URTEIL DES GERICHTSHOFES (Sechste Kammer)

27. November 2003 *

In der Rechtssache C-283/01

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 234 EG vom Hoge Raad der Nederlanden in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

Shield Mark BV

gegen

Joost Kist h. o. d. n. Memex

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung von Artikel 2 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. 1989, L 40, S. 1)

* Verfahrenssprache: Niederländisch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung des Richters V. Skouris in Wahrnehmung der Aufgaben des Kammerpräsidenten, der Richter J. N. Cunha Rodrigues, J.-P. Puissochet und R. Schintgen sowie der Richterin F. Macken (Berichterstatterin),

Generalanwalt: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
Kanzler: M.-F. Contet, Hauptverwaltungsrätin,

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

— der Shield Mark BV, vertreten durch T. Cohen Jehoram und E. J. Morée, advocaten,

— der niederländischen Regierung, vertreten durch H. G. Sevenster als Bevollmächtigte,

— der französischen Regierung, vertreten durch G. de Bergues und A. Maitrepierre als Bevollmächtigte,

— der italienischen Regierung, vertreten durch U. Leanza als Bevollmächtigten im Beistand von O. Fiumara, avvocato dello Stato,

— der österreichischen Regierung, vertreten durch C. Pesendorfer als Bevollmächtigte,

— der Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch J. E. Collins als Bevollmächtigten im Beistand von D. Alexander, Barrister,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch N. B. Rasmussen und H. M. H. Speyart als Bevollmächtigte,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der Shield Mark BV, vertreten durch T. Cohen Jehoram, der niederländischen Regierung, vertreten durch N. A. J. Bel als Bevollmächtigten, sowie der Kommission, vertreten durch N. B. Rasmussen und H. van Vliet als Bevollmächtigte in der Sitzung vom 27. Februar 2003,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 3. April 2003

folgendes

Urteil

1 Der Hoge Raad der Nederlanden hat mit Urteil vom 13. Juli 2001, beim Gerichtshof eingegangen am 18. Juli 2001, gemäß Artikel 234 EG zwei Fragen nach der Auslegung von Artikel 2 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom

21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. 1989, L 40, S. 1, im Folgenden: Richtlinie) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Shield Mark BV (im Folgenden: Shield Mark) und Joost Kist, der seine Tätigkeit unter der Firma „Memex" ausübt, in dem Shield Mark dagegen vorgeht, dass Joost Kist im Rahmen seiner Tätigkeit Erkennungsmelodien verwendete, die zuvor von ihr beim Benelux-Merkenbureau (im Folgenden: Benelux-Markenamt) als Hörmarken angemeldet worden waren.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsregelung

3 Die Richtlinie hat nach ihrer ersten Begründungserwägung zum Ziel, die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken anzugleichen, um die bestehenden Unterschiede zu beseitigen, durch die der freie Warenverkehr und der freie Dienstleistungsverkehr behindert und die Wettbewerbsbedingungen im Gemeinsamen Markt verfälscht werden können. Wie sich aus der dritten Begründungserwägung ergibt, bezweckt die Richtlinie jedoch keine vollständige Angleichung dieser Rechtsvorschriften.

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

5 Artikel 2 („Markenformen") der Richtlinie enthält die in der siebten Begründungserwägung erwähnte Beispielliste. Er lautet:

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

6 Artikel 3 („Eintragungshindernisse — Ungültigkeitsgründe") der Richtlinie bestimmt in Absatz 1 Buchstaben a und b:

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

a) Zeichen, die nicht als Marke eintragungsfähig sind,

b) Marken, die keine Unterscheidungskraft haben".

Anwendbare Benelux-Regelung

7 Das Königreich Belgien, das Großherzogtum Luxemburg und das Königreich der Niederlande haben ihr Markenrecht in einem gemeinsamen Gesetz, dem Einheitlichen Benelux-Markengesetz (Trb. 1962, 58, und Trb. 1983, 187, im Folgenden: Benelux-Markengesetz), niedergelegt, dessen Durchführung einem gemeinsamen Organ, dem Benelux-Markenamt, übertragen wurde.

8 Das Benelux-Markengesetz wurde mit Wirkung vom 1. Januar 1996 durch das am 2. Dezember 1992 unterzeichnete Protokoll zur Änderung dieses Gesetzes (Trb. 1993, 12, im Folgenden: Protokoll) geändert, um die Richtlinie in die Rechtsordnungen dieser drei Mitgliedstaaten umzusetzen.

