# URTEIL DES GERICHTSHOFES

6. Mai 2003 *

In der Rechtssache C-104/01

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

**Libertel Groep BV**

gegen

**Benelux-Merkenbureau**

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung von Artikel 3 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

unter Mitwirkung des Präsidenten der Sechsten Kammer J.-P. Puissochet in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten, der Kammerpräsidenten M. Wathelet und C. W. A. Timmermans, der Richter C. Gulmann, D. A. O. Edward und P. Jann, der Richterin F. Macken sowie der Richter S. von Bahr und J. N. Cunha Rodrigues (Berichterstatter),

Generalanwalt: P. Léger,
Kanzler: M.-F. Contet, Hauptverwaltungsrätin,

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

— der Libertel Groep BV, vertreten durch D. W. F. Verkade und D. J. G. Visser, advocaten,

— des Benelux-Merkenbureau, vertreten durch C. J. J. C. van Nispen, advocaat,

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

— der Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch R. Magrill als Bevollmächtigte 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 des Benelux-Merkenbureau, vertreten durch C. J. J. C. van Nispen, der niederländischen Regierung, vertreten durch J. van Bakel als Bevollmächtigte, der Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch M. Tappin, barrister, und der Kommission, vertreten durch H. M. H. Speyart, in der Sitzung vom 30. April 2002,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 12. November 2002

folgendes

## Urteil

1 Der Hoge Raad der Nederlanden hat mit Beschluss vom 23. Februar 2001, beim Gerichtshof eingegangen am 5. März 2001, gemäß Artikel 234 EG vier Fragen nach der Auslegung von Artikel 3 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, nachstehend: Richtlinie) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Libertel Groep BV (nachstehend: Anmelderin) und dem Benelux-Merkenbureau (nachstehend: Benelux-Markenamt) wegen dessen Weigerung, die von der Anmelderin beantragte Eintragung einer Farbe Orange als Marke für Waren und Dienstleistungen des Telekommunikationsbereichs vorzunehmen.

## Rechtlicher Rahmen

*Die Pariser Verbandsübereinkunft*

3 Das Markenrecht ist völkerrechtlich durch die Übereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, unterzeichnet in Paris am 20. März 1883 und zuletzt revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 (*United Nations Treaty Series*, Band 828, Nr. 11851, S. 305 bis 388, nachstehend: Pariser Übereinkunft), geregelt. Dieser Übereinkunft sind alle Mitgliedstaaten beigetreten.

4 Nach Artikel 6quinquies Buchstabe B Nummer 2 der Pariser Übereinkunft darf die Eintragung von Marken verweigert oder für ungültig erklärt werden, wenn die Marken jeder Unterscheidungskraft entbehren.

5 Artikel 6quinquies Buchstabe C Absatz 1 der Pariser Übereinkunft lautet:

„Bei der Würdigung der Schutzfähigkeit der Marke sind alle Tatumstände zu berücksichtigen, insbesondere die Dauer des Gebrauchs der Marke."

*Gemeinschaftsrecht*

6 Artikel 2 („Markenformen") der Richtlinie bestimmt:

„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."

7 Artikel 3 („Eintragungshindernisse - Ungültigkeitsgründe") der Richtlinie sieht in den Absätzen 1 und 3 vor:

„(1) 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,

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

d) Marken, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten üblich sind,

e) Zeichen, die ausschließlich bestehen

— aus der Form, die durch die Art der Ware selbst bedingt ist, oder

— aus der Form der Ware, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist, oder

— aus der Form, die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht,

...

(3) Eine Marke wird nicht gemäß Absatz 1 Buchstabe b), c) oder d) von der Eintragung ausgeschlossen oder für ungültig erklärt, wenn sie vor der Anmeldung infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat. Die Mitgliedstaaten

können darüber hinaus vorsehen, dass die vorliegende Bestimmung auch dann gilt, wenn die Unterscheidungskraft erst nach der Anmeldung oder Eintragung erworben wurde."

8 Artikel 6 der Richtlinie lautet:

„(1) Die Marke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten,

a) seinen Namen oder seine Anschrift,

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

c) die Marke, falls dies notwendig ist, die Hinweise auf die Bestimmung einer Ware, insbesondere als Zubehör oder Ersatzteil, oder einer Dienstleistung

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

(2) Ist in einem Mitgliedstaat nach dessen Rechtsvorschriften ein älteres Recht von örtlicher Bedeutung anerkannt, so gewährt die Marke ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten die Benutzung dieses Rechts im geschäftlichen Verkehr in dem Gebiet, in dem es anerkannt ist, zu verbieten."

*Das Einheitliche Benelux-Markengesetz*

9 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), niedergelegt. Dieses Gesetz wurde mit Wirkung vom 1. Januar 1996 durch das am 2. Dezember 1992 unterzeichnete Protokoll zur Änderung des Einheitlichen Benelux-Markengesetzes (Trb. 1993, 12, nachstehend: Benelux-Markengesetz) geändert, um die Richtlinie in die Rechtsordnungen der drei Mitgliedstaaten umzusetzen.

