscha*, S. 43.

<sup>159</sup> Siehe etwa [http://en.wikipedia.org/wiki/Non-conventional\\_trademark](http://en.wikipedia.org/wiki/Non-conventional_trademark) (letzter Abruf 03. Oktober 2014).

<sup>160</sup> *Kutscha*, S. 45, die aber auf die ausdrückliche Erwähnung des Begriffs in internationalen Übereinkommen verweist.

<sup>161</sup> *Fezer*, in: *Fezer*, Komm., § 3 Rn. 606; *Kutscha*, S. 43; *Isenberg*, S. 20.

<sup>162</sup> Vgl. etwa *Novak*, S. 156.

<sup>163</sup> *Kutscha*, S. 71.

gionen sein, die das emotionale Verhalten bestimmen.<sup>164</sup> Hierzu zählt insbesondere das limbische System, eine „*Funktionseinheit des Gehirns, die der Verarbeitung von Emotionen und der Entstehung von Triebverhalten dient.*“<sup>165</sup> Olfaktorische Reize sind somit die „Wegbereiter“ für dauerhaft im Gedächtnis abgespeicherte Stimmungen und Gefühle.<sup>166</sup> Dabei ist stets zu berücksichtigen, dass der Geruchssinn des Menschen enorm empfindlich reagiert. Um eine bestimmte Stimmung beim Rezipienten hervorzurufen, genügt dementsprechend schon eine Verwendung knapp oberhalb der Wahrnehmungsschwelle.<sup>167</sup>

Auch werden olfaktorische Reize zwangsweise wahrgenommen. Ein Verbraucher kann sich ihrer Wahrnehmung noch weniger entziehen als der Wahrnehmung von akustischen Ereignissen. Zwar kommt auch hier das Verschließen oder „Zuhalten“ der Nase in Betracht, jedoch hat die Wahrnehmung in diesem Fall schon stattgefunden und eine Wirkung sich schon entfaltet. Einer Wahrnehmung olfaktorischer Reize etwa in einer „Verkaufsumgebung“ kann der angesprochene Verbraucher sich de facto nicht entziehen.

Weiter sind olfaktorische Reize vollkommen unabhängig von sprachlichen Grenzen. Zwar liegt auf der Hand, dass Gerüche in verschiedenen Ländern zum Teil höchst unterschiedliche Assoziationen hervorrufen.<sup>168</sup> Jedoch eröffnen olfaktorische Reize als von Sprache und Schriftzeichen unabhängiges Kommunikationsmedium in einer zunehmend globalisierten Wirtschaft auch enorme Möglichkeiten.<sup>169</sup>

Dass der Einsatz von olfaktorischen Reizen als Mittel zur Kommunikation zwischen Verbrauchern und Unternehmen im Vergleich zu traditionellen Markenformen wie Wort- und Bildmarken noch verhältnismäßig wenig verbreitet ist, kann dabei als ein weiterer Vorteil gewertet werden. Vielfach wird etwa in der Werbebranche darüber geklagt, dass eine gewisse „Reizüberflutung“ durch Werbung

---

<sup>164</sup> Pres, S. 47.

<sup>165</sup> Siehe [http://de.wikipedia.org/wiki/Limbisches\\_System](http://de.wikipedia.org/wiki/Limbisches_System) (letzter Abruf 16. Oktober 2014).

<sup>166</sup> Kutscha, S. 71.

<sup>167</sup> Pres, S. 47.

<sup>168</sup> So wird z.B. Zitronenduft in Deutschland mit hygienischer Reinheit assoziiert und dementsprechend zur „Beduftung“ von Reinigungsmitteln verwendet. In Spanien hingegen, wo Zitronen wachsen, löst der Zitronenduft eher Assoziationen von Feldarbeit und Landwirtschaft aus. Ein Reinigungsmittel mit Zitronenduft wäre in Spanien wohl kaum verkäuflich.

<sup>169</sup> Novak, S. 155. Siehe auch Kutscha, S. 78.

u. a. in Form von Wort- und Bildmarken zu beobachten ist, die dazu geführt hat, dass die Verbraucher „abgestumpft“ und den „Anspracheversuchen“ der Unternehmen in der Folge weniger zugänglich sind. Geruchsmarken können hier als ein neuer, bislang „ungenutzter Weg“ gesehen werden, Einfluss auf die Verbraucher zu nehmen.

#### 4.1.3 Anwendungsmöglichkeiten

Die sich ergebenden Anwendungsgebiete einer markenmäßigen Nutzung olfaktorischer Reize, also der „Verknüpfung einer (positiven) Emotion mit einem Produkt oder einer Dienstleistung mittels eines olfaktorischen Reizes, sind zahlreich: Heute bereits verbreitet ist der Einsatz von Gerüchen bzw. die „Beduftung von Dienstleistungen“ etwa bei der Verkaufsraumgestaltung. So setzen etwa Reisebüros Gerüche ein, die bei den Kunden Assoziationen zu Urlaubszielen hervorrufen.<sup>170</sup> Neben einer „Beduftung von Dienstleistungen“ ist auch eine „Beduftung von Waren“ problemlos vorstellbar. Insbesondere synthetisch hergestellte Gerüche eignen sich, um sie auf Produkte aufzubringen und dem Käufer so eine Information über Herkunft und Qualität des Produktes zukommen zu lassen.<sup>171</sup>

In Zukunft dürften olfaktorische Reize – ähnlich wie die akustischen Reize – eine immer wichtigere Rolle im Rahmen der „corporate identity“ von Unternehmen spielen. So lassen einige Unternehmen heute schon sogenannte „corporate scents“ entwickeln, die für einen einheitlichen olfaktorischen Unternehmensauftritt sorgen.<sup>172</sup> Bekanntestes Beispiel ist das Unternehmen „Singapore Airlines“, das bereits seit Ende der 1990er-Jahre über einen eigens entwickelten „Unternehmensduft“ mit Namen „Stefan Floridian Waters“ verfügt.<sup>173</sup>

## 4.2 Markenfähigkeit von Geruchsmarken

Um markenfähig zu sein, müssten auch Geruchsmarken grundsätzlich Zeichen sein können, die abstrakte Unterscheidungseignung aufweisen und graphisch darstellbar sind.

---

<sup>170</sup> Vgl. *Pres*, S. 47 mit Hinweis auf das „multisensuale Reisebüro“ von TUI in Berlin.

<sup>171</sup> Zu den zahlreichen Einsatzmöglichkeiten von Geruchsmarken siehe auch *Isenberg*, S. 77 ff.

<sup>172</sup> Siehe hierzu etwa *Brügge*, DIE ZEIT Nr. 2/2009 v. 31. März 2009, abrufbar unter <http://www.zeit.de/2009/02/C-Duftdesigner> (letzter Abruf 03. Oktober 2014).

<sup>173</sup> Vgl. *Pres*, S. 47 oder [http://en.wikipedia.org/wiki/Sensory\\_branding](http://en.wikipedia.org/wiki/Sensory_branding) (letzter Abruf 03. Oktober 2014).

#### 4.2.1 Zeichen gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG

Zwar sind Geruchsmarken in der beispielhaften Aufzählung des § 3 Abs. 1 MarkenG nicht enthalten. Die betont offene Formulierung und das folglich sehr weite Verständnis des Zeichenbegriffs führen dazu, dass grundsätzlich auch Geruchszeichen als Zeichen in Betracht kommen können. Siehe hierzu auch Kapitel 2.4.1.1.