9 Jedoch wurde es nicht für erforderlich gehalten, das Benelux-Markengesetz zu ändern, um die Artikel 2 und 3 der Richtlinie ausdrücklich umzusetzen. In Punkt I.2 Absätze 6 und 7 der Begründung wird hierzu ausgeführt:

„Artikel 2 der Richtlinie, der schutzfähige Zeichen betrifft, gibt keinen Anlass zu einer Anpassung des Benelux-Markengesetzes. Sein Wortlaut stimmt weitgehend mit dem von Artikel 1 des Benelux-Markengesetzes überein. Zwar verlangt

Artikel 1 des Benelux-Markengesetzes im Gegensatz zu Artikel 2 der Richtlinie nicht, dass die Zeichen sich grafisch darstellen lassen müssen, doch müssen sie in der Praxis diese Voraussetzung erfüllen, um als Marke schutzfähig zu sein.

Artikel 3 der Richtlinie hat ebenfalls nicht zu einer Anpassung des Benelux-Markengesetzes geführt. Die in Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie vorgesehenen absoluten Eintragungshindernisse oder Ungültigkeitsgründe sind in den Artikeln 1 und 4 Absätze 1 und 2 in Verbindung mit Artikel 14 Teil A Absatz 1 des Benelux-Markengesetzes enthalten ...“

10 Artikel 1 Absatz 1 des Benelux-Markengesetzes, der nicht durch das Protokoll geändert wurde, lautet:

„Als Individualmarken gelten Bezeichnungen, Abbildungen, Abdrucke, Stempel, Buchstaben, Zahlen und die Form oder die Aufmachung der Waren sowie jedes andere Zeichen, das zur Unterscheidung der Waren eines Unternehmens dient.“

11 Artikel 1 Buchstabe b der Durchführungsverordnung zum Benelux-Markengesetz bestimmt, dass die Anmeldung einer Benelux-Marke in französischer oder niederländischer Sprache durch Vorlage eines Dokuments, das die Marke wiedergibt, erfolgen muss.

12 Während das Benelux-Markenamt vor dem Inkrafttreten des Protokolls am 1. Januar 1996 bei der Eintragung einer Marke keine inhaltliche Prüfung vornahm und eine solche Prüfung gegebenenfalls nachträglich anlässlich einer Nichtigkeitsklage oder im Rahmen einer auf eine Markenrechtsverletzung gestützten Widerklage des Markeninhabers durchgeführt wurde, findet jetzt eine Prüfung der Anmeldungen im Hinblick auf die absoluten Eintragungshindernisse des Benelux-Markengesetzes statt.

13 Hörmarken behandelte das Benelux-Markenamt ursprünglich als eintragungsfähig. Seit dem Urteil des Gerechtshof te 's-Gravenhage (Niederlande) vom 27. Mai 1999, das die Parteien des Ausgangsverfahrens betraf, lehnt das Benelux-Markenamt jedoch die Eintragung von Hörmarken grundsätzlich ab.

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

14 Shield Mark ist Inhaberin von 14 Marken, die zwischen dem 5. Juni 1992 und dem 2. Februar 1999 für verschiedene Waren und Dienstleistungen der Klassen 9 (auf Datenträger aufgezeichnete Computerprogramme [Software] usw.), 16 (Zeitschriften, Zeitungen usw.), 35 (Werbung, Geschäftsführung usw.), 41 (Erziehung, Ausbildung, Veranstaltung von Seminaren auf dem Gebiet der Werbung, des Marketing, des geistigen Eigentums und der kommerziellen Kommunikation) und 42 (Rechtsberatung und -vertretung) im Sinne des Abkommens von Nizza über die Internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken vom 15. Juni 1957 in revidierter und geänderter Fassung beim Benelux-Markenamt eingetragen wurden.

15 Vier dieser Marken bestehen aus einem Notensystem mit den ersten neun Tönen des Musikstücks „Für Elise" von L. van Beethoven. Zwei dieser Marken ist die Angabe „Hörmarke, die Marke besteht aus der Wiedergabe der Melodie durch

die im Notensystem (grafisch) wiedergegebenen Töne" beigefügt. Für eine dieser beiden Marken ist zudem angegeben „gespielt auf einem Klavier".