10 Artikel 6bis des Benelux-Markengesetzes bestimmt:

„1. Das Benelux-Markenamt lehnt die Eintragung der Hinterlegung ab, wenn seiner Auffassung nach

a) das hinterlegte Zeichen keine Marke im Sinne von Artikel 1 ist, insbesondere wenn ihm jede Unterscheidungskraft gemäß Artikel 6quinquies Buchstabe B Nummer 2 der Pariser Verbandsübereinkunft fehlt;

b) sich die Hinterlegung auf eine Marke im Sinne vom Artikel 4 Ziffern 1 und 2 bezieht.

2. Die Ablehnung der Eintragung hat sich auf das die Marke bildende Zeichen in seiner Gesamtheit zu beziehen. Sie kann auf eine oder mehrere Waren, für die die Marke bestimmt ist, beschränkt werden.

3. Das Benelux-Markenamt informiert den Hinterleger unverzüglich schriftlich unter Angabe der Gründe über seine Absicht, die Eintragung ganz oder teilweise abzulehnen, und gibt ihm Gelegenheit, innerhalb einer in der Durchführungsverordnung festgelegten Frist zu antworten.

4. Werden die Einwände des Benelux-Markenamts gegen die Eintragung nicht innerhalb der festgelegten Frist ausgeräumt, wird die Eintragung ganz oder teilweise abgelehnt. Das Benelux-Markenamt teilt die Ablehnung dem Hinterleger unverzüglich schriftlich unter Angabe der Gründe und unter Belehrung über den gegen den Beschluss gegebenen Rechtsbehelf nach Artikel 6ter mit.

5. Die Ablehnung der Eintragung für alle oder für einen Teil der Waren hat die gesamte oder teilweise Nichtigkeit der Hinterlegung zur Folge. Die Wirkungen dieser Nichtigkeit treten erst ein, wenn die Frist für die Einlegung des Rechtsbehelfs nach Artikel 6ter ungenutzt verstrichen ist oder wenn der Antrag auf Anordnung der Eintragung rechtskräftig abgewiesen worden ist."

11 Artikel 6ter des Benelux-Markengesetzes sieht vor:

„Der Hinterleger kann innerhalb von zwei Monaten nach der Mitteilung gemäß Artikel 6bis Absatz 4 beim Hof van Beroep Brüssel, beim Gerechtshof Den Haag

oder bei der Cour d'Appel Luxemburg einen Antrag auf Anordnung der Eintragung der Hinterlegung einreichen. Die örtliche Zuständigkeit des Gerichts bestimmt sich nach der bei der Hinterlegung angegebenen Anschrift des Hinterlegers oder seines Vertreters oder nach der bei der Hinterlegung angegebenen Zustellungsanschrift."

## Ausgangsrechtsstreit und Vorabentscheidungsfragen

12 Die Anmelderin ist eine Gesellschaft mit Sitz in den Niederlanden, deren Haupttätigkeit in der Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des Mobilfunks besteht.

13 Das Benelux-Markenamt ist die im Königreich Belgien, im Großherzogtum Luxemburg und im Königreich der Niederlande für Marken zuständige Behörde. Seit dem 1. Januar 1996 ist das Benelux-Markenamt damit betraut, hinterlegte Marken auf absolute Eintragungshindernisse zu prüfen.

14 Am 27. August 1996 hinterlegte die Anmelderin beim Benelux-Markenamt eine Farbe Orange als Marke für bestimmte Waren und Dienstleistungen des Telekommunikationsbereichs, und zwar bei den Waren der Klasse 9 für Telekommunikationsgeräte und bei den Dienstleistungen der Klassen 35 bis 38 für Telekommunikationsdienstleistungen und die sachliche, finanzielle und technische Verwaltung von Telekommunikationseinrichtungen.

15 Im hinterlegten Anmeldeformblatt enthielt das für die Wiedergabe der Marke vorgesehene Feld eine rechteckige Fläche der Farbe Orange, und in dem Feld für die Beschreibung der Marke war „Orange" ohne Nennung irgendeines Farbcodes angegeben.

16 Mit Schreiben vom 21. Februar 1997 unterrichtete das Benelux-Markenamt die Anmelderin, dass es die Eintragung dieses Zeichens vorläufig ablehne. Da die Anmelderin nicht nachgewiesen habe, dass das nur aus der Farbe Orange bestehende Zeichen infolge seiner Benutzung Unterscheidungskraft erworben habe, fehle ihm jede Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 6 bis Absatz 1 Buchstabe a des Benelux-Markengesetzes.

17 Die Anmelderin legte gegen die vorläufige Ablehnung Beschwerde ein. Das Benelux-Markenamt sah keine Veranlassung, diese Ablehnung zu überprüfen, und teilte mit Schreiben vom 10. September 1997 die endgültige Ablehnung mit.