Mit Blick auf die Erfordernisse der Selbständigkeit und Bestimmtheit gibt es auch bei Geruchsmarken keinen Anlass anzunehmen, dass sie diese generell nicht erfüllen könnten. Die Selbständigkeit kann wohl bei der Bezeichnung von Produkten zweifelhaft sein, von denen ihrerseits zumindest auch ein Geruch ausgeht. Es muss darauf geachtet werden, dass zwischen Geruchsmarke und Produkt eine „funktionale Verschiedenheit“ besteht.<sup>174</sup> So ist etwa der Parfümduft nicht selbständig gegenüber dem entsprechenden Parfüm. Insofern könnte der Parfümduft niemals markenrechtlichen Schutz als Geruchsmarke erlangen, denn er ist keine Zusatzfunktion des Produktes, sondern seine Hauptfunktion.<sup>175</sup> Eine geistige Abstrahierbarkeit der Geruchsmarke vom Produkt bzw. ein ausreichender Abstand ist nicht gegeben. Dasselbe gilt z.B. für den Tannennadelduft, mit dem ein Weihnachtsbaum bezeichnet werden soll oder für den Geruch von Lufterfrischern für das Produkt Lufterfrischer. In diesen Fällen liegt keine ausreichende Selbständigkeit vor.<sup>176</sup> Siehe hierzu auch Kapitel 2.4.1.1.

#### 4.2.2 Abstrakte Unterscheidungseignung gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG

Mit Blick auf den sehr großzügigen anzulegenden Beurteilungsmaßstab bei der abstrakten Unterscheidungseignung (siehe hierzu Kapitel 2.4.1.2.) gibt es keinen Grund, diese für Geruchsmarken generell abzulehnen. Gegen die abstrakte Unterscheidungseignung von Gerüchen ist vorgebracht worden, dass Gerüche in der menschlichen Gesellschaft - anders als im Tierreich, in dem Reviere „markiert“ werden - meist nicht zur Kennzeichnung der betrieblichen Herkunft von Produkten eingesetzt und häufig nicht bewusst wahrgenommen werden. Somit könnten Gerüche – sofern sie überhaupt bemerkt würden – vom Verkehr nur als Eigenschaft einer Ware oder Bestandteil einer Raumatmosphäre verstanden

---

<sup>174</sup> Sessinghaus, Diss., S. 20.

<sup>175</sup> Kutscha, S. 119; Sessinghaus, Diss, S. 20. Auch Fezer in: Fezer, Komm., § 3 Rn. 610 allerdings unter Berufung auf § 3 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

<sup>176</sup> Sessinghaus, Diss., S. 20.

werden.<sup>177</sup> Diese Sicht verkennt aber, dass bereits heute eine Differenzierung von Produkten anhand des Geruchs sehr häufig stattfindet. Man denke daran, dass viele Verbraucher an bestimmten Produkten riechen, bevor sie sie erwerben.<sup>178</sup> Dies ist mindestens als „erster Schritt“ einer olfaktorischen Produktidentifizierung zu bewerten. Vor dem Hintergrund des großzügigen anzuwendenden Beurteilungsmaßstabs kann die Möglichkeit, dass Geruchsmarken auch zur Unterscheidung der betrieblichen Herkunft von Produkten geeignet sein können, also nicht generell vereint werden.<sup>179</sup>

#### **4.2.3 Graphische Darstellbarkeit gemäß § 8 Abs. 1 MarkenG**

Es ist weiter das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit gemäß § 8 Abs. 1 MarkenG zu prüfen. Hier sei zunächst auf die Ausführungen in Kapitel 2.4.1.3. verwiesen. Wie die Hörmarken gehören auch die Geruchsmarken zu den nicht visuell wahrnehmbaren Zeichenformen, die sich nicht unmittelbar graphisch darstellen lassen. Es kann also auch bei Geruchsmarken nur um die Frage gehen, wie eine mittelbare graphische Darstellung realisiert werden könnte. Diese Frage war in den vergangenen Jahren Gegenstand der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung.

Nachfolgend wird eine Auswahl von Darstellungsarten beschrieben und erläutert, welche in der Vergangenheit in Literatur und Rechtsprechung diskutiert wurden.

##### **4.2.3.1 Wörtliche Beschreibung eines Duftes bzw. Geruchs**

Es besteht zunächst die naheliegende Möglichkeit, einen Geruch bzw. einen Geruchseindruck verbal zu beschreiben. So waren in der Vergangenheit etwa Gerüche Gegenstand von Markeneintragungsverfahren, die als „der Duft von frischem, geschnittenen Gras“<sup>180</sup> oder als „balsamisch fruchtiger Duft mit einem leichten Anklang an Zimt“<sup>181</sup> beschrieben wurden.

##### **4.2.3.2 Chemische Formel**

Eine weitere diskutierte Art der Darstellung von Gerüchen ist die Angabe einer chemischen Formel. Chemische Formeln sind eine naturwissenschaftlich einheit-

---

<sup>177</sup> So *Guth*, Mitt. 2003, 97 (98).

<sup>178</sup> *Sessinghaus*, Diss., S. 22 f.; vgl. auch *Isenberg*, S. 62 f.

<sup>179</sup> So auch *Sessinghaus*, Diss, S. 23; *Pres*, S. 197; *Isenberg*, S. 64.

<sup>180</sup> HABM (2. BK), Entscheidung v. 11. Februar 1999, WRP 1999, 681.

<sup>181</sup> EuGH, Urteil v. 12.12.2002, GRUR 2003, 145 – „Sieckmann“.

liche Handhabung der Bezeichnung von Stoffen und von deren Mischverhältnis. Sie bestehen aus Symbolen für die chemischen Elemente und geben den Grundaufbau von Stoffen vereinfacht wieder.<sup>182</sup> Zu unterscheiden ist bei chemischen Formeln zwischen Summen- und Strukturformeln.

Stark vereinfacht gesagt, geben Summenformeln lediglich Aufschluss über die Art und Zahl von chemischen Elementen in einer bestimmten Substanz. Die jeweiligen Elemente werden also als Summe dargestellt und ggf. zu sinnvollen Atombildungsgruppen zusammengefasst. Jedoch ist zu beachten, dass eine Summenformel keine Aussage über die räumliche Anordnung der einzelnen Atomgruppen zulässt. Diese hat aber Einfluss auf die Qualität und Intensität des Geruchs.<sup>183</sup>

Die Strukturformel gibt hingegen die räumliche Anordnung der Atome und die Bindungen zwischen ihnen an. Sie ermöglicht die Abbildung von beliebig komplexen Substanzen sowie die Reproduktion eines Stoffes und somit des von ihm ausgehenden Geruchs.<sup>184</sup> Dementsprechend wird in der Regel auch nur die chemische Strukturformel als mögliche Darstellungsart diskutiert.

#### **4.2.3.3 Hinterlegung von Geruchsproben**

Vorgeschlagen wurde auch, dem Erfordernis der graphischen Darstellung durch die Hinterlegung einer Geruchsprobe beim Markenamt nachzukommen.<sup>185</sup> In der Praxis würde dann etwa ein Behältnis mit einer Geruchsprobe beim Markenamt eingereicht. Darüber hinaus wurde auch diskutiert, der Anmeldung einer Geruchsmarke ergänzend oder alternativ zur Einreichung einer Probe den Hinweis auf den Hinterlegungsort des Geruchs, d.h. z.B. auf eine Adresse, unter der der in Rede stehende Geruch bezogen werden kann, beizufügen.

#### **4.2.3.4 Ausgewählte Entscheidungen**

Die in den Kapiteln 4.2.3.1. bis 4.2.3.3. aufgeführten Darstellungsarten sind in den vergangenen Jahren Gegenstand von Entscheidungen der Markenämter und

---

<sup>182</sup> *Isenberg*, S. 36.

<sup>183</sup> *Novak*, S. 204 ff. Siehe auch *Sessinghaus*, Diss., S. 47 f.

<sup>184</sup> *Isenberg*, S. 37.

<sup>185</sup> Schon *Aron* schlug 1930 – freilich lange vor Inkrafttreten des MarkenG – vor, dass „Geruchsmarken den Eingang in die flächengestaltete Zeichenrolle derart finden [können], dass ein mit dem Geruch durchtränktes Stückchen Fließpapier in die Zeichenrolle aufgenommen [wird]“, GRUR 1930, 1017 (1023).



des EuGH gewesen. Die Beurteilung der Darstellungsarten wird im Folgenden anhand ausgewählter Entscheidungen wiedergegeben.