16 Vier weitere Marken bestehen aus den „ersten neun Noten von ‚Für Elise'". Zwei dieser Marken ist die Angabe „Hörmarke, die Marke besteht aus der beschriebenen Melodie" beigefügt. Für eine dieser beiden Marken ist zudem angegeben „gespielt auf einem Klavier".

17 Drei weitere Marken bestehen aus der Abfolge der Noten „e, dis, e, dis, e, h, d, c, a". Zwei dieser Marken ist die Beschreibung „Hörmarke, die aus der Wiedergabe der beschriebenen Notenfolge besteht", beigefügt. Für eine dieser beiden Marken ist zudem angegeben „gespielt auf einem Klavier".

18 Zwei der für Shield Mark eingetragenen Marken bestehen aus der Bezeichnung „Kukelekuuuuu" (lautmalerisches Wort [Onomatopoetikum], das im Niederländischen für das Krähen eines Hahnes steht). Einer der beiden Marken ist die Angabe „Hörmarke, die Marke ist ein Onomatopoetikum, mit dem das Krähen eines Hahnes nachgeahmt wird" beigefügt.

19 Schließlich besteht eine der Marken aus dem „Krähen eines Hahnes" mit der beigefügten Angabe „Hörmarke, die Marke besteht aus dem beschriebenen Laut".

20 Im Oktober 1992 lancierte Shield Mark eine Werbekampagne im Rundfunk, bei der jeder Werbespot mit einer Erkennungsmelodie (Jingle) begann, die aus den ersten neun Noten von „Für Elise" bestand. Außerdem gibt Shield Mark seit Februar 1993 ein Mitteilungsblatt über die von ihr auf dem Markt angebotenen Dienstleistungen heraus. Dieses Mitteilungsblatt liegt in Ständern in Buchläden und an Zeitungskiosken aus, und die Erkennungsmelodie erklingt jedes Mal, wenn ein Exemplar aus dem Ständer entnommen wird. Schließlich gibt Shield Mark ein Software-Paket für Juristen und Marketingspezialisten heraus, und jedes Mal, wenn die Diskette mit der Software gestartet wird, erklingt das Krähen eines Hahnes.

21 Joost Kist ist rechtsberatend auf dem Gebiet der Kommunikation, u. a. im Werbe- und im Markenrecht, tätig; er veranstaltet Seminare zu Themen des geistigen Eigentums und des Marketing und gibt eine Zeitschrift heraus, die sich mit diesen Fragen befasst.

22 Bei einer Werbekampagne, die am 1. Januar 1995 begann, verwendete er eine Melodie, die aus den ersten neun Noten von „Für Elise" bestand, und er verkaufte auch ein Computerprogramm, das beim Starten das Krähen eines Hahnes erklingen ließ.

23 Shield Mark erhob gegen Joost Kist Klage wegen Markenverletzung und wegen unlauteren Wettbewerbs.

24 Mit Urteil vom 27. Mai 1999 gab der Gerechtshof te 's-Gravenhage dem haftungsrechtlichen Teil der Klage von Shield Mark statt, wies die Klage aber, soweit

sie auf Markenrecht gestützt war, mit der Begründung ab, nach dem Willen der Regierungen der Benelux-Staaten seien Klänge nicht als Marken eintragungsfähig.

25 Shield Mark erhob beim Hoge Raad der Nederlanden Kassationsbeschwerde, der das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt hat:

1. a) Ist Artikel 2 der Richtlinie 89/104/EWG so auszulegen, dass er der Anerkennung von Klängen oder Geräuschen als Marken entgegensteht?

b) Wenn die Frage 1 a verneint wird: Müssen Klänge oder Geräusche nach der mit der Richtlinie geschaffenen Regelung als Marken anerkannt werden?

2. a) Wenn die Frage 1 a verneint wird: Welche Anforderungen stellt die Richtlinie bei Hörmarken an die von Artikel 2 vorgesehene grafische Darstellbarkeit des Zeichens und an die Art und Weise der Anmeldung einer derartigen Marke?

b) Sind die unter a genannten Anforderungen insbesondere dann erfüllt, wenn der Klang oder das Geräusch in einer der folgenden Formen angemeldet wird:

— Notenschrift;

— Beschreibung durch ein Onomatopoetikum;

— anders geartete Beschreibung in Worten;

— grafische Darstellung, wie ein Sonagramm;

— dem Antragsformular beigefügter Tonträger;

— digitale Aufnahme, die über das Internet abgehört werden kann;

— Kombination dieser Möglichkeiten;

— in anderer, gegebenenfalls welcher, Form?

