ENTSCHEIDUNG
der Dritten Beschwerdekammer
vom 5. Dezember 2001

In der Beschwerdesache R 711/1999-3

MYLES LIMITED
Grosvenor House, 66/67 Athol Street
Douglas, Isle of Man
IM99 1XJ British Isles
UNITED KINGDOM Beschwerdeführerin

vertreten von Patentanwälten SCHÜTZ & PARTNER, Schottenring 16, Börsengebäude, A-1010 Wien, Österreich

betreffend die Gemeinschaftsmarkenanmeldung Nr. 001222090

erlässt

DIE DRITTE BESCHWERDEKAMMER

unter Mitwirkung von S. Sandri (Vorsitzender und Berichterstatter), A. Bender (Mitglied) und Th. Margellos (Mitglied)

Geschäftsstellenbeamter: E. Gastinel

die folgende

Verfahrenssprache: Deutsch

Entscheidung

Sachverhalt

1. Mit beim Amt am 28. Juni 1999 eingegangener Anmeldung beantragte die Beschwerdeführerin die Eintragung einer Geruchsmarke, die sie wie folgt angibt:

Der Duft von Himbeeren

für folgende Waren:

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

Die Anmelderin gab in der Anmeldung ferner folgende Beschreibung der Marke: „Die Marke besteht in dem Duft bzw. dem Geruch von Himbeeren, aufgebracht auf die genannten Waren."

2. Mit Bescheid vom 1. Oktober 1999 (im Folgenden „der angefochtene Bescheid") wies der Prüfer die Vergabe eines Anmeldetages gemäß Artikel 27 in Verbindung mit Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe d und Artikel 4 GMV (Verordnung (EG) des Rates Nr. 40/94 vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke, ABl. EG 1994 Nr. L 11; S. 1; ABl. HABM 1/95, S. 52) und Regel 3 Absatz 2 und 3 DV (Verordnung (EG) Nr. 2868/95 vom 13. Dezember 1995 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates über die Gemeinschaftsmarke, ABl. EG 1995 Nr. L 303, S. 1; ABl. HABM 2-3/95, S. 258) aus folgenden Gründen zurück:

– Die Prüfung der Anmeldung habe ergeben, dass sie keine Wiedergabe der Marke enthalte, sodass sie nicht als Anmeldung einer Gemeinschaftsmarke behandelt könne. Artikel 4 GMV enthalte eines der Grundprinzipien des Gemeinschaftsmarkensystems, wonach das zu beurteilende Zeichen grafisch darstellbar sein müsse.

– Gemäss Artikel 27 in Verbindung mit Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe d GMV sei die Wiedergabe der Marke eine der Voraussetzungen für die Vergabe eines Anmeldetages. Regel 3 DV bestimme, dass bei Marken, die keine Wortmarke, sondern eine „andere Art von Marke" seien, eine Wiedergabe der Marke getrennt vom Textblatt der Anmeldung auf einem besonderen Blatt eingereicht werden müsse. Zusätzlich zur tatsächlichen Wiedergabe könne die Anmeldung auch eine Beschreibung der Marke in Worten enthalten.

– Eine Markenanmeldung müsse von Anfang an absolut klar festgelegt sein, also erkennen lassen, was nach den Willen des Anmelders Gegenstand des Schutzes sein soll.

– Die Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer vom 11. Februar 1999, R 156/1998-2 - "Der Geruch von frisch geschnittenem Gras" (ABl. HABM 9/1999, 1238) sei bisher eine Ausnahme und stehe im Gegensatz zu einer Reihe von vergleichbaren Entscheidungen der Beschwerdekammern, z.B. vom 7. Oktober 1998, R 1/1998-2 – „Aus einem Klick-Geräusch bestehende Hörmarke", vom 21. Januar 1998 R 4/1997-2 –„Vakuum-Verpackung" und vom 12. Februar 1998, R 7/1997-3 – „Orange".

3. Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin am 11. November 1999 Beschwerde. Zur Begründung ihrer Beschwerde trägt die Beschwerdeführerin folgende Argumente vor:

– Die Darstellung mit Hilfe der geschriebenen Worte „der Duft von Himbeeren" sei eine eindeutige Darstellung, welche der Anforderung des Artikels 4 GMV genüge.

