Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-7397/2006

{T 0/4}

Urteil vom 4. Juni 2007

Mitwirkung: Richter David Aschmann (Vorsitz), Richter Hans Urech, Richter Marc Steiner;
Gerichtsschreiber Philipp J. Dannacher

X._____,
vertreten durch E. Blum & Co. AG, Patentanwälte und Markenanwälte VSP, Vorderberg 11, 8044 Zürich,

Beschwerdeführer

gegen

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum (IGE), Einsteinstrasse 2, 3003 Bern,

Vorinstanz

betreffend
Schutzverweigerung gegenüber der Internationalen Markeneintragung IR 790'272 "Gitarrenkopf" (3D)

Sachverhalt:

A. Die Registrierung der Marke Nr. IR 790 272 "Gitarrenkopf" (3D) im Internationalen Register wurde am 12. Dezember 2002 in der Gazette OMPI des marques internationales veröffentlicht. Die Marke beansprucht Schutz unter anderem in der Schweiz für "*Guitares et guitares basses, notamment guitares électriques et guitares basses électriques*" in Klasse 15 und beruht auf einer deutschen Basismarke. Sie sieht wie folgt aus:



B. Mit Schreiben vom 28. Oktober 2003 teilte das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum ("Vorinstanz") dem Beschwerdeführer mit, gestützt auf Art. 6^{quinquies} lit. b Ziff. 2 der Pariser Verbandsübereinkunft/PVÜ, SR 0.232.114, und Art. 2 lit. a und 30 Abs. 2 lit. c des Markenschutzgesetzes/MSchG, SR 232.11 werde der Marke als einem gewöhnlichen und/oder banalen Zeichen der Schutz in der Schweiz vorsorglich vollumfänglich verweigert.

C. Mit Schreiben vom 3. März 2004 bestritt der Beschwerdeführer, dass die Marke zum Gemeingut gehöre.

D. Die Vorinstanz hielt mit Schreiben vom 19. Mai 2004 an ihrer Einschätzung fest und verwies dafür auf Auszüge von handelsüblichen Gitarrenkopfformen aus dem Internet.

E. Der Beschwerdeführer reichte mit Schreiben vom 5. Juli 2004 eine Dokumentation marktüblicher Formen von elektrischen Gitarren ein und hielt an der ursprünglichen Unterscheidungskraft seiner Marke fest. Eventuell, beantragte er, sei diese als durchgesetzte Marke einzutragen, wofür er eine Zusammenstellung seiner Umsatzzahlen in der Schweiz vorlegte.

F. Mit Schreiben vom 5. Oktober 2004 hielt die Vorinstanz erneut an ihrer Zurückweisung fest. Die Verkehrsdurchsetzung beurteilte sie als nicht genügend glaubhaft gemacht, um der Marke Schutz zu gewähren.

G. Mit E-Mail-Nachricht vom 3. Dezember 2004 unterbreitete der Beschwerdeführer der Vorinstanz einen Entwurf für eine Erklärung, mit welcher verschiedene Personen ihm als Durchsetzungsnachweis bestätigen sollten, dass ihnen "die Marke 'Kopfplatte' (dreidimensionale Marke mit dem Buchstaben 'W', wie oben abgebildet)" bekannt sei.

H. Die Vorinstanz antwortete am 11. Januar 2005, dass die vorgelegte Erklärung nur die Bekanntheit, aber nicht die Verkehrsdurchsetzung der Marke belegen würde und darum nicht genüge.

I. Mit Schreiben vom 25. Februar 2005 reichte der Beschwerdeführer neunzehn Erklärungen von schweizerischen Gitarrenverkaufsläden ein. Diese bestätigten nicht nur ihre Kenntnis der angemeldeten Marke, sondern auch, dass Gitarren mit der abgebildeten Kopfplatte und dem Buchstaben "W" seit 1985 (zum Teil auch seit einem späteren Jahr) in der Schweiz verkauft würden.

J. Der Beschwerdeführer reichte mit Schreiben vom 20. April 2005 weitere schriftliche Beweismittel für die Verkehrsdurchsetzung der Marke ein. Er stellte der Vorinstanz an einer telefonischen Besprechung vom Mai 2005 weitere Beweismittel in Aussicht. Die Vorinstanz setzte ihm mit Schreiben vom 6. September 2005 dazu Frist an.

K. Am 6. November 2005 reichte der Beschwerdeführer Rechnungskopien aus den Jahren 2000-2005 als Durchsetzungsbelege nach.

L. Mit Schreiben vom 3. Januar 2006 bestätigte die Vorinstanz die Schutzverweigerung gegenüber der Marke erneut. Die Durchsetzungsbelege beurteilte sie als ungenügend, worauf der Beschwerdeführer um Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung ersuchte.

M. Mit Verfügung vom 28. Juni 2006 erklärte die Vorinstanz gegenüber der Marke IR 790'272 "Gitarrenkopf" eine definitive Schutzverweigerung für alle angemeldeten Waren.

N. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer am 10. Juli 2006 Beschwerde an die Eidgenössische Rekurskommission für geistiges Eigentum.

O. Mit Vernehmlassung vom 13. Oktober 2006 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

P. Mit Verfügung vom 15. November 2006 wurde das Verfahren per 1. Januar 2007 an das Bundesverwaltungsgericht überwiesen.

Q. Am 1. März 2007 fand in Bern auf Wunsch des Beschwerdeführers eine mündliche und öffentliche Verhandlung gemäss Art. 40 Abs. 1 lit. a VGG statt, an der weitere Belege eingereicht wurden. Auf die einzelnen Beweismittel wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz in Registersachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 lit. d des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Das vorliegende Verfahren wurde am 1. Januar 2007 von der eidg. Rekurskommission für geistiges Eigentum übernommen (Art. 53 Abs. 2 VGG). Die Beschwerde wurde in der gesetzlichen

Frist von Art. 50 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) am 13. September 2006 eingereicht und der verlangte Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet. Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und durch den Entscheid beschwert (Art. 48 VwVG). Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2. Innerhalb eines Jahres ab Mitteilung einer Internationalen Markenregistrierung kann die Vorinstanz erklären, dass sie dieser Marke den Schutz in der Schweiz verweigere (RKGE in sic! 2006, 31 *Schmuckkäfer*). Sie muss dafür zumindest einen in der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ) erwähnten Grund angeben (Art. 5 Abs. 1 des Madrider Markenabkommens/ MMA). Mit der Mitteilung der Registrierung der Marke IR 790'272 am 21. November 2002 und dem Versand der *Notification de refus provisoire total* am 28. Oktober 2003 wurde diese Jahresfrist eingehalten.

3. Als Ablehnungsgrund kann die Vorinstanz angeben, dass die Marke jeder Unterscheidungskraft entbehre oder ausschliesslich aus Zeichen oder Angaben zusammengesetzt sei, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Werts, des Ursprungsorts der Erzeugnisse oder der Zeit der Erzeugung dienen könnten oder im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten des Schutzlands üblich seien (Art. 6^{quinquies} lit. b Ziff. 2 PVÜ). Diesen Grund hat die Vorinstanz unter Hinweis auf den inhaltlich entsprechenden Tatbestand von Art. 2 lit. a des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11), der Zugehörigkeit zum "Gemeingut", angerufen. Lehre und Praxis zu dieser Norm können damit herangezogen werden (BGE 114 II 373 E. 1 *Alta tensione*, 128 III 457 E. 2 *Yukon*). Zeichen, die Gemeingut sind, sind nach jener Bestimmung vom Markenschutz ausgeschlossen, es sei denn, dass sie sich im Verkehr für die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben. Zum Gemeingut zählen einerseits die Fälle fehlender Unterscheidungskraft. Darunter fallen direkte Hinweise auf Eigenschaften wie auf die Beschaffenheit, Zusammensetzung, Zweckbestimmung oder Wirkung der Ware oder Dienstleistung, für welche die Marke beansprucht wird (BGE 128 III 450 E. 1.5 *Premiere*, 129 III 227 E. 5.1 *Masterpiece*) und Zeichen, die von den relevanten Abnehmerkreisen aus anderen Gründen nicht als Kennzeichen für eine betriebliche Herkunft der gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung aufgefasst, sondern insbesondere als Dekoration, Sach- oder Produktebezeichnung angesehen werden (BGE 106 II 247 f. E. 2b *Rotring*, 118 II 181 E. 3 *Duo*). Gemeingut sind andererseits Zeichen, an welchen ein Freihaltebedürfnis besteht (BGE 120 II 150 E. 3b/bb *Yeni Raki*, 118 II 183 E. 3c *Duo,* 117 II 321 E. 3 *Valser*). Als Tatbestände können fehlende Unterscheidungskraft und Freihaltebedürfnis auch beim selben Zeichen gleichzeitig vorliegen (JÜRG MÜLLER, Unterscheidungskraft, Freihaltebedürfnis, Verkehrsdurchsetzung, INGRES, Marke und Marketing, Bern 1990, S. 207, EUGEN MARBACH, in: Roland von Büren / Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III, Kennzeichenrecht, Basel 1996, Markenrecht, S. 34).