Zur ersten Frage

26 Mit seiner Frage 1 a möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Artikel 2 der Richtlinie dahin auszulegen ist, dass er der Anerkennung von Hörzeichen als Marken entgegensteht. Falls diese Frage verneint wird, möchte es mit Frage 1 b wissen, ob Hörzeichen gemäß diesem Artikel als Marken anerkannt werden müssen.

Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen

27 Nach Ansicht von Shield Mark geht aus der siebten Begründungserwägung der Richtlinie hervor, dass Artikel 2 der Richtlinie keine abschließende Aufzählung der markenfähigen Zeichen enthalte. Alle Zeichen, die geeignet seien, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden, seien grundsätzlich markenfähig. Da Hörzeichen dazu offensichtlich in der Lage seien, könnten sie folglich als Marken dienen.

28 Für diese Auslegung sprächen auch die Schlussanträge von Generalanwalt Ruiz-Carabo Colomer in der Rechtssache C-273/00 (Sieckmann, Urteil vom 12. Dezember 2002, Slg. 2002, I-11737), die Entstehungsgeschichte der Richtlinie und die öffentlich zugänglichen Dokumente des Rates in Bezug auf den Erlass der Richtlinie und die Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) sowie die Prüfungsrichtlinien des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM).

29 Die niederländische, die französische, die italienische und die österreichische Regierung sowie die Regierung des Vereinigten Königreichs sind der Auffassung, dass Klänge geeignet seien, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Da die in Artikel 2 der Richtlinie genannten möglichen Markenformen nur Hinweischarakter hätten, seien Klänge markenfähig.

30 Die französische und die österreichische Regierung weisen zudem darauf hin, dass aufgrund des Zieles der Richtlinie, das Markenrecht der Mitgliedstaaten zu harmonisieren, Klänge als Marken anerkannt werden müssten, da sie sich grafisch darstellen ließen.

31 Die Kommission erinnert daran, dass Artikel 2 der Richtlinie für die Eintragung eines Zeichens als Marke verlange, dass es sich grafisch darstellen lasse und geeignet sei, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Aus der mit den Artikeln 2 und 3 der Richtlinie geschaffenen Regelung gehe hervor, dass die Unterscheidungseignung im Sinne von Artikel 2 sich im Gegensatz zu Artikel 3 nicht auf die Frage beziehe, ob ein Zeichen in Bezug auf die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen konkrete Unterscheidungskraft besitze, sondern auf die abstrakte Unterscheidungseignung des fraglichen Zeichens, die unabhängig von den verschiedenen Waren- und Dienstleistungsklassen sei.

32 Klänge und Geräusche seien für den Menschen wahrnehmbar, er könne sie sich einprägen und mit ihnen Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen unterscheiden. Außerdem ließen sie sich grafisch darstellen.

33 Da in Artikel 2 der Richtlinie die möglichen Markenformen nicht abschließend aufgezählt seien, seien die Zeichen, die aus Klängen oder Geräuschen bestünden, grundsätzlich als Marken eintragungsfähig, wenn sie Waren oder Dienstleistungen ohne Verwechslungsgefahr unterscheiden könnten und sich klar, eindeutig und dauerhaft grafisch darstellen ließen, so dass Dritte ohne weiteres erkennen könnten, welche Marke geschützt sei.

Antwort des Gerichtshofes

34 Zur Frage 1 a ist festzustellen, dass mit Artikel 2 der Richtlinie festgelegt werden soll, welche Zeichen markenfähig sind. Nach dieser Bestimmung können „insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen und die Form oder Aufmachung der Ware ..." Marken sein. Diese Vor-

schrift erwähnt also nur Zeichen, die visuell wahrnehmbar sind, seien sie zwei- oder dreidimensional, und die daher mit Hilfe geschriebener Buchstaben oder anderer Schriftzeichen oder aber einer Abbildung dargestellt werden können (Urteil Sieckmann, Randnr. 43).