– Die Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer vom 11. Februar 1999, R 156/1998-2, "Der Geruch von frisch geschnittenem Gras", sei dem vorliegenden Fall völlig vergleichbar. Der Duft von Himbeeren sei ein klar unterscheidbarer Geruch, welcher für jedermann unmittelbar aus der Erfahrung her erkennbar sei und der an den angenehmen Geschmack von Himbeeren, Himbeerschlecker, das Pflücken von Himbeeren im Wald usw. erinnere. Er sei daher auch unterscheidungskräftig.

– Der vorliegende Fall sei mit den andere vom Prüfer angeführten Entscheidungen hingegen nicht vergleichbar, da sie insbesondere keine Geruchsmarken betreffen.

4. Die Beschwerde wurde dem Prüfer gemäß Artikel 60 GMV zur Entscheidung über die Abhilfe zugeleitet. Sie wurde am 4. April 2000 den Beschwerdekammern vorgelegt.

5. Im Übrigen verweist die Kammer auf den Inhalt der Akten und insbesondere den Sachvortrag der Anmelderin, den sie zur Kenntnis genommen und ihrer Entscheidung zugrunde gelegt hat.

Entscheidungsgründe

6. Die Beschwerde erfüllt die Anforderungen von Artikel 57, 58 und 59 GMV in Verbindung mit Regeln 48 und 49 DV und ist daher zulässig.

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

Anmeldetag und Wiedergabe der angemeldeten Marke, Artikel 26 GMV

8. Es war in der anhängigen Sache zunächst zu entscheiden, ob der Anmeldung der Gemeinschaftsmarke ein Anmeldetag zuerkannt werden konnte. Formale Minimalvoraussetzung einer Anmeldung für Zuerkennung eines Anmeldetages ist

u.a. die „Wiedergabe“ der Marke gemäß Artikel 27 in Verbindung mit Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe d GMV, die das Amt von Amts wegen gemäß 36 Absatz 1 Buchstabe a GMV und Regel 9 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer iv) DV prüfen muss.

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

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

11. Zunächst muss die Wiedergabe vollständig sein und die Marke als Ganzes erfassen. Ferner muss sie so klar und präzise sein, dass es dem Amt möglich ist, die Prüfung von absoluten und relativen Eintragungshindernissen vorzunehmen, sowie die Marke im Blatt für Gemeinschaftsmarken zu veröffentlichen und im Register für Gemeinschaftsmarken einzutragen. Eine solche Wiedergabe muss weiter so eindeutig sein, dass Wettbewerber im Vertrauen auf den genau umrissenen Markenschutz Investitionen tätigen können und die Gerichte und die Parteien in die Lage sind, etwaige Markenverletzungen sachgerecht festzustellen und zu würdigen (Entscheidung der Dritten Beschwerdekammer vom 12. Februar 1998 in der Beschwerdesache R 7/1997-3 – „Orange“, ABl. HABM 7-8/1998 (deutsche Fassung) und 5/1998, 641 (andere Sprachfassungen)).

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

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

14. Die Voraussetzungen der Vollständigkeit, Klarheit, Präzision und Objektivität treffen bei olfaktorischen Marken wohl nur selten zusammen, weil ein Geruch normalerweise aus mehreren chemischen Komponenten besteht, der zu verschiedenen Noten führt, sich verflüchtigt, subjektiv unterschiedlich wahrgenommen wird und mit Worten in der Regel nur unvollkommen dargestellt

werden kann. Aber es ist nicht unmöglich, dass ein Duft im Ausnahmefall vollständig, klar, präzise und objektiv wiedergegeben werden kann.