#### 4.2.3.4.1 Die HABM-Entscheidung „the smell of fresh-cut grass“

Im Jahr 1996 beehrte ein niederländisches Unternehmen beim HABM die Eintragung von „der Duft von frischem, geschnittenen Gras“ („the smell of fresh cut grass“) als Gemeinschaftsmarke. Beabsichtigt war eine Kennzeichnung von Tennisbällen.<sup>186</sup>

Der Prüfer lehnte eine Eintragung ab mit der Begründung, die wörtliche Beschreibung, „Der Duft von frischem, geschnittenen Gras“ sei keine graphische Darstellung der Geruchsmarke selbst, die angemeldete Marke sei nur eine Beschreibung der Marke und die Marke sei im Anmeldeantrag in keiner Gestalt oder Form zugegen.<sup>187</sup>

Das anmeldende Unternehmen wehrte sich gegen diese Entscheidung und führte aus, Geruchsmarken seien nicht vom Schutz als Gemeinschaftsmarken ausgeschlossen. Die graphische Darstellbarkeit habe lediglich die Funktion, sicherzustellen, dass Dritte den Schutz der Marke bei einer Veröffentlichung beurteilen können. Es sei eine Analyse des Einzelfalls notwendig.

Trotzdem wurde die Eintragung im Ergebnis zunächst durch den Prüfer abgelehnt. Die angemeldete Marke sei durch die Beschreibung nicht graphisch wiedergegeben. Eine Geruchsmarke sei beansprucht und eine verbale Beschreibung der Marke eingereicht. Es sei dadurch nicht klar, wo der Schutzbereich beginnt und wo er endet.<sup>188</sup>

Diese Entscheidung des Prüfers wurde schließlich durch die 2. Beschwerdekammer des HABM aufgehoben und zwecks Eintragung an den Prüfer zurückverwiesen. Die Kammer vertrat die Auffassung, dass die eingereichte Beschreibung das Erfordernis der graphischen Darstellung erfüllt. Sie führte aus, bei der Beschreibung handele es sich um einen *„charakteristischen Geruch, den jeder sogleich aus seiner Erfahrung kennt. Viele erinnert der Duft oder Geruch von frischem geschnittenen Heu an Frühling oder Sommer, gemähte Felder oder Spielfelder oder andere derart angenehme Erfahrungen.“*<sup>189</sup>

---

<sup>186</sup> HABM (2. BK), Entscheidung v. 11. Februar 1999, WRP 1999, 681.

<sup>187</sup> HABM (2. BK), Entscheidung v. 11. Februar 1999, WRP 1999, 681.

<sup>188</sup> HABM (2. BK), Entscheidung v. 11. Februar 1999, WRP 1999, 681.

<sup>189</sup> HABM (2. BK), Entscheidung v. 11. Februar 1999, WRP 1999, 681 (683).

#### 4.2.3.4.2 Das EuGH-Urteil „Sieckmann“

Im Jahr 2002 entschied der EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren nach Vorlage der Sache durch das Bundespatentgericht (BPatG) über die Auslegung von Art. 2 MRRL.<sup>190</sup> Der Entscheidung ging folgendes Verfahren voraus:

Der Anmelder Ralf Sieckmann beehrte die Eintragung einer Geruchsmarke beim DPMA. Die Geruchsmarke sollte verschiedene Dienstleistungen (u. a. Unternehmensverwaltung, Büroarbeiten, kulturelle Aktivitäten etc.) kennzeichnen. In dem entsprechenden Anmeldeformular hatte der Anmelder auf eine als Anlage beigefügte Beschreibung verwiesen, in welcher er die Reinsubstanz „Methylcinnamat (= Zinksäuremethylester)“ und deren chemische Strukturformel angab. Weiter verwies er ausdrücklich darauf, dass Proben der angemeldeten Geruchsmarke über den örtlichen Laborbedarf gemäß Gelbe Seiten der Deutschen Telekom oder über ein ausdrücklich bezeichnetes Chemieunternehmen erhältlich seien. Darüber hinaus fügte er der Anmeldung ein Behältnis mit einer Riechprobe des Zeichens bei. Dazu führte er aus, der Duft würde *„üblicherweise als balsamisch-fruchtig mit einem leichten Anklang an Zimt bezeichnet“*<sup>191</sup>.

Das DPMA lehnte die Eintragung u. a. mit der Begründung ab, dass Bedenken gegen die graphische Darstellbarkeit der Marke gemäß § 8 Abs. 1 MarkenG bestünden. Der Anmelder erhob daraufhin Klage beim BPatG. Das BPatG machte ebenfalls Zweifel daran geltend, dass eine Geruchsmarke die Voraussetzung der graphischen Darstellbarkeit gemäß § 8 Abs. 1 MarkenG erfüllen könne. Zum Zwecke der Auslegung des § 8 Abs. 1 MarkenG im Einklang mit Art. 2 MRRL setzte das BPatG deshalb das Verfahren aus und legte es dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

In seiner Entscheidung stellte der EuGH zunächst fest, dass die in Art. 2 MRRL aufgeführte Beispielliste nicht abschließend sei und daher auch die nicht visuell wahrnehmbaren Zeichen nicht ausdrücklich ausschließe. Art. 2 MRRL sei dahingehend auszulegen, dass auch solche Zeichen Marke sein können, sofern sie graphisch darstellbar sind.<sup>192</sup> In diesem Zusammenhang formulierte der EuGH erstmals die u. a. in Kapitel 2.4.1.3. dargestellten Anforderungen, insbesondere die sieben Kriterien, an die graphische Darstellbarkeit.

---

<sup>190</sup> EuGH, Urteil v. 12. Dezember 2002, GRUR 2003, 145 – „Sieckmann“.

<sup>191</sup> EuGH, Urteil v. 12. Dezember 2002, GRUR 2003, 145 (146) – „Sieckmann“.

<sup>192</sup> EuGH, Urteil v. 12. Dezember 2002, GRUR 2003, 145 (147). – „Sieckmann“.

Hinsichtlich der Darstellung einer Geruchsmarke durch eine *chemische Formel* würden „*nur wenige in einer solchen Formel den fraglichen Geruch wieder erkennen*“. Eine solche Formel sei nicht *verständlich* genug. Darüber hinaus gebe eine chemische Formel nicht den Geruch einer Substanz, sondern die Substanz selber wieder. Auch fehle es ihr an der nötigen *Klarheit* und *Eindeutigkeit*. Eine chemische Formel sei daher keine Darstellung im Sinne von Art. 2 MRRL.

Bei der *Beschreibung eines Geruchs* handele es sich zwar um eine graphische Darstellung. Diese sei aber nicht *klar*, *eindeutig* und *objektiv* genug.

Die *Hinterlegung einer Geruchsprobe* stellt laut EuGH *keine* graphische Darstellung dar. Außerdem fehle einer Geruchsprobe die nötige *Stabilität* oder *Dauerhaftigkeit*.

Wenn bei einem Riechzeichen weder eine chemische Formel, noch eine Beschreibung in Worten, noch die Hinterlegung einer Geruchsprobe geeignet seien, als solche den Anforderungen an die graphische Darstellung zu genügen, so könne laut EuGH auch deren Kombination diese Erfordernisse, insbesondere die der Klarheit und Eindeutigkeit nicht erfüllen.<sup>193</sup>

#### **4.2.3.4.3 Analyse und Würdigung der Entscheidungen**

Auch hier ist der Vollständigkeit halber zunächst darauf hinzuweisen, dass weder das HABM noch der EuGH Einwände grundsätzlicher Art gegen eine Markenfähigkeit von Geruchsmarken geäußert haben. Auch wenn sie nicht wörtlich erwähnt werden, sind auch Geruchsmarken von Art. 2 MRRL (und damit § 3 Abs. 1 MarkenG) mit umfasst. Sie können markenrechtlichen Schutz erlangen, sofern sie unterscheidungskräftig und graphisch darstellbar sind. Problematisch ist auch hier stets die Art der Darstellung im Hinblick auf die durch den EuGH aufgestellten sieben Kriterien (siehe auch Kapitel 2.4.1.3.).