35 Wie aber aus dem Wortlaut sowohl des Artikels 2 der Richtlinie als auch aus deren siebter Begründungserwägung hervorgeht, die eine „Beispielliste" der markenfähigen Zeichen vorsieht, ist diese Aufzählung nicht abschließend. Daher erwähnt die betreffende Bestimmung zwar keine Zeichen, die, wie etwa Klänge, nicht von sich aus visuell wahrnehmbar sind, schließt sie aber auch nicht ausdrücklich aus (vgl. in diesem Sinne zu Riech- bzw. Geruchszeichen Urteil Sieckmann, Randnr. 44).

36 Im Übrigen sind Hörzeichen nicht von Natur aus ungeeignet, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen eines anderen Unternehmens zu unterscheiden, worauf Shield Mark, die am Verfahren beteiligten Regierungen und die Kommission hingewiesen haben.

37 Demnach ist Artikel 2 der Richtlinie dahin auszulegen, dass Klänge markenfähig sind, wenn sie sich zudem grafisch darstellen lassen, was im Rahmen der zweiten Frage zu prüfen ist.

38 Zur Frage 1 b ist festzustellen, dass Artikel 2 der Richtlinie der Eintragung von Klängen als Marken nicht entgegensteht. Daher dürfen die Mitgliedstaaten eine solche Eintragung grundsätzlich nicht ausschließen.

39 Selbst wenn die Richtlinie nicht auf die vollständige Angleichung der markenrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten abzielt, geht aus ihrer siebten Begründungserwägung doch klar hervor, dass für den Erwerb und die Aufrechterhaltung einer eingetragenen Marke in allen Mitgliedstaaten grundsätzlich die gleichen Bedingungen gelten müssen.

40 In dieser Hinsicht dürfen, wie die französische Regierung ausführt, von einem Mitgliedstaat zum anderen keine Unterschiede in Bezug auf die Natur der markenfähigen Zeichen bestehen.

41 Folglich ist auf die erste Frage zu antworten, dass Artikel 2 der Richtlinie dahin auszulegen ist, dass Hörzeichen als Marken anerkannt werden müssen, wenn sie geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen eines anderen Unternehmens zu unterscheiden, und sich grafisch darstellen lassen.

Zur zweiten Frage

42 Mit der zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, welche Anforderungen an die grafische Darstellbarkeit eines Hörzeichens nach Artikel 2 der Richtlinie bestehen, insbesondere, ob eine Notenschrift, ein Onomatopoetikum, eine anders geartete Beschreibung in Worten, eine grafische Darstellung, wie ein Sonagramm, ein dem Antragsformular beigefügter Tonträger, eine digitale Aufnahme, die über das Internet abgehört werden kann, eine Kombination dieser Möglichkeiten oder irgendeine andere Form die Anforderungen an eine grafische Darstellung erfüllt.

Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen

43 Shield Mark, die am Verfahren beteiligten Regierungen und die Kommission machen erstens übereinstimmend geltend, dass jede grafische Darstellung eines Hörzeichens bestimmten Anforderungen genügen muss, damit das Zeichen markenfähig ist.

44 Shield Mark meint, die grafische Darstellung müsse klar, eindeutig und für Dritte unschwer verständlich sein. Nach Ansicht der niederländischen Regierung muss sie vollständig, klar und eindeutig sein, damit der Gegenstand des ausschließlichen Rechts des Markeninhabers erkennbar sei und von denjenigen nachvollzogen werden könne, die das Markenregister einsehen wollten. Die französische Regierung macht geltend, dass die grafische Darstellung klar und eindeutig sein müsse, ohne dass es erforderlich wäre, dass die Verkehrskreise das Zeichen unmittelbar wahrnehmen könnten; zudem müsse das geschützte Zeichen verständlich sein. Die italienische Regierung ist der Auffassung, dass die grafische Darstellung geeignet sein müsse, den Klang auszudrücken und ihn verständlich und erkennbar zu machen. Die österreichische Regierung meint, dass sich der Klang eines Hörzeichens aus einer grafischen Darstellung hinreichend deutlich ergeben bzw. nachvollziehen lassen müsse, so dass der etwaige Schutzbereich der Marke mit hinreichender Bestimmtheit erkennbar sei. Die Regierung des Vereinigten Königreichs führt aus, dass die grafische Darstellung in sich hinreichend vollständig, klar und eindeutig und für Dritte, die das Markenregister einsähen, unschwer verständlich sein müsse. Die Kommission schließlich macht geltend, dass diese Darstellung klar, eindeutig und dauerhaft sein müsse und dass für Dritte ohne weiteres erkennbar sein müsse, welche Marke Schutzgegenstand sei.