18 Die von der Anmelderin gegen diese Ablehnung gemäß Artikel 6ter des Benelux-Markengesetzes beim Gerechtshof Den Haag (Niederlande) erhobene Klage wurde mit Urteil vom 4. Juni 1998 abgewiesen.

19 Die Anmelderin legte dagegen beim Hoge Raad der Nederlanden Kassationsbeschwerde ein.

20 Bei der Prüfung des Rechtsstreits ergaben sich für den Hoge Raad Zweifel hinsichtlich der richtigen Anwendung von Artikel 6bis Absatz 1 Buchstabe a des Benelux-Markengesetzes und damit auch hinsichtlich der Auslegung von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie. Der Hoge Raad hat daher mit Beschluss vom 23. Februar 2001 dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Kann eine einzige spezifische Farbe, die als solche abgebildet ist oder mit einem international angewandten Code bezeichnet wird, im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie Unterscheidungskraft für bestimmte Waren oder Dienstleistungen haben?

2. Wenn Frage 1 bejaht wird:

   a) Unter welchen Umständen kann angenommen werden, dass eine einzige spezifische Farbe Unterscheidungskraft im oben genannten Sinne hat?

   b) Spielt es dabei eine Rolle, ob die Eintragung für eine Vielzahl von Waren und/oder Dienstleistungen oder für eine spezifische Ware oder Dienstleistung bzw. Gruppe von Waren oder Dienstleistungen beantragt wird?

3. Ist bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft einer bestimmten Farbe als Marke zu prüfen, ob in Bezug auf diese Farbe ein allgemeines Freihalteinteresse besteht, wie es bei Zeichen bestehen kann, die eine geografische Herkunft bezeichnen?

4. Hat sich das Benelux-Markenamt bei der Beurteilung der Frage, ob ein als Marke angemeldetes Zeichen die in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie genannte Unterscheidungskraft hat, auf eine abstrakte Beurteilung der Unterscheidungskraft zu beschränken, oder muss es alle konkreten Umstände des Falles berücksichtigen, zu denen auch die Benutzung des Zeichens und die Art und Weise, in der es benutzt wird, gehören?

## Zu den Vorlagefragen

*Vorbemerkungen*

21 Durch die Vorlagefragen, die sich auf Artikel 3 der Richtlinie beziehen, soll geklärt werden, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen eine Farbe als solche, ohne räumliche Begrenzung, für bestimmte Waren oder Dienstleistungen Unterscheidungskraft haben kann.

22 Vor der Prüfung dieser Fragen ist zu untersuchen, ob eine Farbe als solche eine Marke im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie sein kann.

23 Hierzu muss eine Farbe als solche drei Voraussetzungen erfüllen. Erstens muss sie ein Zeichen sein. Zweitens muss sich dieses Zeichen grafisch darstellen lassen. Drittens muss dieses Zeichen geeignet sein, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.

24 Der Rat der Europäischen Union und die Kommission haben in der Ratssitzung, in der die Richtlinie angenommen wurde, eine Gemeinsame Erklärung zu Protokoll gegeben, nach der sie der Auffassung sind, „dass Artikel 2 [der Richtlinie] nicht die Möglichkeit ausschließt, ... als Marke eine Farbzusammenstellung oder eine einzige Farbe einzutragen, ... vorausgesetzt, dass sie geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden" (ABl. HABM, 5/96, S. 607).

25 Eine solche Erklärung kann jedoch nicht zur Auslegung einer Vorschrift des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, wenn ihr Inhalt wie im vorliegenden Fall in der fraglichen Bestimmung keinen Ausdruck gefunden hat und ihm somit keine rechtliche Bedeutung zukommt (Urteile vom 26. Februar 1991 in der Rechtssache C-292/89, Antonissen, Slg. 1991, I-745, Randnr. 18, und vom 29. Mai 1997 in der Rechtssache C-329/95, VAG Sverige, Slg. 1997, I-2675, Randnr. 23). Der Rat und die Kommission haben diese Beschränkung im Übrigen in der Vorbemerkung dieser Erklärung ausdrücklich anerkannt, wo es heißt: „Die Erklärungen des Rates und der Kommission, die im Folgenden wiedergegeben sind, sind nicht Bestandteil des Rechtsakts und präjudizieren daher nicht dessen Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften."

26 Es obliegt daher dem Gerichtshof, festzustellen, ob Artikel 2 der Richtlinie dahin auszulegen ist, dass eine Farbe als solche eine Marke im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie sein kann.

27 Dabei kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Farbe als solche ein Zeichen ist. Gewöhnlich ist eine Farbe eine bloße Eigenschaft von Gegenständen. Sie kann allerdings ein Zeichen sein. Dies hängt davon ab, in welchem Zusammenhang die Farbe verwendet wird. Jedenfalls kann eine Farbe als solche in Bezug auf eine Ware oder eine Dienstleistung ein Zeichen sein.