In Bezug auf die *wörtliche Beschreibung* von Geruchseindrücken ist zunächst darauf aufmerksam zu machen, dass die in Kapitel 4.2.3.4.1. dargestellte Entscheidung „the-smell-of-fresh-cut-grass“ zeitlich vor dem "Sieckmann-Urteil" (Kapitel 4.2.3.4.2.) des EuGH und damit vor Formulierung der Anforderungen an die graphische Darstellbarkeit liegt. Mit Blick auf diese Anforderungen kann davon ausgegangen werden, dass heute die Eintragung einer Geruchsmarke aufgrund einer wörtlichen Beschreibung wie der in der HABM-Entscheidung nicht mehr

---

<sup>193</sup> EuGH, Urteil v. 12. Dezember 2002, GRUR 2003, 145 (147). – „Sieckmann“.

möglich wäre.<sup>194</sup> Zwar hat das Gericht der Europäischen Union (EuG) in einer weiteren Entscheidung mit Bezug auf das Sieckmann-Urteil festgestellt, dass sich „mit einer Beschreibung zwar keine Riechzeichen grafisch darstellen lassen, für die zahlreiche Beschreibungen in Frage kommen, dass aber nicht völlig auszuschließen ist, dass ein Riechzeichen Gegenstand einer Beschreibung sein kann, die alle Voraussetzungen [...] erfüllt.“<sup>195</sup> Jedoch ist davon auszugehen, dass es in der Praxis allenfalls in sehr seltenen Einzelfällen gelingen kann, einen Geruch so zu beschreiben, dass Dritte den Schutzgegenstand klar und eindeutig erfassen können. Wörtliche Beschreibungen von Sinneseindrücken sind von Natur aus stark von Subjektivität und Relativität geprägt. Die wörtliche Beschreibung kann also allenfalls in solchen Fällen die Anforderungen erfüllen, in denen es um einen sehr speziellen und charakteristischen Geruch geht.<sup>196</sup>

Um bei wörtlichen Beschreibungen ein größeres Maß an Objektivität zu ermöglichen, wird teilweise vorgeschlagen, sich an einem „Klassifikationssystem“, also einer Kategorisierung von Gerüchen, zu orientieren.<sup>197</sup> Jedoch existiert derzeit noch kein einheitliches und allgemein anerkanntes internationales System zur Klassifikation von Gerüchen<sup>198</sup>, weshalb eine Beschreibung aufgrund eines solchen Systems, welche die Anforderungen des EuGH erfüllen könnte, allenfalls für einen Teil von Gerüchen denkbar ist.<sup>199</sup> Allerdings ist durchaus umstritten, inwieweit solche Systeme überhaupt zur Objektivierung beitragen können.<sup>200</sup>

Nicht nachzuvollziehen ist die Entscheidung des EuGH im Hinblick auf die *chemischen Formeln*. Anders als eine chemische Summenformel kann die chemische Strukturformel eine Substanz *eindeutig* bestimmen (siehe hierzu Kapitel 4.2.3.2.). Auch ermöglicht sie die genaue Reproduktion der Substanz und damit des Geruchs. Insofern ist die Darstellung durch eine chemische Strukturformel präziser als die Darstellung eines melodischen Hörzeichens durch Notenschrift,

---

<sup>194</sup> Nach Recherchen des Verfassers der vorliegenden Arbeit ist die Marke wegen Nichtverlängerung mittlerweile gelöscht. Siehe dazu <https://oami.europa.eu/eSearch/#basic/1+1+1+1/000428870> (letzter Abruf am 15. Oktober 2014).

<sup>195</sup> EuG, Urteil v. 27. Oktober 2005, GRUR 2006, 327 (328).

<sup>196</sup> So auch *Isenberg*, S. 47 f.; a. A. wohl *Pres*, S. 198 f.

<sup>197</sup> Siehe etwa *Isenberg*, S. 48 ff.

<sup>198</sup> Vgl. etwa EuG, Urteil v. 27. Oktober 2005, GRUR 2006 327 (328).

<sup>199</sup> *Isenberg*, S. 48 ff.

<sup>200</sup> Siehe etwa *Pres*, S. 198 f.

welche keine Aussage etwa zu Instrumentierung und Interpretation beinhalten muss.<sup>201</sup>

Insbesondere kann auch keine Rede davon sein, dass eine chemische Formel, wie der EuGH meint, nicht *verständlich* ist. Der EuGH hat in einer – späteren – Entscheidung in Bezug auf Hörmarken erklärt, dass die graphische Darstellung durch ein Notensystem (siehe Kapitel 3.2.3.5.2.) den an Art. 2 MRRL gestellten Anforderungen grundsätzlich genügt. Wie bereits erörtert, dürfte unstrittig sein, dass auch beim Blick auf ein solches Notensystem nur wenige das fragliche akustische Ereignis „im Ohr“ haben werden und angesichts der Anzahl an in Deutschland lebenden Menschen, die keine Noten lesen können, wird in der Regel also ein Notenkundiger hinzugezogen werden müssen und ein Instrument zur Beurteilung des klanglichen Eindrucks benötigt werden.<sup>202</sup> Trotzdem wird der Aufwand, sich eine in Notenschrift niedergelegte Hörmarke verständlich zu machen – zu Recht – als zumutbar angesehen. Es sei an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, dass Sinn und Zweck des Markenregisters die Gewährleistung der Festlegung, der Nachvollziehbarkeit und Nachprüfbarkeit von Schutzrechten ist und nicht die Festlegung von Einsichtnahmebedingungen durch Wettbewerber.<sup>203</sup> Es sei deshalb an den bereits angestellten Vergleich mit dem rechtsstaatlichen Veröffentlichungsgebot beim Erlass von Gesetzen erinnert, bei dem die Möglichkeit für die Bürger in die Gesetzblätter Einsicht zu nehmen als ausreichend erachtet wird, auch wenn sich ihnen der Inhalt unter Umständen erst mit weiterem zu verschaffendem Fachwissen erschließt. Es stellt keinen Unterschied dar, ob bei einem schwierigen Gesetz ein Fachanwalt, bei einer Notenpartitur ein Notenkundiger oder bei einer chemischen Strukturformel ein Chemiker oder Patentanwalt hinzugezogen wird.<sup>204</sup> Hierzu sei nochmals auf die in diesem Zusammenhang in den Kapiteln 2.4.1.3. und 3.2.3.5.4. gemachten Ausführungen verwiesen.

Schließlich geht auch der Einwand des EuGH fehl, eine chemische Formel sei deshalb keine graphische Darstellung, weil sie nicht den Geruch einer Substanz, sondern die Substanz selber wiedergibt. Zwar ist es richtig, dass durch die chemische Strukturformel nur die den olfaktorischen Wahrnehmungsvorgang auslösende Substanz wiedergegeben wird. Es wird somit zwar nicht der Geruch als

---

<sup>201</sup> *Isenberg*, S. 37.

<sup>202</sup> *Isenberg*, S. 39.

<sup>203</sup> *Isenberg*, S. 39; *Grabrucker*, MarkenR 2001, 95 (97).