45 Was zweitens die Formen der grafischen Darstellung betrifft, die für Hörzeichen akzeptiert werden können, sind Shield Mark, die französische und die österreichische Regierung sowie die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission der Ansicht, dass ein Notensystem eine grafische Darstellung im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie darstelle.

46 Shield Mark und die französische Regierung sind anders als die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission der Auffassung, dass die Bezugnahme auf ein bekanntes Werk, wie „die ersten neun Noten von ‚Für Elise'", eine grafische Darstellung sei.

47 Im Gegensatz zur französischen Regierung und der Regierung des Vereinigten Königreichs sind Shield Mark und die Kommission der Ansicht, dass die Beschreibung einer Melodie durch die Transkription der Noten, aus denen sie besteht, wie etwa „e, dis, e, dis, e, h, d, c, a", eine grafische Darstellung der betreffenden Melodie sei.

48 Shield Mark sowie die französische und die österreichische Regierung gehen im Wesentlichen davon aus, dass ein Sonagramm eine grafische Darstellung sei, wobei die österreichische Regierung weiter ausführt, dass eine solche Anmeldung unter der Voraussetzung zulässig sei, dass ihr eine akustische Wiedergabe auf einem Datenträger beigefügt sei, und die französische Regierung meint, dass diese Form der Darstellung durch einen Tonträger oder eine digitale Aufzeichnung ergänzt werden könne. Dagegen vertritt die Regierung des Vereinigten Königreichs die Ansicht, dass diese Art der grafischen Darstellung im Allgemeinen nicht zulässig sei, und die Kommission hält ein Sonagramm nach dem derzeitigen Stand der Technik nicht für eine zulässige Form der grafischen Darstellung im Rahmen der Anmeldung eines Zeichens als Marke.

49 Im Gegensatz zur französischen und zur österreichischen Regierung sind Shield Mark und unter bestimmten Voraussetzungen (klare und unzweideutige Beschreibung) auch die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission der Auffassung, dass auch ein Onomatopoetikum eintragungsfähig sei.

50 In Bezug auf einen dem Anmeldeformular beigefügten Tonträger ist die französische Regierung der Ansicht, dass ergänzend ein Sonagramm oder Spektrogramm beigelegt werden könne, und die österreichische Regierung verlangt

das Beilegen eines Sonagramms. Shield Mark, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission lehnen diese Form der „grafischen Darstellung" als Mittel der Markenanmeldung ab.

Antwort des Gerichtshofes

51 Vorab ist daran zu erinnern, dass es im Rahmen der durch Artikel 234 EG geschaffenen Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten allein Sache des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichts ist, in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende gerichtliche Entscheidung fällt, im Hinblick auf die Besonderheiten der Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung zum Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof von ihm vorgelegten Fragen zu beurteilen. Betreffen daher die vorgelegten Fragen die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, so ist der Gerichtshof grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden (vgl. insbesondere Urteil vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache C-415/93, Bosman, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 59).

52 Der Gerichtshof hat jedoch entschieden, dass es ihm obliegt, zur Prüfung seiner eigenen Zuständigkeit die Umstände zu untersuchen, unter denen er vom vorlegenden Gericht angerufen worden ist. Denn der Geist der Zusammenarbeit, der den Ablauf des Vorabentscheidungsverfahrens bestimmen muss, verlangt, dass das vorlegende Gericht seinerseits die dem Gerichtshof übertragene Aufgabe berücksichtigt, die darin besteht, zur Rechtspflege in den Mitgliedstaaten beizutragen, und nicht darin, Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abzugeben (vgl. insbesondere Urteil Bosman, Randnr. 60).

53 Der Gerichtshof kann somit die Entscheidung über die Vorlagefrage eines nationalen Gerichts u. a. dann ablehnen, wenn das Problem hypothetischer Natur ist (vgl. insbesondere Urteil vom 8. Mai 2003 in der Rechtssache C-111/01, Gantner Electronic, Slg. 2003, I-4207, Randnr. 36).