28 Zudem muss, wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, eine grafische Darstellung im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie es ermöglichen, das Zeichen insbesondere mit Hilfe von Figuren, Linien oder Schriftzeichen sichtbar so wiederzugeben, dass es genau identifiziert werden kann (Urteil vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache C 273/00, Sieckmann, Slg. 2002, I-11737, Randnr. 46).

29 Um ihre Funktion erfüllen zu können, muss die grafische Darstellung im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv sein (Urteil Sieckmann, Randnrn. 47 bis 55).

30 Vorliegend betrifft die dem Gerichtshof vorgelegte Frage den Antrag auf Eintragung einer Farbe als solcher, deren Darstellung in einem Farbmuster auf einer ebenen Fläche, einer sprachlichen Beschreibung und/oder einem international anerkannten Kennzeichnungscode für Farben besteht.

31 Ein bloßes Farbmuster entspricht jedoch nicht den oben in den Randnummern 28 und 29 erwähnten Anforderungen.

32 Insbesondere kann ein Farbmuster sich mit der Zeit verändern. Es ist nicht auszuschließen, dass bestimmte Trägerstoffe es erlauben, eine Farbe einzutragen, die sich nicht verändert. Doch kann bei anderen Trägerstoffen, namentlich Papier, der Farbton nicht vor altersbedingten Veränderungen bewahrt werden. In einem solchen Fall ist die Hinterlegung eines Farbmusters nicht von der in Artikel 2 der Richtlinie geforderten Dauerhaftigkeit (vgl. Urteil Sieckmann, Randnr. 53).

33 Folglich stellt die Hinterlegung eines Farbmusters für sich allein keine grafische Darstellung im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie dar.

34 Dagegen ist die sprachliche Beschreibung einer Farbe dadurch, dass sie in Worte, die wiederum aus Buchstaben bestehen, gefasst ist, eine grafische Darstellung der Farbe (vgl. in diesem Sinne Urteil Sieckmann, Randnr. 70).

35 Eine sprachliche Beschreibung der Farbe wird die in den Randnummern 28 und 29 dieses Urteils genannten Voraussetzungen nicht unbedingt in jedem Fall erfüllen. Diese Frage ist anhand der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.

36 Ein Farbmuster verbunden mit seiner sprachlichen Beschreibung kann daher eine grafische Darstellung im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie sein, sofern die Beschreibung klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich und objektiv ist.

37 Aus den gleichen Gründen wie den oben in Randnummer 34 genannten kann die Bezeichnung einer Farbe nach einem international anerkannten Kennzeichnungscode als grafische Darstellung angesehen werden. Solche Codes gelten als genau und dauerhaft.

38 Erfüllt ein Farbmuster in Verbindung mit einer sprachlichen Beschreibung nicht die in Artikel 2 der Richtlinie an eine grafische Darstellung gestellten Voraussetzungen, insbesondere mangels Genauigkeit oder Dauerhaftigkeit, so kann dieser Mangel gegebenenfalls durch Hinzufügung der Bezeichnung der Farbe nach einem international anerkannten Kennzeichnungscode geheilt werden.

39 Um zu entscheiden, ob eine Farbe als solche im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden, ist zu beurteilen, ob Farben als solche für die Übermittlung von eindeutigen Informationen, insbesondere über die Herkunft einer Ware oder einer Dienstleistung, geeignet sind.

40 Farben können zwar bestimmte gedankliche Verbindungen vermitteln und Gefühle hervorrufen, sind aber ihrer Natur nach kaum geeignet, eindeutige Informationen zu übermitteln. Sie sind dies umso weniger, als sie in der Werbung und bei der Vermarktung von Waren und Dienstleistungen wegen ihrer Anziehungskraft gewöhnlich in großem Umfang ohne eindeutigen Inhalt verwendet werden.

41 Es wäre jedoch nicht gerechtfertigt, aus dieser tatsächlichen Feststellung abzuleiten, dass Farben als solche grundsätzlich nicht als geeignet betrachtet werden können, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Es ist nämlich nicht auszuschließen, dass es Situationen gibt, in denen eine Farbe als solche auf die Herkunft der Waren oder der Dienstleistungen eines Unternehmens hinweisen kann. Daher ist anzuerkennen, dass Farben als solche im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie geeignet sein können, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.

42 Nach alledem kann eine Farbe als solche unter den genannten Voraussetzungen eine Marke im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie sein.

43 Unter Berücksichtigung der oben in den Randnummern 22 bis 42 wiedergegebenen Überlegungen können nun die Vorlagefragen geprüft werden.

*Zur dritten Frage*

44 Zu beginnen ist mit der dritten Frage, mit der das vorlegende Gericht wissen möchte, ob bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft einer bestimmten Farbe als Marke zu prüfen ist, ob in Bezug auf diese Farbe ein allgemeines Freihalteinteresse besteht, wie es bei Zeichen bestehen kann, die eine geografische Herkunft bezeichnen.