<sup>204</sup> *Sessinghaus*, WRP 2002, 650 (659); *Isenberg*, S. 39.

der eigentliche Markengegenstand im Register abgebildet, aber es ist ein hinreichend mittelbarer Bezug zwischen der dargestellten Substanz und dem beanspruchten Geruch gegeben.<sup>205</sup> Zwischen der Substanz und ihrem Geruch besteht eine „Zwangsbeziehung“.<sup>206</sup> Da mittelbare graphische Darstellungen bei nicht visuell wahrnehmbaren Zeichen durch die Gerichte akzeptiert werden (siehe etwa Kapitel 2.4.1.3.), sind sie auch an dieser Stelle, trotz eines gesteigerten Maßes an Mittelbarkeit, hinzunehmen, denn die Bestimmung des Schutzgegenstandes wird durch die chemische Strukturformel eindeutig möglich.<sup>207</sup> Selbst wenn der Geruch des abgebildeten Stoffes sich unter bestimmten äußeren Bedingungen verändert, könnte dem mit einer zusätzlichen Angabe von Randbedingungen begegnet werden.<sup>208</sup>

Eine graphische Darstellung durch eine chemische Strukturformel, ggf. ergänzt durch zusätzliche Angaben, erfüllt somit die an die graphische Darstellbarkeit gestellten Anforderungen und sollte als Darstellungsart akzeptiert werden.<sup>209</sup>

Hinsichtlich seiner Einschätzung der Darstellungsart „Hinterlegung einer Geruchsprobe“ ist dem EuGH beizupflichten. Zwar könnte dem Gericht entgegengehalten werden, dass Geruchsproben nicht vergänglicher und damit weniger *dauerhaft* sein müssen als andere Markenformen.<sup>210</sup> Jedoch stellt der EuGH zutreffend fest, dass die Hinterlegung einer Probe keine – auch keine mittelbare – Darstellung *graphischer* Art ist.

Würde der Hinweis auf eine Beschaffungsadresse als ausreichend erachtet, könnte der Verkehr sich nicht mehr aus dem Markenregister informieren, sondern müsste einen „wesentlichen Zwischenschritt“ vollziehen, der vor dem Hintergrund der Funktion des Markenregisters als nicht zumutbar eingeschätzt werden muss.<sup>211</sup> Hinzu kommt, dass eine solche Vorgehensweise stets das Risiko in sich tragen würde, dass etwa der Hersteller, dessen Adresse angegeben wurde, seine Adresse ändert, durch ein Insolvenzverfahren aufgelöst wird oder sich aus

---

<sup>205</sup> Pres, S. 203.

<sup>206</sup> Isenberg, S. 40.

<sup>207</sup> Isenberg, S. 40. Siehe auch Pres, S. 203.

<sup>208</sup> So etwa Ingerl/Rohnke, in: Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 104. Ebenso Isenberg, S. 40.

<sup>209</sup> So auch Isenberg, S. 38; Pres, S. 206; Ingerl/Rohnke, in: Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 104.

<sup>210</sup> So etwa Isenberg, S. 56 f.; a. A. Pres, S. 202.

<sup>211</sup> So etwa Pres, S. 202. Im Ergebnis auch Isenberg, S. 58 f.

freien Stücken entscheidet, die Substanz nicht mehr herzustellen.<sup>212</sup> Der Bezug über die angegebene Adresse würde somit unmöglich gemacht.

### **4.3 Absolute Schutzhindernisse gemäß § 8 MarkenG**

Damit eine Geruchsmarke in das Markenregister eingetragen werden kann, dürfen keine absoluten Schutzhindernisse gemäß § 8 MarkenG vorliegen.

#### **4.3.1 Konkrete Unterscheidungskraft von Geruchsmarken**

Damit eine Geruchsmarke in das Register eingetragen werden kann, müsste ihre konkrete Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG (entsprechend Art. 7 Abs. 1 b) GMV und Art. 3 Abs. 1 b) MRRL) gegeben sein.

Damit konkrete Unterscheidungskraft bejaht werden kann, müssten Geruchsmarken von den Verkehrskreisen als Hinweis auf die betriebliche Herkunft einer bestimmten Ware bzw. einer bestimmten Dienstleistung verstanden werden können. Teilweise wird gegen eine Unterscheidungskraft von Gerüchen vorgebracht, der Verkehr sehe in einem Geruch vor allem ein produktinhärentes Ausstattungsmerkmal, das nur *„ästhetische und/oder dekorative Funktionen erfülle“* und dementsprechend die *„Ware oder Dienstleistung lediglich nach ihrer Beschaffenheit anstatt der beachtenswerten betrieblichen Herkunft der Leistung unterscheidet.“*<sup>213</sup> Diese Aussage kann aber nicht generell für alle denkbaren Fallkonstellationen Bestand haben.

Nicht konkret unterscheidungskräftig werden Gerüche sein, die für die Waren oder Dienstleistungen, die sie kennzeichnen sollen, üblich oder typisch sind,<sup>214</sup> da der Verkehr in diesen Fällen in dem Geruch keinen Hinweis auf die Produktherkunft sieht. Nicht konkret unterscheidungskräftig wäre insofern z.B. der für neue PKW typische und allgemein bekannte „Neuwagenduft“ oder der bei Waschmitteln übliche „Frischeduft“.<sup>215</sup> Auch hat das HABM die Eintragung einer Geruchsmarke „Duft von Himbeeren“ für die Warenklasse „Brennstoffe“ u.a. mit der Begründung abgelehnt, dass in diese Klasse auch Duftkerzen und Duftpetro-

---

<sup>212</sup> Pres, S. 202.

<sup>213</sup> Pres, S. 206 mit Bezug auf HABM (3. BK), Entscheidung v. 05. Dezember 2001, GRUR 2002, 348 (350).

<sup>214</sup> Isenberg, S. 66.

<sup>215</sup> Sessinghaus, S. 87.

leum fallen, für die der „Duft von Himbeeren“ eine wesentliche Wareneigenschaft und somit nicht unterscheidungskräftig sei.<sup>216</sup>

Jedoch sind Gerüche, die solche Waren oder Dienstleistungen markieren sollen, die von sich aus *keinen* oder einen *anderen* Geruch absondern, regelmäßig unterscheidungskräftig. In diesen Fällen kann keineswegs ausgeschlossen werden, dass der Verkehr in dem Geruch einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft des „bedufteten“ Produktes sieht. Hierfür kommen zahlreiche Konstellationen in Betracht, denn ein Geruch, an dem das Produkt eines Herstellers erkannt werden soll, ist prinzipiell genauso frei wählbar wie ein Wort oder eine Verpackung.<sup>217</sup> Es liegt in der Hand der Markenverwender, den Geruch so zu wählen, dass der Verkehr ihn als Hinweis auf die betriebliche Herkunft und nicht als Teil der Warenbeschaffenheit oder -eigenschaft auffasst. Konkret unterscheidungskräftig wäre etwa der schon in Kapitel 4.1.3. angesprochene „corporate scent“ eines Dienstleistungsunternehmens, da der Verkehr mit diesem in der Regel keinen Geruch in Verbindung bringen dürfte. Bei Waren wäre etwa ein „rauchiger Duft“ für Jeans konkret unterscheidungskräftig.<sup>218</sup>

Zur Feststellung der konkreten Unterscheidungskraft ist auch bei Geruchsmarken der jeweilige Einzelfall mit konkretem Produktbezug zu untersuchen.

Der Ansicht, der Verkehr habe sich an die herkunftshinweisende Funktion von Gerüchen noch nicht gewöhnt und eine konkrete Unterscheidungskraft sei deshalb *pauschal* abzulehnen, kann nicht gefolgt werden. Vielmehr besteht konkrete Unterscheidungskraft bereits, wenn sie dem Zeichen als Marke innewohnt und nicht erst, wenn sie im Verkehr benutzt und dem Verbraucher bekannt wird (sog. „latente Herkunftsfunktion“, siehe auch Kapitel 2.4.2.1). Eine Vorbenutzung der Marke mit Verkehrsgewöhnung ist nicht erforderlich.<sup>219</sup>

#### **4.3.2 Weitere absolute Schutzhindernisse**

Den weiteren absoluten Schutzhindernissen gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2-10 MarkenG kommt auch in Bezug auf Geruchsmarken eine im Vergleich zu § 8 Abs. 2 Nr. 1

---

<sup>216</sup> HABM (3. BK), Entscheidung v. 5. Dezember 2001, GRUR 2002, 348 (350). Nach der hier vertretenen Auffassung wären in diesem Fall allerdings schon Zweifel an der hinreichenden Selbständigkeit des Zeichens angebracht.

<sup>217</sup> *Isenberg*, S. 69. Zu konkreten Einsatzmöglichkeiten siehe auch *Isenberg*, S. 77 ff.

<sup>218</sup> *Sessinghaus*, Diss., S. 87.