54 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass Shield Mark die Anmeldung nicht in Form eines Sonagramms, eines Tonträgers, einer digitalen Aufzeichnung oder einer Kombination dieser Möglichkeiten eingereicht hat, so dass die Vorlagefrage insoweit mangels Erheblichkeit unbeantwortet bleibt, als sie sich auf diese Darstellungsformen bezieht.

55 Was erstens die Voraussetzungen betrifft, die jede grafische Darstellung erfüllen muss, hat der Gerichtshof in seinem Urteil Sieckmann, das Riech- bzw. Geruchsmarken betraf, entschieden, dass Artikel 2 der Richtlinie dahin auszulegen ist, dass ein Zeichen, das als solches nicht visuell wahrnehmbar ist, eine Marke sein kann, sofern es Gegenstand einer grafischen Darstellung, insbesondere mit Hilfe von Figuren, Linien oder Schriftzeichen, sein kann, die klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv ist.

56 Diese Voraussetzungen gelten auch für Hörzeichen, die wie Riech- bzw. Geruchszeichen als solche nicht visuell wahrnehmbar sind.

57 Was zweitens die Formen der grafischen Darstellung betrifft, die akzeptiert werden können, ist es zwar Sache des vorlegenden Gerichts, jeweils im Einzelfall zu bestimmen, ob das Zeichen markenfähig ist und daher eingetragen werden kann, doch ist der Gerichtshof gleichwohl befugt, Hinweise zu der Frage zu geben, ob Darstellungen in Form von Notenschrift oder Schriftsprache grafische Darstellungen eines Hörzeichens im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie sind.

58 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass ein Zeichen nicht als Marke eintragungsfähig ist, wenn der Antragsteller in seiner Anmeldung nicht angegeben hat, dass es sich bei dem angemeldeten Zeichen um ein Hörzeichen handelt. In einem solchen Fall können die für die Eintragung zuständige Stelle und die Verkehrskreise, insbesondere die Wirtschaftsteilnehmer, davon ausgehen, dass es sich um eine Wort- oder Bildmarke handelt, die der grafischen Darstellung im Antrag entspricht.

59 Was zunächst die Darstellung eines Klangzeichens mittels einer Beschreibung durch Schriftsprache angeht, kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass diese Form der grafischen Darstellung die in Randnummer 55 dieses Urteils genannten Voraussetzungen erfüllt. Bei Zeichen wie den im Ausgangsverfahren streitigen fehlt es einer grafischen 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 Schutzumfangs zulässt. Sie kann folglich keine grafische Darstellung im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie sein.

60 Was sodann Onomatopoetika betrifft, ist festzustellen, dass zwischen dem Onomatopoetikum selbst, wie es ausgesprochen wird, und dem durch dieses phonetisch imitierten realen Klang oder Geräusch bzw. der Klang- oder Geräuschfolge ein Unterschied besteht. Wird also ein Hörzeichen einfach durch ein Onomatopoetikum grafisch dargestellt, ist es den zuständigen Stellen und den Verkehrskreisen, insbesondere den Wirtschaftsteilnehmern, 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. Darüber hinaus können Onomatopoetika individuell oder je nach Mitgliedstaat unterschiedlich aufgefasst werden. Dies gilt auch für das niederländische Onomatopoetikum „Kukelekuuuuu", mit dem das Krähen eines Hahnes wiedergegeben werden soll und das sich stark von den entsprechenden Onomatopoetika in den anderen in den Benelux-Ländern gesprochenen Sprachen unterscheidet. Folglich kann ein schlichtes Onomatopoetikum ohne weitere Erläuterung keine grafische Darstellung des Klanges oder Geräusches sein, dessen phonetische Umschrift es sein soll.

61 Schließlich ist in Bezug auf die Noten, die ein übliches Mittel zur Darstellung von Klängen sind, festzustellen, dass eine Notenfolge ohne weitere Erläuterung wie „e, dis, e, dis, e, h, d, c, a" ebenfalls keine grafische Darstellung im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie ist. Eine solche Umschreibung, die weder klar noch eindeutig, noch in sich abgeschlossen ist, ermöglicht insbesondere nicht die Bestimmung der Höhe und der Dauer der Töne, aus denen die zur Eintragung angemeldete Melodie besteht und die wesentliche Parameter für das Erkennen der Melodie und daher für die Festlegung der Marke selbst sind.