45 Nach einigen der beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen ist es anhand der heute verfügbaren technischen Mittel möglich, eine sehr große Zahl von Farbtönen zu unterscheiden. Diese Behauptung mag zutreffen, ist aber für die vorliegende Frage unerheblich. Ob eine Farbe als solche als Marke eintragungsfähig ist, ist von der Warte des maßgeblichen Publikums aus zu beurteilen.

46 In Ermangelung anderweitiger Angaben im Vorlagebeschluss ist davon auszugehen, dass es im Ausgangsrechtsstreit um Waren und Dienstleistungen geht, die für alle Verbraucher bestimmt sind. Daher ist anzunehmen, dass vorliegend das maßgebliche Publikum die normal informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher sind (vgl. Urteil vom 22. Juni 1999 in der Rechtssache C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Slg. 1999, I-3819, Randnr. 26).

47 Die Zahl der Farben, die dieses Publikum unterscheiden kann, ist niedrig, da sich ihm selten die Gelegenheit zum unmittelbaren Vergleich von Waren mit unterschiedlichen Farbtönen bietet. Folglich ist die Zahl der tatsächlich als potenzielle Marken zur Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen verfügbaren unterschiedlichen Farben als gering anzusehen.

48 Nach ständiger Rechtsprechung stellt das Markenrecht einen wesentlichen Bestandteil des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs dar, das der EG-Vertrag schaffen und erhalten will (vgl. Urteile vom 17. Oktober 1990 in der Rechtssache C-10/89, HAG II, Slg. 1990, I-3711, Randnr. 13, und vom 23. Februar 1999 in der Rechtssache C-63/97, BMW, Slg. 1999, I-905, Randnr. 62). Die sich aus der Marke für den Inhaber ergebenden Rechte und Befugnisse sind anhand dieses Zieles zu prüfen.

49 Außerdem gewährt die eingetragene Marke ihrem Inhaber gemäß Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie für bestimmte Waren und Dienstleistungen ein ausschließliches Recht, das es ihm ermöglicht, das eingetragene Zeichen unbefristet als Marke zu monopolisieren.

50 Die Möglichkeit der Eintragung einer Marke kann Beschränkungen unterliegen, die auf dem öffentlichen Interesse beruhen.

51 Daher sind die verschiedenen in Artikel 3 der Richtlinie aufgeführten Eintragungshindernisse im Licht des Allgemeininteresses auszulegen, das ihnen jeweils zugrunde liegt (vgl. Urteil vom 18. Juni 2002 in der Rechtssache C-299/99, Philips, Slg. 2002, I-5475, Randnr. 77).

52 Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie verfolgt nach der Feststellung des Gerichtshofes das im Allgemeininteresse liegende Ziel, dass Zeichen oder Angaben, die die Waren- oder Dienstleistungsgruppen beschreiben, für die die Eintragung beantragt wird, von allen frei verwendet werden können (Urteile vom 4. Mai 1999 in den Rechtssachen C-108/97 und C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Slg. 1999, I-2779, Randnr. 25, und vom 8. April 2003 in den Rechtssachen C-53/01 bis C-55/01, Linde u. a., Slg. 2003, I-3161, Randnr. 73).

53 Ebenso hat der Gerichtshof zu Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe e der Richtlinie bereits entschieden, dass diese Bestimmung das im Allgemeininteresse liegende Ziel verfolgt, dass eine Form, deren wesentliche Merkmale einer technischen Funktion entsprechen und gewählt wurden, um diese zu erfüllen, von allen frei verwendet werden kann (Urteile Philips, Randnr. 80, und Linde u. a., Randnr. 72).

54 Was die Eintragung von Farben als solchen ohne räumliche Begrenzung als Marke angeht, so hat die geringe Zahl der tatsächlich verfügbaren Farben zur Folge, dass mit wenigen Eintragungen als Marken für bestimmte Dienstleistungen oder Waren der ganze Bestand an verfügbaren Farben erschöpft werden könnte. Ein derart weites Monopol wäre mit dem System eines unverfälschten Wettbewerbs unvereinbar, insbesondere weil es einem einzelnen Wirtschafts-

teilnehmer einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnte. Es wäre auch für die wirtschaftliche Entwicklung und die unternehmerische Initiative nicht förderlich, wenn bereits etablierte Wirtschaftsteilnehmer alle tatsächlich verfügbaren Farben zum Nachteil neuer Wirtschaftsteilnehmer für sich eintragen lassen könnten.

55 Daher ist im Bereich des gemeinschaftlichen Markenrechts ein Allgemeininteresse anzuerkennen, dass die Verfügbarkeit der Farben für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die Waren oder Dienstleistungen der von der Anmeldung erfassten Art anbieten, nicht ungerechtfertigt beschränkt wird.