<sup>219</sup> Siehe *Isenberg*, S. 65 ff. und *Sessinghaus*, Diss., S. 76 ff. mit überzeugender Begründung der Geltung der „latenten Herkunftsfunktion“. Zust. auch *Pres*, S. 206 f.



MarkenG geringere Bedeutung zu. Lediglich in Einzelfällen ist von einem Scheitern der Eintragung einer Geruchsmarke an den Schutzhindernissen gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2-10 MarkenG auszugehen.<sup>220</sup>

#### 4.4 Zwischenergebnis

Der Einsatz von Geruchsmarken bietet zahlreiche Vorteile gegenüber traditionellen Marken. Insbesondere die Tatsache, dass die Nutzung von Gerüchen zur Produktidentifizierung bislang eher wenig verbreitet ist, könnte einen großen Wettbewerbsvorteil für "Erstverwender" bedeuten. Es kommt eine Vielzahl von Anwendungsmöglichkeiten in Betracht.

Somit stellt sich die Frage nach der Möglichkeit des markenrechtlichen Schutzes von Geruchszeichen. Es ist festzuhalten, dass weder das HABM noch der EuGH grundsätzliche Einwände gegen eine Markenfähigkeit von Geruchsmarken geäußert haben. Geruchsmarken sind von Art. 2 MRRL mit umfasst. Somit können Geruchsmarken markenrechtlichen Schutz durch Eintragung erlangen, wenn sie unterscheidungskräftig und graphisch darstellbar sind und keine absoluten Schutzhindernisse vorliegen.

Im Hinblick auf die Zeichenfähigkeit sowie die abstrakte Unterscheidungseignung von Geruchsmarken ergeben sich keine grundsätzlichen Bedenken. Das Vorliegen der konkreten Unterscheidungskraft und der weiteren absoluten Schutzhindernisse muss im Einzelfall bestimmt werden. Zwar bezweifeln Skeptiker, dass Gerüche in der menschlichen Gesellschaft zur Produktidentifizierung dienen können. Diese Einwände können jedoch nicht verallgemeinert werden. Es sind zahlreiche Situationen denkbar, in denen auch Gerüche auf die Herkunft der Waren und/oder Dienstleistungen eines Unternehmens hinweisen können.

Weiter kann konstatiert werden, dass es bislang keine durch den EuGH anerkannte Art der graphischen Darstellung für Geruchsmarken gibt. Sämtliche Darstellungsarten, die Gegenstand der „Sieckmann-Entscheidung“ des EuGH waren, konnten nach Auffassung des Gerichts nicht die an die graphische Darstellung gemäß Art. 2 MRRL (und damit gemäß § 8 Abs. 1 MarkenG) gemachten Anforderungen erfüllen. Eine durch das HABM im Jahr 2000 zugelassene Eintragung aufgrund einer wörtlichen Beschreibung würde heute an den zwischenzeitlich durch den EuGH aufgestellten Anforderungen scheitern.

Eine Darstellung durch eine chemische Strukturformel, die ggf. durch zusätzliche Angaben ergänzt wird, kann die an die graphische Darstellung gestellten Anfor-

---

<sup>220</sup> Siehe etwa *Sessinghaus*, Diss., S. 89 ff.

derungen erfüllen. Diese Darstellungsart sollte für Geruchsmarken deshalb akzeptiert werden. Auch sie ist allerdings durch den EuGH nicht anerkannt.

#### 4.5 Der Schutz von Geruchsmarken in anderen Rechtskreisen

Innerhalb der EU gab es bisher vor dem „Sieckmann-Urteil“ nur vereinzelte Versuche, Geruchsmarken in die Markenregister eintragen zu lassen. So hat beispielsweise seit 1994 beim britischen Markenamt ein bekannter Reifenhersteller eine Geruchsmarke mit der Angabe „Die Handelsmarke ist ein an Rosen erinnernder Blütenduft/Geruch, der auf Reifen aufgetragen wird“ registriert.<sup>221</sup>

International heben sich auch in Bezug auf den Schutz von Geruchsmarken die USA durch eine sehr liberale Eintragungspraxis hervor. Zur Eintragung einer Geruchsmarke, welche ausdrücklich in den entsprechenden Vorschriften vorgesehen ist, reicht hier eine „detaillierte Beschreibung der Marke“ aus.<sup>222</sup> So ist bei der US-amerikanischen Markenbehörde z.B. derzeit eine Marke registriert, die den „Geruch von Erdbeeren“ für die Produktklasse „Schmier- und Kraftstoffe für Land-, Wasser- und Luftfahrzeuge“ beinhaltet.<sup>223</sup>

Anerkennung finden Geruchsmarken auch in Australien<sup>224</sup> und Neuseeland<sup>225</sup>, wo sie ebenfalls ausdrücklich in den einschlägigen Gesetzen erwähnt werden. Entsprechend war in Australien eine Marke mit dem „Duft von Zitrone“ für Tabak-

---

<sup>221</sup> Die Marke, die noch bis 31. Oktober 2014 geschützt ist, trägt die Registrierungsnummer UK00002001416 und kann unter <http://www.ipo.gov.uk/types/tm/t-os/t-find/tmtext.htm> (letzter Abruf: 03. Oktober 2014) recherchiert werden.

<sup>222</sup> Siehe 37 C.F.R. § 2.52 (e); abrufbar etwa unter [http://www.bitlaw.com/source/37cfr/2\\_52.html](http://www.bitlaw.com/source/37cfr/2_52.html) (letzter Abruf: 03. Oktober 2014).

<sup>223</sup> Diese Marke hat die Registrierungsnummer US 75360102 und kann unter <http://tmsearch.uspto.gov> (letzter Abruf: 03. Oktober 2014) recherchiert werden.

<sup>224</sup> Siehe etwa Section 6 des Trade Marks Act of Australia 1995; abrufbar unter [http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/tma1995121/s6.html](http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/tma1995121/s6.html) (letzter Abruf 03. Oktober 2014).

<sup>225</sup> Siehe etwa Section 5 des Trade Marks Act of New Zealand; abrufbar unter <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2002/0049/latest/DLM164249.html> (letzter Abruf 03. Oktober 2014).

produkte registriert.<sup>226</sup> In Neuseeland war z.B. eine Marke mit dem „Geruch von Zimt“ für pharmazeutische Produkte registriert.<sup>227</sup>

## **5 Soll es eintragungsfähige Hör- und Geruchsmarken geben?**

Abschließend sollen im Folgenden die Ergebnisse der Arbeit zusammengefasst, ein Fazit unter Beantwortung der Ausgangsfrage gezogen und ein Ausblick gegeben werden.

### **5.1 Zusammenfassung**

Eine markenmäßige Verwendung akustischer und olfaktorischer Reize in Form von Hör- und Geruchsmarken bietet ihren Verwendern gegenüber den traditionellen Markenformen, vor allem gegenüber visuell wahrnehmbaren Wort- und Bildmarken, zahlreiche Vorteile. Insbesondere zählt hierzu ihre Eignung, bei den Verbrauchern starke emotionale Reize auszulösen, die über die entsprechenden Marken mit Produkten und Dienstleistungen verknüpft werden können. In Zeiten einer stark empfundenen visuellen Reizüberflutung ist die Nutzung von Hör- und Geruchsmarken für ihre Verwender somit mit großen Chancen verbunden. Es sind zahlreiche Anwendungsmöglichkeiten denkbar (siehe Kapitel 3.1. und 4.1.). Sowohl Hör- und Geruchsmarken können grundsätzlich dazu geeignet sein, die materiellen Voraussetzungen für einen Schutz durch Eintragung in das Markenregister zu erfüllen. Sie sind grundsätzlich geeignet, Zeichen zu sein, die abstrakte Unterscheidungseignung aufweisen (siehe Kapitel 3.2. und 4.2.). An den absoluten Schutzhindernissen gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1-10 MarkenG würde eine Eintragung nur in Einzelfällen scheitern (siehe Kapitel 3.3. und 4.3.).