62 Dagegen kann ein in Takte gegliedertes Notensystem mit einem Notenschlüssel (G, F oder C), Noten- und Pausenzeichen, deren Form (für die Noten: Ganze, Halbe, Viertel, Achtel, Sechzehntel usw.; für die Pausen: Ganze, Halbe, Viertel, Achtel usw.) ihren relativen Wert angibt, und gegebenenfalls Vorzeichen (Kreuz, b, Auflösungszeichen) — die alle zusammen die Höhe und die Dauer der Töne bestimmen — eine getreue Darstellung der Tonfolge sein, aus der die zur Eintragung angemeldete Melodie besteht. Diese Art der grafischen Darstellung von Klängen erfüllt die von der Rechtsprechung des Gerichtshofes aufgestellten Voraussetzungen, nach denen eine Darstellung klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv sein muss.

63 Eine solche Darstellung ist zwar nicht unmittelbar, aber doch leicht verständlich, so dass die zuständigen Stellen und die Verkehrskreise, insbesondere die Wirtschaftsteilnehmer, genau erkennen können, für welches Zeichen die Eintragung als Marke beantragt wird.

64 Auf die zweite Frage ist daher zu antworten:

— Artikel 2 der Richtlinie ist dahin auszulegen, dass ein Zeichen, das als solches nicht visuell wahrnehmbar ist, eine Marke sein kann, sofern es Gegenstand einer grafischen Darstellung, insbesondere mit Hilfe von Figuren, Linien oder Schriftzeichen sein kann, die klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv ist.

— Bei einem Hörzeichen sind diese Anforderungen nicht erfüllt, wenn das Zeichen grafisch dargestellt wird mittels einer Beschreibung durch Schriftsprache, etwa durch den Hinweis, dass das Zeichen aus den Noten eines bekannten musikalischen Werkes besteht oder dass es sich um einen Tierlaut handelt, oder mittels eines Onomatopoetikums ohne weitere Erläuterung oder mittels einer Notenfolge ohne weitere Erläuterung. Dagegen sind die genannten Anforderungen erfüllt, wenn das Zeichen durch ein in Takte gegliedertes Notensystem dargestellt wird, das insbesondere einen Notenschlüssel, Noten- und Pausenzeichen, deren Form ihren relativen Wert angeben, und gegebenenfalls Vorzeichen enthält.

Kosten

65 Die Auslagen der niederländischen, der französischen, der italienischen und der österreichischen Regierung sowie der Regierung des Vereinigten Königreichs und der Kommission, die Erklärungen vor dem Gerichtshof abgegeben haben, sind

nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

auf die ihm vom Hoge Raad der Nederlanden mit Urteil vom 13. Juli 2001 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. **Artikel 2 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken ist dahin auszulegen, dass Hörzeichen als Marken anerkannt werden müssen, wenn sie geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen eines anderen Unternehmens zu unterscheiden, und sich grafisch darstellen lassen.**

2. **Artikel 2 der Richtlinie 89/104 ist dahin auszulegen, dass ein Zeichen, das als solches nicht visuell wahrnehmbar ist, eine Marke sein kann, sofern es Gegenstand einer grafischen Darstellung, insbesondere mit Hilfe von Figuren,**

Linien oder Schriftzeichen sein kann, die klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv ist.

Bei einem Hörzeichen sind diese Anforderungen nicht erfüllt, wenn das Zeichen grafisch dargestellt wird mittels einer Beschreibung durch Schriftsprache, etwa durch den Hinweis, dass das Zeichen aus den Noten eines bekannten musikalischen Werkes besteht oder dass es sich um einen Tierlaut handelt, oder mittels eines Onomatopoetikums ohne weitere Erläuterung oder mittels einer Notenfolge ohne weitere Erläuterung. Dagegen sind die genannten Anforderungen erfüllt, wenn das Zeichen durch ein in Takte gegliedertes Notensystem dargestellt wird, das insbesondere einen Notenschlüssel, Noten- und Pausenzeichen, deren Form ihren relativen Wert angeben, und gegebenenfalls Vorzeichen enthält.

Skouris Cunha Rodrigues Puissochet

Schintgen Macken

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 27. November 2003.

Der Kanzler

R. Grass

Der Präsident

V. Skouris