56 Je größer die Zahl der Waren oder Dienstleistungen ist, für die die Eintragung der Marke beantragt wird, umso eher kann das durch die Marke gewährte Ausschließlichkeitsrecht sich als übertrieben erweisen und dadurch der Aufrechterhaltung eines unverfälschten Wettbewerbssystems sowie dem Allgemeininteresse zuwiderlaufen, dass die Verfügbarkeit der Farben für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die Waren oder Dienstleistungen der von der Anmeldung erfassten Art anbieten, nicht ungerechtfertigt beschränkt wird.

57 Die Kommission hat in ihren Erklärungen vorgetragen, der Gedanke, dass bestimmte Zeichen frei bleiben müssten und daher nicht schutzfähig seien, komme in Artikel 6 der Richtlinie und nicht in deren Artikeln 2 und 3 zum Ausdruck. Dem ist nicht zu folgen.

58 Artikel 6 der Richtlinie betrifft nämlich die Beschränkung der Wirkungen der einmal eingetragenen Marke. Das Vorbringen der Kommission würde darauf hinauslaufen, dass die Kontrolle der Eintragungshindernisse des Artikels 3 der Richtlinie bei der Prüfung des Eintragungsantrags auf ein Mindestmaß beschränkt würde, da der Gefahr, dass ein Wirtschaftsteilnehmer sich bestimmte freizuhaltende Zeichen aneignen könnte, durch die Beschränkungen des Artikels

6 bei der Durchsetzung der Rechte aus der eingetragenen Marke begegnet werden könnte. Letztlich würde damit der zuständigen Behörde die Aufgabe der Beurteilung der Eintragungshindernisse des Artikels 3 im Zeitpunkt der Eintragung der Marke genommen und auf die Gerichte übertragen, die die Ausübung der Rechte aus der Marke im Einzelfall zu gewährleisten haben.

59 Eine solche Auffassung ist mit dem System der Richtlinie unvereinbar, das auf einer der Eintragung vorausgegangenen und nicht auf einer nachträglichen Kontrolle beruht. Die Richtlinie enthält keinen Anhaltspunkt, um aus ihrem Artikel 6 eine solche Folgerung zu ziehen. Im Gegenteil, die Zahl und die ausführliche Beschreibung der Eintragungshindernisse in den Artikeln 2 und 3 der Richtlinie sowie der breite Fächer an Rechtsbehelfen bei Ablehnung der Eintragung sprechen dafür, dass die Prüfung anlässlich des Antrags auf Eintragung nicht auf ein Mindestmaß beschränkt werden darf. Diese Prüfung muss streng und vollständig sein, um eine ungerechtfertigte Eintragung von Marken zu vermeiden. Wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, ist aus Gründen der Rechtssicherheit und der ordnungsgemäßen Verwaltung sicherzustellen, dass Marken, deren Benutzung vor Gericht mit Erfolg entgegengetreten werden könnte, nicht eingetragen werden (Urteil vom 29. September 1998 in der Rechtssache C-39/97, Canon, Slg. 1998, I-5507, Randnr. 21).

60 Daher ist auf die dritte Vorlagefrage zu antworten, dass bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft einer bestimmten Farbe als Marke das Allgemeininteresse zu berücksichtigen ist, das daran besteht, dass die Verfügbarkeit der Farben für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die Waren oder Dienstleistungen der von der Anmeldung erfassten Art anbieten, nicht ungerechtfertigt beschränkt wird.

*Zur ersten Frage und zur zweiten Frage, Buchstabe a*

61 Mit seiner ersten und seiner zweiten Frage, Buchstabe a, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen einer Farbe als solcher Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 3 Absätze 1 Buchstabe a und 3 der Richtlinie zugesprochen werden kann.

62 Nach ständiger Rechtsprechung besteht die Hauptfunktion der Marke darin, dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung zu garantieren, indem sie ihm ermöglicht, diese Ware oder Dienstleistung ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden (vgl. insbesondere Urteile Canon, Randnr. 28, und vom 4. Oktober 2001 in der Rechtssache C-517/99, Merz & Krell, Slg. 2001, I-6959, Randnr. 22). Eine Marke soll die fraglichen Waren oder Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnen. Insoweit sind sowohl die gewöhnliche Benutzung der Marken in den betroffenen Bereichen als Herkunftshinweis als auch die Wahrnehmung des maßgeblichen Publikums zu berücksichtigen.

63 Das maßgebliche Publikum sind, wie oben in Randnummer 46 definiert, die normal informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher.

64 Es ist zu berücksichtigen, dass sich dem Durchschnittsverbraucher nur selten die Möglichkeit bietet, verschiedene Marken unmittelbar miteinander zu vergleichen, sondern dass er sich auf das unvollkommene Bild verlassen muss, das er von ihnen im Gedächtnis behalten hat (vgl. jeweils in anderem Kontext Urteile Lloyd Schuhfabrik Meyer, Randnr. 26, und vom 20. März 2003 in der Rechtssache C-291/00, LTJ Diffusion, Slg. 2003, I-2799, Randnr. 52).