Als größtes Hindernis für eine Eintragung erweist sich jedoch das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit der Marke gemäß § 8 Abs. 1 MarkenG.

Für melodische Hörmarken ausdrücklich durch den EuGH anerkannt ist ihre Darstellung in Form eines in Takte gegliederten Notensystems mit einem Notenschlüssel, Noten- und Pausenzeichen, deren Form ihren relativen Wert angibt, und ggf. Vorzeichen. Angesichts der Vielzahl an klanglichen Realisierungsmög-

---

<sup>226</sup> Diese Marke hatte die Registrierungsnummer AU 936188 und kann unter [http://pericles.ipaustralia.gov.au/atmoss/falcon.application\\_start](http://pericles.ipaustralia.gov.au/atmoss/falcon.application_start) (letzter Abruf 03. Oktober 2014) recherchiert werden.

<sup>227</sup> Diese Marke hatte die Registrierungsnummer NZ 248231 und kann unter <http://www.iponz.govt.nz/app/Extra/IP/TM/Qbe.aspx?sid=635458088688149741> (letzter Abruf 03. Oktober 2014) recherchiert werden.

lichkeiten sollten Markenanmelder zusätzliche Angaben zur Aufführungspraxis machen.

Insbesondere für amelodische Hörmarken kommt auch eine Darstellung mittels eines skalierten Sonagramms, ggf. ergänzt durch eine Beschreibung, in Frage. Obwohl der EuGH sich bislang nicht zur Zulässigkeit von Sonagramm-Darstellungen geäußert hat, werden sie durch das DPMA nicht mehr anerkannt, wodurch amelodische Hörmarken de facto von der Eintragung beim DPMA ausgeschlossen sind. Im Gegensatz dazu lässt das HABM Sonagramm-Darstellungen für Gemeinschaftsmarken zu (siehe Kapitel 3.2.3.).

Für Geruchsmarken sind bislang keine Darstellungsarten durch den EuGH ausdrücklich anerkannt. Insbesondere ist auch die Darstellung mittels einer chemischen Strukturformel keine durch den EuGH anerkannte Darstellungsart. Nach Ansicht des Verfassers der vorliegenden Arbeit kann eine Darstellung durch eine chemische Strukturformel (ggf. ergänzt durch zusätzliche Angaben) jedoch die durch den EuGH an die graphische Darstellung gestellten Anforderungen erfüllen (siehe Kapitel 4.2.3.).

In zahlreichen anderen Staaten wird die Eintragung von Hör- und Geruchsmarken in die Markenregister praktiziert. Hierzu zählen neben den USA auch mehrere andere bedeutende Wirtschaftsnationen (siehe Kapitel 3.5. und 4.5.).

## **5.2 Fazit**

Im Ergebnis ist auf die eingangs gestellte Frage zu antworten, dass es eintragungsfähige Geruchs- und Hörmarken geben soll. Hör- und Geruchsmarken sind einfallsreiche, innovative Mittel zur Produktkennzeichnung, die ihren Verwendern zahlreiche Vorteile gegenüber traditionellen Markenformen bieten. Ein wirkungsvoller Rechtsschutz ist erforderlich, um zu verhindern, dass die - möglicherweise mit hohen Kosten verbundene - kreative Leistung der Nutzer von Geruchs- und Hörzeichen durch Wettbewerber ausgenutzt wird. Darüber hinaus wird durch einen Markenschutz für Hör- und Geruchszeichen auch ein Nachteil der deutschen bzw. europäischen Markenanmelder im internationalen Wettbewerb verhindert, da diese Markenformen in zahlreichen Ländern in die Markenregister eingetragen werden.

Auch ein Blick auf das geltende Markenrecht spricht nicht gegen eine Eintragung von Hör- und Geruchsmarken. Sie sind in der Lage, die materiellen Voraussetzungen für einen Schutz durch Eintragung zu erfüllen. Insbesondere gilt dies nach Ansicht des Verfassers der vorliegenden Arbeit auch für die graphische

Darstellbarkeit. Melodische und amelodische Hörmarken können durch Notenschrift bzw. Sonagramm dargestellt werden. Für Geruchsmarken, die sich durch eine chemische Strukturformel darstellen lassen, ist auch diese Darstellungsart möglich.

Wie oben dargestellt, bestehen derzeit hinsichtlich der graphischen Darstellbarkeit von amelodischen Hörmarken und Geruchsmarken jedoch (noch) Vorbehalte (etwa beim DPMA). Für Geruchsmarken könnte somit für den Geltungsbereich des MarkenG lediglich eine Schutzerlangung gemäß § 4 Nr. 2 MarkenG als Benutzungsmarke in Betracht kommen. Amelodische Hörmarken könnten darüber hinaus beim HABM als Gemeinschaftsmarke registriert werden und somit auch in Deutschland Schutz erlangen.

### 5.3 Ausblick

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit die größte Hürde für eine Eintragung von Hör- und Geruchsmarken in das Markenregister bildet. Dieses Erfordernis hat seinen Ursprung jedoch in einer Zeit, in der lediglich Worte und Bilder als Marken zugelassen und in einem Papierregister veröffentlicht wurden.<sup>228</sup> Mittlerweile gibt es jedoch zahlreiche Darstellungsarten, die zwar nicht „graphisch“ sind, die jedoch eine „unmittelbare Repräsentation“ auch der innovativen Markenformen ermöglichen. Für Hörmarken sei hier etwa auf die Möglichkeit der Einreichung eines digitalen Datenträgers mit einer klanglichen Wiedergabe des Zeichens verwiesen. Auch für Geruchsmarken werden Möglichkeiten der digitalen Wiedergabe diskutiert.<sup>229</sup>

Dementsprechend wird das Erfordernis der graphischen Darstellung vielfach als nicht mehr zeitgemäß angesehen und seine Abschaffung befürwortet, um die neuen sich bietenden technischen Möglichkeiten nutzen zu können.<sup>230</sup>

Vor diesem Hintergrund verdienen die im Jahr 2013 nach einer Gesamtevaluierung des europäischen Markensystems durch das Max-Planck-Institut für Imma-

---

<sup>228</sup> Vgl. *Kortbein*, S. 162.

<sup>229</sup> Siehe etwa *Sieckmann*, *MarkenR* 2001, 236 (241 ff.); *Kutscha*, S. 171 ff.

<sup>230</sup> Siehe etwa *Kortbein*, S. 162 ff.; *Bahner*, S. 124 ff. Die Internationale Vereinigung für den Schutz des Geistigen Eigentums (AIPPI) forderte schon 2004 einen Verzicht auf das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit für Hör- und Geruchsmarken, siehe *AIPPI Jahrbuch* 2004, S. 583 (abrufbar unter <https://www.aippi.org/download/yearbooks/2004/Binder1.pdf> - letzter Abruf: 03. Oktober 2014).

terialgüter- und Wettbewerbsrecht<sup>231</sup> vorgelegten Vorschläge der Europäischen Kommission für eine Neufassung der MRRL und zur Änderung der GMV besondere Beachtung.

Die Entwürfe sehen in Art. 3 des Richtlinienentwurfs (der dem Art. 2 MRRL in der geltenden Fassung entspricht) bzw. Art 4 des Entwurfs zur Änderung der GMV das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit nicht mehr vor. Gefordert wird stattdessen, dass ein Zeichen „geeignet ist, in einer Weise dargestellt zu werden, dass die zuständigen Behörden und das Publikum den Gegenstand des dem Inhaber gewährten Schutzes eindeutig bestimmen können.“<sup>232</sup>

In ihrer Erläuterung zu Art. 3 des Richtlinienentwurfes spricht die Kommission ausdrücklich davon, dass die Anforderung an die graphische Darstellbarkeit "inzwischen überholt" sei. Sie führe bei der Darstellung nicht-konventioneller Markenformen zu einer "erheblichen Rechtsunsicherheit". Dabei könne z.B. bei Hörmarken die Wiedergabe z.B. durch eine Klangdatei einer graphischen Darstellung vorzuziehen seien, wenn auf diese Weise durch eine präzisere Bestimmung der Marke eine größere Rechtssicherheit gewährleistet werde.<sup>233</sup> Die Erläuterung zu Art. 4 des Vorschlages zur Änderung der GMV enthält eine inhaltsgleiche Begründung.