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

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

17. Dies unterscheidet den vorliegenden Fall etwa von einer Marke, die aus dem Geruch von „Zimt“ besteht, da dessen Geruch dem Verbraucher erst erkennbar ist, wenn er diesen Duft oder das Aroma unmittelbar gefühlt hat (vgl. Entscheidung vom 16. Juni 2000 des Markenamts des Vereinigten Königreichs, im Rechtsmittelverfahren durch Beschluss vom 19. Dezember 2000 bestätigt, Marken-Nr. 2000169, RPC 2001, 575). Im Fall des „Geruchs frisch geschnittenen Grases“, (vgl. Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer vom 11. Februar 1999 in der Beschwerdesache R 156/1998-2 – Der Geruch von frisch geschnittenem Gras, a.a.O.) stammt der Geruch nicht vom Gras, dessen Sorte nicht näher bestimmt wird, selbst, sondern es kommen die Einwirkungen des Schnitts hinzu, der zusätzlich frisch, also innerhalb eines kurzen, aber nur ungenau umschriebenen Zeitraums vorgenommen worden sein muss. Im Fall der Geruchsmarke der chemischen Reinsubstanz Methylcinamat, beschrieben als „balsamisch-fruchtig mit einem leichten Anklang an Zimt" (vgl. Vorabentscheidungersuchen des Bundesgerichtshofs in der Rechtsache C-273/00, Ralf Sieckman), ist der Geruch für den Verbraucher nicht aus sich selbst verständlich, weil der Geruch erst durch eine Mischung von verschiedene Bestandteilen hergestellt werden muss. In diesem Fall stellt daher eine chemische Formel nur die Substanz, nicht aber ihren Geruch dar, der auch aus der Beschreibung nicht klar wird.

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

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

20. Zuletzt ist auch der vom Prüfer gemachte Einwand der Regel 3 Absatz 2 DV nicht begründet. Die Vorgaben für die bei der Anmeldung einzureichende „Wiedergabe der Marke“ gemäss Regel 3 DV erscheint zu sehr auf die traditionellen Markenformen, wie Wort und Bildmarken, zugeschnitten zu sein, und muss daher vom Amt im Rahmen der Erfordernisse des registerrechtlichen Bestimmtheitsgebots und im Licht der Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten einer weiten Öffnung für neue Markenformen durch Artikel 4 GMV gesehen werden.

Markenfähigkeit, Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a) i. V. m. Artikel 4 GMV

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

22. Zwar richtet sich die Beschwerde formal nur gegen die Versagung des Anmeldetages. Die Argumentation des Amtes in ihrer Beanstandung und ihrem Zurückweisungsbescheid, sowie der Anmelderin vor dem Prüfer und der Beschwerdekammer beziehen sich jedoch insbesondere auch auf die Schutzversagung als Marke, so dass es die Kammer für sachdienlich hält, von ihrer Kompetenz in Artikel 62 Absatz 1 GMV Gebrauch zu machen, insoweit im Rahmen der Zuständigkeit der Prüfungsabteilung tätig zu werden (Entscheidung der Dritten Beschwerdekammer vom 12. Februar 1998, R 7/97-3 – „Orange“, Rn. 16, a.a.O.; Urteil des Gerichts erster Instanz vom 8. Juli 1999 in der RS T-163/98 – Baby-dry [1999] ECR II-2383, OJ OHIM 11/1999, 1487, Randnr. 43). Die Anmelderin hat insbesondere die Gelegenheit zur Stellungnahme zu den hiermit verbundenen Problemkreisen wahrgenommen.

23. Im vorliegenden Fall ist der „Duft von Himbeeren“ markenfähig und nicht gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a) GMV als Zeichen, das nicht unter Artikel 4 GMV fällt, von der Eintragung ausgeschlossen.

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

> “Gemeinschaftsmarken können alle Zeichen sein, die sich graphisch darstellen lassen, insbesondere Wörter … und die Form oder Aufmachung der Ware, soweit solche Zeichen

geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden."

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

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

27. Der Ausdruck „alle Zeichen" in Artikel 4 GMV ist daher, nach systematischer und teleologischer Auslegung als weiter und offener Obergriff zu verstehen, der jede denkbare Markenform, einschließlich Geruchsmarken, mit einschließt, sofern sie abstrakt geeignet sind, die Waren eines Unternehmens von denen ihrer Wettbewerber zu unterscheiden (siehe Entscheidung vom 19. Dezember 1998, R 122/1998-3, LIGHT GREEN, Randnr. 17).