65 Ein Zeichen, das aus einer Farbe als solcher besteht, wird vom maßgeblichen Publikum nicht notwendig in der gleichen Weise wahrgenommen wie eine Wort- oder Bildmarke, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der Ware, die die Marke kennzeichnet, unabhängig ist. Ist das Publikum auch gewohnt, Wort- oder Bildmarken unmittelbar als Zeichen aufzufassen, die auf eine bestimmte Herkunft der Ware hinweisen, so gilt das Gleiche nicht zwingend für Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Ware, für die die Eintragung des Zeichens als Marke beantragt wird, verschmelzen. Die Verbraucher sind es nicht gewöhnt, aus der Farbe von Waren oder ihrer Verpackung ohne grafische oder Wortelemente auf die Herkunft der Waren zu schließen, da eine Farbe als solche

nach den derzeitigen Gepflogenheiten des Handels grundsätzlich nicht als Mittel der Identifizierung verwendet wird. Eine Farbe als solche besitzt gewöhnlich nicht die Eigenschaft, die Waren eines bestimmten Unternehmens von anderen zu unterscheiden.

66 Dass einer Farbe als solcher unabhängig von ihrer Benutzung Unterscheidungskraft zukommt, ist nur unter außergewöhnlichen Umständen vorstellbar, wenn etwa die Zahl der Waren oder Dienstleistungen, für die die Marke angemeldet wird, sehr beschränkt und der maßgebliche Markt sehr spezifisch sind.

67 Aber selbst wenn einer Farbe als solcher nicht von vornherein Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie zukommt, kann sie diese in Bezug auf die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet wird, infolge ihrer Benutzung gemäß Absatz 3 dieses Artikels erwerben. Eine solche Unterscheidungskraft kann insbesondere nach einem normalen Prozess der Gewöhnung der beteiligten Verkehrskreise eintreten. In diesem Fall hat die zuständige Behörde sämtliche Gesichtspunkte zu prüfen, die zeigen können, dass sich eine Marke herausgebildet hat, die die betreffende Ware als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnen und diese Ware damit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheiden kann (Urteil Windsurfing Chiemsee, Randnr. 49).

68 Daher ist auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass eine Farbe als solche, ohne räumliche Begrenzung, für bestimmte Waren oder Dienstleistungen Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 3 Absätze 1 Buchstabe b und 3 der Richtlinie haben kann, sofern sie Gegenstand einer grafischen Darstellung sein kann, die klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv ist. Die bloße Wiedergabe der betreffenden Farbe auf Papier erfüllt diese Voraussetzung nicht, wohl aber die Bezeichnung der Farbe nach einem international anerkannten Kennzeichnungscode.

69 Auf die Vorlagefrage 2 a ist zu antworten, dass einer Farbe als solcher Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 3 Absätze 1 Buchstabe b und 3 der Richtlinie zukommen kann, sofern die Marke in der Wahrnehmung des maßgeblichen Publikums geeignet ist, die Ware oder Dienstleistung, für die die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Ware oder diese Dienstleistung von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.

*Zur zweiten Vorlagefrage, Buchstabe b*

70 Mit der zweiten Frage, Buchstabe b, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob der Umstand, dass die Eintragung der Farbe als solcher für eine Vielzahl von Waren oder Dienstleistungen oder aber für eine spezifische Ware oder Dienstleistung oder eine spezifische Gruppe von Waren oder Dienstleistungen beantragt wird, bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft dieser Farbe im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie von Bedeutung ist.

71 In Anbetracht der oben in den Randnummern 56, 66 und 67 wiedergegebenen Überlegungen ist auf die zweite Vorlagefrage, Buchstabe b, zu antworten, dass der Umstand, dass die Eintragung der Farbe als solcher für eine Vielzahl von Waren oder Dienstleistungen oder aber für eine spezifische Ware oder Dienstleistung oder eine spezifische Gruppe von Waren oder Dienstleistungen beantragt wird, zusammen mit den anderen Umständen des Einzelfalls von Bedeutung ist, um sowohl die Unterscheidungskraft der Farbe, deren Eintragung beantragt wird, als auch die Frage zu beurteilen, ob ihre Eintragung dem Allgemeininteresse zuwiderläuft, das daran besteht, dass die Verfügbarkeit der Farben für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die Waren oder Dienstleistungen der von der Anmeldung erfassten Art anbieten, nicht ungerechtfertigt beschränkt wird.

*Zur vierten Frage*

72 Mit seiner vierten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die für die Eintragung von Marken zuständige Behörde zur Beurteilung, ob eine Marke Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 3 Absätze 1 Buchstabe b und 3 der Richtlinie hat, eine abstrakte oder eine konkrete Prüfung vorzunehmen hat, bei der alle Umstände des Einzelfalls, zu denen auch die Benutzung der Marke gehört, zu berücksichtigen sind.