Würden die Entwürfe in der vorliegenden Form angenommen, so würde eine Beschränkung auf graphische bzw. visuelle Darstellungsmittel zukünftig entfallen und eine Darstellung mit neuen technologischen Mitteln möglich werden. So würde der Weg frei gemacht für eine „digitale Repräsentation“ von Marken in „digitalen Markenregistern“, die große Chancen für den Schutz innovativer Markenformen eröffnen würde. Die technische Infrastruktur hierfür ist bei den Markenämtern in Grundzügen bereits heute vorhanden (siehe hierzu etwa Kapitel 3.2.3.4).

Angesichts der in der vorliegenden Arbeit gemachten Ausführungen wäre eine solche Entwicklung ausdrücklich zu begrüßen.

---

<sup>231</sup> Studie über das Gesamtfunktionieren des Europäischen Markensystems (abrufbar unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/indprop/tm/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/tm/index_de.htm) - letzter Abruf 09.10.2014).

<sup>232</sup> Art. 3 des Vorschlags für eine MRRL und Art. 4 des Vorschlags zur Änderung der GMV (abrufbar unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/indprop/tm/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/tm/index_de.htm) - letzter Abruf 05. Oktober 2014).

<sup>233</sup> Erläuterung zu Art. 3 des Vorschlags für eine MRRL ([http://ec.europa.eu/internal\\_market/indprop/tm/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/tm/index_de.htm) - letzter Abruf 05. Oktober 2014).

## Literaturverzeichnis

*Aron, Kurt*; Freiheit der Markenformen, in: GRUR 1930, S. 1017-1023.

*Bahner, Stephan*; Der Schutz akustischer Marken nach dem deutschen Markengesetz und der europäischen Gemeinschaftsmarkenverordnung, Berlin 2005.

*Becker, Roman*; Kennzeichenschutz der Hörmarke, in: WRP 2000, S. 56-69.

*Bronner, Kai; Hirt, Rainer (Hrsg.)* u.a.; Audio-Branding - Entwicklung, Anwendung, Wirkung akustischer Identitäten in Werbung, Medien und Gesellschaft, Baden-Baden 2009 (zitiert *Bearbeiter*, in: Bronner).

*Brügge, Michael*; Der Duft der Firma, in: DIE ZEIT Nr. 2 vom 31. März 2009 (abrufbar unter <http://www.zeit.de/2009/02/C-Duftdesigner>).

*Eisenmann, Hartmut; Jautz, Ulrich*; Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 9. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2012.

*Fezer, Karl-Heinz*; Grundprinzipien und Entwicklungslinien im europäischen und internationalen Markenrecht, in: WRP 1998, S. 1-14.

*Fezer, Karl-Heinz*; Markengesetz, Kommentar, 4. neu bearbeitete Auflage, München 2009 (zitiert: *Fezer, Komm.*).

*Fezer, Karl-Heinz*; Was macht ein Zeichen zur Marke?, in: WRP 2000, S. 1-8.

*Fritz, Claus-Peter*; Gegenwart und Zukunft von Markenformen unter besonderer Berücksichtigung akustischer Zeichen, Tübingen 1992.

*Grabrucker, Marianne*; Neue Markenformen, in: MarkenR 2001, S. 95-105.

*Guth, Walter*; Das Urteil des EuGH zur Riechmarke – Anmerkungen und Folgerungen, in: Mitt. 2003, S. 97-100.

*Hoffrichter-Daunicht, Christiane*; Grafische Darstellbarkeit von Hörmarken: Wo ist das Problem?, in: GRUR 2007, S. 935-936.

*Hölk, Astrid*; Hör-, Geruchs- und Fühlmarken – Eintragungsvoraussetzungen -, in: Festschrift Ullmann 2006, S. 239-255.

*Hüttermann, Aloys; Storz, Ulrich*; Zur grafischen Darstellbarkeit von Hörmarken nach der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: Mitt. 2005, S. 156-162.

*Ingerl, Reinhard; Rohnke, Christian*; Markengesetz, Kommentar, 3., neu bearbeitete Auflage, München 2010.

*Isenberg, Cathrin*; Die Geruchsmarke als Gemeinschaftsmarke, Frankfurt am Main u. a. 2011.

*Kortbein, Carsten*; Markenschutz für Hörzeichen - Probleme der praktischen Verwendung sowie des Eintragungs-, Widerspruchs- und Verletzungsverfahrens, Frankfurt am Main 2005.

*Kutscha, Christiane*; Die Geruchsmarke - Registrierfähigkeit eines Geruchs als europäische Gemeinschaftsmarke und als nationale deutsche Handelsmarke, Hamburg 2005.

*Leguizamon, Osvaldo*; Die Hörmarke in den Ländern des Mercosur, in: GRUR Int. 2007, S. 397-398.

*Lewalter, Ivo*; Akustische Marken - Anmerkung zu EuGH „ShieldMark/Kist“ und HABM „Roar of a Lion“ und „HEXAL“, in: GRUR 2006, S. 546-548.

*Novak, Joachim*; Die Darstellung von besonderen Markenformen. Hörmarke – Geruchsmarke – Bewegungsmarke, Bern 2007.

*Pres, Sascha*; Innovative Markenformen im deutschen Markengesetz - Von der Notwendigkeit und den Möglichkeiten der Erlangung formeller und materieller Markenrechte, Baden-Baden 2009.



*Ringe, Cornelius*; Audio Branding - Musik als Markenzeichen von Unternehmen, Berlin 2005.

*Schmidt, Ronald*; LET THERE BE SOUND: Zur akustischen Wiedergabe von Hörmarken und deren Eintragbarkeit anhand von Sonagrammen, in: MarkenR 2006, S. 245-252.

*Schmitz, Stefan*; Zur grafischen Darstellbarkeit von Hörmarken: EuGH kontra Freiheit des markenrechtlichen Schutzes?, in: GRUR 2007, S. 290-292.

*Sessinghaus, Karel*; Die graphische Darstellbarkeit von Geruchsmarken vor dem Hintergrund des deutschen Markenrechts, in: WRP 2002, S. 650-664.

*Sessinghaus, Karel*; Geruchs- und Geschmacksmarken – Innovationen im Markenrecht, Bielefeld 2004 (zitiert *Sessinghaus*, Diss.).

*Sieckmann, Ralf*; Die Eintragungspraxis und -möglichkeiten von nicht-traditionellen Marken innerhalb und außerhalb der EU, in: MarkenR 2001, S. 236-248.

*Ströbele, Paul; Hacker, Franz u.a.*; Markengesetz, Kommentar, 10. Auflage, Köln 2011



## EIKV-Schriftenreihe zum Wissens- und Wertemanagement

Bereits erschienen

2015	Francesca Schmitt	Intellectual Property and Investment Funds	Band 1
2016	Sebastian Fontaine	The electricity market reinvention by regional renewal	Band 2
2016	Tim Karius	Intellectual Property and Intangible Assets - Alternative valuation and financing approaches for the knowledge economy in Luxembourg	Band 3
2016	Irena Hank	Emotionale Intelligenz und optimales Teaming – eine empirische Untersuchung	Band 4
2016	Pascal Berg	European Market Infrastructure Regulation (EMIR)	Band 5
2016	Dr. Sverre Klemp	Die Angemessenheit der Vergütung nach § 32 UrhG für wissenschaftliche Werke im STM-Bereich	Band 6
2016	Lars Heyne	Immaterialgüterrechte und Objekt-replikation: Juristische Risiken und Lösungsmöglichkeiten bei der Vermarktung von 3D-Druckvorlagen	Band 7
2016	Torsten Hotop	Äquivalenzinteresse im Erfinderrecht	Band 8
2016	Christian Wolf	Zur Eintragungsfähigkeit von Geruchs- und Hörmarken	Band 9