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

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

30. Die Kammer weist weiter darauf hin, dass bereits nach dem Wortlaut des Artikels 4 GMV nicht ausgeschlossen ist, dass Zeichen auch dann als Marken funktionieren können, wenn sie nicht visuell wahrgenommen werden können. Artikel 15 Absatz 1 letzter Satz des TRIPs Abkommens (ABl. HABM 11/1996, 1582, 1600) bestätigt, dass Mitgliedstaaten das Erfordernis der visuellen Wahrnehmbarkeit eines Zeichens fordern können, aber nicht müssen.

31. Dies zeigt, dass Voraussetzung für die Markenfähigkeit gerade nicht ist, dass die Marke selbst wie bei einer Wort- oder Bildmarke unmittelbar grafisch darstellbar ist. Es reicht unter Umständen auch eine mittelbare Beschreibbarkeit aus, jedenfalls

dann, wenn die begehrte Markenform ihrer Natur nach nicht unmittelbar schriftlich oder bildlich dargestellt werden kann, wie das u.a. bei akustischen oder olfaktorischen Marken der Fall ist und solange dem Bestimmtheitsgebot im Rahmen des Anmeldetages genügt wurde. Hier muss eine genaue Beschreibung oder z.B. eine Darstellung in Notenschrift ausreichen, will man dieser Marke nicht von vorneherein den Schutz versagen. Im vorliegenden Fall der angemeldeten Marke des „Dufts von Himbeeren“ ist also von der Markenfähigkeit auszugehen.

Konkrete Unterscheidungskraft, Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b GMV

32. Im vorliegenden Fall hat die Marke jedoch für die angemeldeten Waren keine konkrete Unterscheidungskraft. Nach Auffassung der Beschwerdekammer ist der "Duft von Himbeeren" nicht geeignet, das absolute Eintragungshindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b GMV überwinden.

33. Bei der Prüfung der verschiedenen Eintragungshindernisse ist grundsätzlich darauf hinzuweisen, dass diese nicht zwischen verschiedenen Markenkategorien unterschiedliche Maßstäbe vorsieht (vgl. Urteil des Gerichts vom 19. September 2001 in der Rechtssache T-30/00, Henkel / HABM – „Tabs“, Randnummer 48).

34. Gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b GMV ist eine Marke jedoch nur dann eintragungsfähig, wenn sie für die angemeldeten Waren unterscheidungskräftig ist. Die Unterscheidungskraft einer Marke dient der Funktion der Marke, ihre betriebliche Herkunft zu kennzeichnen und damit die Waren nach ihrer betrieblichen Herkunft, nicht nach ihrer Beschaffenheit unterscheidbar machen (vgl. Urteil des Gerichts vom 26. Oktober 2000 in der Rechtssache T-360/99, Community Concepts / HABM, Investorworld, Randnr. 33).

35. Nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b GMV sind von der Eintragung diejenigen Marken ausgeschlossen, die keine Unterscheidungskraft haben, dass heißt, denen nicht die konkrete Eignung innewohnt, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden. Es ist insbesondere die Eignung der Marke zur Ausübung einer Herkunftsfunktion erforderlich. Die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft von Geruchsmarken, sind keine anderen, als die für die übrigen Markenkategorien geltenden Kriterien.

36. Die Kammer muss nach dieser Bestimmung im Wege einer Prognose und unabhängig von jeder tatsächlichen Benutzung des Zeichens im Markt beurteilen, ob es ausgeschlossen erscheint, dass das fragliche Zeichen geeignet ist, in den Augen der angesprochenen Verkehrskreise die betreffenden Waren von denen anderer Herkunft zu unterscheiden (vgl. Urteil des Gerichts vom 5 April 2001, in der Rechtssache T-87/0, EASYBANK, Randnr. 40 und Urteil des Gerichts vom 19. September 2001, in der Rechtssache T-30/00, Henkel / HABM, „Tabs“, Randnr. 61).

37. Das Gemeinschaftsmarkensysteme sieht nicht vor, dass Marken bereits vor der Anmeldung benutzt werden müssen. Die Gewöhnung des Verbrauchers an ein bestimmtes Zeichen ist nur unter dem Gesichtspunkt der Verkehrsdurchsetzung

gemäß Artikel 7 Absatz 3 GMV einer ansonsten gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b, c oder d GMV zurückzuweisenden Anmeldung zu berücksichtigen, was hier aber nicht geltend gemacht wurde (vgl. Urteil des Gerichts vom 19. September 2001, in der Rechtssache T-30/00, Henkel / HABM, „Tabs“, Randnr. 47).