73 Erstens ist festzustellen, dass es in der zwölften Begründungserwägung der Richtlinie heißt: „... alle Mitgliedstaaten der Gemeinschaft [sind] durch die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums gebunden", und „es [ist] erforderlich..., dass sich die Vorschriften dieser Richtlinie mit denen der erwähnten Pariser Verbandsübereinkunft in vollständiger Übereinstimmung befinden".

74 Nach Artikel 6quinquies Buchstabe C der Pariser Übereinkunft sind jedoch „[b]ei der Würdigung der Schutzfähigkeit der Marke... alle Tatumstände zu berücksichtigen, insbesondere die Dauer des Gebrauchs der Marke".

75 Zweitens erfolgt die Eintragung eines Zeichens als Marke immer für die in der Anmeldung genannten Waren oder Dienstleistungen. Somit ist die Unterscheidungskraft einer Marke zum einen in Bezug auf die Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird, und zum anderen danach zu beurteilen, wie sie von dem maßgeblichen Publikum wahrgenommen wird.

76 Da die für die Eintragung von Marken zuständige Behörde sich zu vergewissern hat, dass dem Zeichen die Unterscheidungskraft im Hinblick auf die Waren oder Dienstleistungen des Unternehmens, das dessen Eintragung des Zeichens als Marke beantragt, nicht fehlt, kann sie keine abstrakte Prüfung vornehmen, sondern ist zu einer konkreten Prüfung verpflichtet. Bei dieser Prüfung sind alle maßgeblichen Umstände des Einzelfalls, zu denen gegebenenfalls auch die Benutzung des als Marke angemeldeten Zeichens gehört, zu berücksichtigen.

77 Daher ist auf die vierte Vorlagefrage zu antworten, dass die für die Eintragung von Marken zuständige Behörde zur Beurteilung, ob eine Marke Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 3 Absätze 1 Buchstabe b und 3 der Richtlinie hat, eine konkrete Prüfung vorzunehmen hat, bei der alle Umstände des Einzelfalls, zu denen auch die Benutzung der Marke gehört, zu berücksichtigen sind.

**Kosten**

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

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF

auf die ihm vom Hoge Raad der Nederlanden mit Beschluss vom 23. Februar 2001 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. Eine Farbe als solche, ohne räumliche Begrenzung, kann für bestimmte Waren oder Dienstleistungen Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 3 Absätze 1 Buchstabe b und 3 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken haben, sofern sie Gegenstand einer grafischen Darstellung sein kann, die klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv ist. Die bloße Wiedergabe der betreffenden Farbe auf Papier erfüllt diese Voraussetzung nicht, wohl aber die Bezeichnung der Farbe nach einem international anerkannten Kennzeichnungscode.

2. Bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft einer bestimmten Farbe als Marke ist das Allgemeininteresse zu berücksichtigen, das daran besteht, dass die Verfügbarkeit der Farben für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die Waren oder Dienstleistungen der von der Anmeldung erfassten Art anbieten, nicht ungerechtfertigt beschränkt wird.

3. Einer Farbe als solcher kann Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 3 Absätze 1 Buchstabe b und 3 der Richtlinie 89/104 zukommen, sofern die Marke in der Wahrnehmung des maßgeblichen Publikums geeignet ist, die Ware oder Dienstleistung, für die die Eintragung beantragt wird, als von

einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Ware oder diese Dienstleistung von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.

4. Der Umstand, dass die Eintragung der Farbe als solcher für eine Vielzahl von Waren oder Dienstleistungen oder aber für eine spezifische Ware oder Dienstleistung oder eine spezifische Gruppe von Waren oder Dienstleistungen beantragt wird, ist zusammen mit den anderen Umständen des Einzelfalls von Bedeutung, um sowohl die Unterscheidungskraft der Farbe, deren Eintragung beantragt wird, als auch die Frage zu beurteilen, ob ihre Eintragung dem Allgemeininteresse zuwiderläuft, das daran besteht, dass die Verfügbarkeit der Farben für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die Waren oder Dienstleistungen der von der Anmeldung erfassten Art anbieten, nicht ungerechtfertigt beschränkt wird.

5. Die für die Eintragung von Marken zuständige Behörde hat zur Beurteilung, ob eine Marke Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 3 Absätze 1 Buchstabe b und 3 der Richtlinie 89/104 hat, eine konkrete Prüfung vorzunehmen, bei der alle Umstände des Einzelfalls, zu denen auch die Benutzung der Marke gehört, zu berücksichtigen sind.

| | | |
|---|---|---|
| Puissochet | Wathelet | Timmermans |
| Gulmann | Edward | Jann |
| Macken | von Bahr | Cunha Rodrigues |

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 6. Mai 2003.

Der Kanzler

R. Grass

Der Präsident

G. C. Rodríguez Iglesias