38. Die Eintragung wurde für folgende Waren beantragt: "Brennstoffe, einschließlich Motorentreibstoffe, insbesondere Diesel als Heiz-, Brenn- und Kraftstoff ". Die beanspruchten Waren sind weit verbreitete Konsumgüter. Damit sind die allgemeinen Verkehrskreise, vom Autofahrer bis zum Wohnungsbesitzer, angesprochen. Dabei ist generell auf die mutmaßliche Erwartung der durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers wegen der Art der hier betroffenen Waren nicht hoch ist (vgl. EuGH, Urteile vom 16. Juli 1998, C-210/96, 6-Korn-Eier - Gut Springenheide, Randnummer 31; ABl. HABM 3/1999, 561 und vom 22. Juni 1999, C-342/97 – Lloyd, ABl. HABM 12/1999, 1568, Randnr. 26).

39. Der Durchschnittsverbraucher ist bei der Wahrnehmung einer Marke einer Vielzahl verschiedenartiger Umstände ausgesetzt, insbesondere dem ersten Eindruck der fraglichen Marke und der möglichen Wahrnehmung der angemeldeten Waren (vgl. Urteil des Gerichts vom 31. Januar 2001 in der Rechtssache T-24/00, The Sunrise Corporation / HABM - VITALITE, Randnr. 15). Bei der Prüfung, ob eine Marke als Kommunikationszeichen dienen kann, muss geprüft werden, ob das Zeichen von den beteiligten Verkehrskreisen gegenwärtig mit der betreffenden Warengruppe wahrgenommen werden kann oder ob dies vernünftigerweise für die Zukunft zu erwarten ist.

40. Im Rahmen der Anwendung dieser Kriterien ist jedoch zu berücksichtigen, dass im Fall einer olfaktorischen Marke die Wahrnehmung durch die angesprochenen Verkehrskreise nicht die gleiche ist, wie bei einer Wortmarke. Auch die neuen Markenformen, wie Farbmarken, akustische Marken, Geschmacksmarken oder taktile Marken, müssen einen gegenüber den Waren funktional unabhängigen und eigenständigen Charakter haben. Nur solche Zeichen können Marken sein, die sich im Raum entfalten und unabhängig von dem Gegenstand wahrgenommen werden können, von dem sie eine Eigenschaft darstellen. Diese Beziehung zwischen den Waren und der Marke sollte im Laufe der Zeit stabil und beständig sein, damit die Kaufentscheidung stets hinsichtlich einer Marke getroffen wird, die denselben Zustand behält.

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

42. Die Anmeldung führt jedoch auch andere Brennstoffe unter den angemeldeten Waren auf, nämlich Motorentreibstoffe, insbesondere Diesel als Heiz-, Brenn- und Kraftstoff. Es ist anzumerken, dass diese angemeldeten Waren alle die Eigenschaft

eines starken Eigengeruchs haben, der meist als unangenehm empfunden wird. Die Hinzufügung von Himbeerduft verändert den Geruchseindruck des Verbrauchers von diesen Waren insgesamt nicht oder nur geringfügig, auch wenn der Duft von Himbeeren den Wareneigengeruch etwas angenehmer machen mag.

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

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

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

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

47. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf die Entscheidung R 156/1998-2 - „Der Geruch von frisch geschnittenem Gras“ beruft, ist festzustellen, dass jede Anmeldung, aufgrund der konkreten Umstände des Einzellfalls zu beurteilen ist, die dort jedoch anders lagen. Ferner sind die anderen durch den Prüfer zitierten Entscheidungen der Beschwerdekammern letztlich mit diesem Fall nicht vergleichbar, insbesondere da es sich nicht um Geruchsmarken handelt.

Tenor der Entscheidung

Aus diesen Gründen entscheidet

DIE KAMMER

Wie folgt:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

S. Sandri T. Margellos A. Bender

Geschäftsstellenbeamter:

E. Gastinel