4. Dreidimensionale Marken, die aus der Form der gekennzeichneten Ware selbst bestehen (sogenannte Formmarken), setzen eine besondere Prüfung ihrer Unterscheidungskraft voraus, da Warenformen infolge der funktionalen und ästhetischen Bedürfnisse, die an die Ware gestellt werden, vor allem auf Grund von Gebrauchs- und nicht von Kennzeichnungszwecken gestaltet werden. Abnehmer/innen pflegen eigenartige Formelemente darum auch eher mit funktionalen oder ästhetischen und weniger mit kennzeichnerischen Absichten in Verbindung zu bringen (BGE 120 II 310 E. 3a *The Original*, 130 III 334 E. 3.5 *Swatch,* MARTIN LUCHSINGER, Dreidimensionale Marken, Formmarken und Gemeingut, sic!, 1999, S. 197, PETER HEINRICH/ANGELIKA RUF, Markenschutz für Produktformen?, sic!, 2003, S. 402). Es genügt deshalb nicht, dass eine angemeldete Form die Ware von anderen Produkten unterscheidbar macht, sondern sie muss eine Herkunftsfunktion erfüllen, um als Marke eingetragen werden zu können (MAGDA STREULI-YOUSSEF, Zur Schutzfähigkeit von Formmarken, sic!, 2002, S. 796). Nach einer Formulierung des Bundesgerichts müssen Formmarken "durch ihre Eigenheiten auffallen, vom Gewohnten und Erwarteten abweichen und dadurch im Gedächtnis der Abnehmer haften bleiben", um als Unterscheidungsmerkmal zu dienen (BGE 120 II 310 E. 3a-b *The Original,* 129 III 525 E. 4.1 *Lego*). Nach dieser Rechtsprechung ist auf die Herkunftswirkung der ganzen gekennzeichneten Ware und nicht allein auf die Wirkung der angemeldeten Marke abzustellen. Zeigt eine Formmarke nur einen Teil der Form der Ware, für die sie angemeldet ist, muss die Auffälligkeit und Abweichung vom Gewohnten und Erwarteten im Erscheinungsbild der ganzen Ware und nicht nur im wiedergegebenen Warenbestandteil vorliegen, damit eine Herkunftswirkung bejaht und die Marke eingetragen werden kann (BGE 131 III 132 f. E. 7.1 *Smarties*).

5. Eine Warenform, die das Wesen der Ware ausmacht oder die technisch notwendig ist, um den Verwendungszweck der Ware zu erfüllen, ist absolut freihaltebedürftig und vom Markenschutz ausgeschlossen, ohne dass es auf ihre Durchsetzung im Verkehr ankäme (Art. 2 lit. b MSchG, BGE 129 III 517 f. E. 2.3 *Lego*). Ist die Warenform technisch bedingt aber nicht technisch notwendig, wird sie zum Gemeingut nach Art. 2 lit. a MSchG gezählt, das durch Verkehrsdurchsetzung nachträglich Eintragungsfähigkeit erlangen kann (BGE 129 III 519 E. 2.4.3 *Lego*). Technisch bloss "mitbeeinflusste" Formen gelten sodann auch ohne Verkehrsdurchsetzung als unterscheidungskräftig, falls sie sich nicht in Formen des Gemeinguts erschöpfen (BGE 129 III 519 E. 2.4.4 *Lego*). Weitere Vorgaben können sich aus nichttechnischen Gebrauchskonventionen oder aus anderen Bedürfnissen ergeben und ebenfalls ein Freihaltebedürfnis begründen. Nach Ansicht der Vorinstanz gehört die Marke des Beschwerdeführers zum durchsetzungsfähigen Gemeingut nach Art. 2 lit. a MSchG.

6. Massgeblich bei dieser Beurteilung ist stets der Registereintrag und nicht der tatsächliche Gebrauch der Marke (BGE 120 II 310 E. 3a *The Original*). Formmarken sind im Gesamteindruck aus der Sicht der Abnehmerkreise zu beurteilen, an die das Angebot der Waren gerichtet ist (LUCAS DAVID, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz /

Muster- und Modellgesetz, Basel 1999, MSchG Art. 2 N. 8 MARBACH, a. a. O., S. 35, BGE 127 III 168 E. 2b/cc *Securitas*), wobei es für die Zurückweisung genügt, wenn der Marke die Unterscheidungskraft nur bei einem Teil der Verkehrskreise fehlt (DAVID, a. a. O., MSchG Art. 2 N. 9, BGE 128 III 451 E. 1.5 *Premiere*, 99 II 404 E. 1c *Biovital*). Der relevante Abnehmerkreis ist dabei nie so eng zu ziehen, dass die ursprüngliche Unterscheidungskraft mit der nachträglichen Verkehrsdurchsetzung begrifflich zusammenfällt: Die Marke ist nicht nur aus der Sicht versierter Fachleute zu beurteilen, die das gesamte Marktangebot schon genau kennen, sondern regelmässig auch in Bezug auf neue Marktteilnehmer, Dienstleistungsvermittler und andere Personen, die mit der Ware in Kontakt treten (EUGEN MARBACH, Die Verkehrskreise im Markenrecht, sic!, 2007, S. 10 f.; DAVID, a. a. O., MSchG Art. 2 N. 9,). In Grenzfällen sind Marken jedoch einzutragen und allenfalls der weitergehenden Prüfung durch den Zivilrichter zu überlassen (MARBACH, a. a. O., S. 32, BGE 129 III 229 E. 5.3 *Masterpiece,* 130 III 332 E. 3.2 *Swatch*; vgl. auch Art. 66 MSchG).

7. Die strittige Marke ist registriert für Gitarren und Bassgitarren, vor allem für elektrische Gitarren und Bassgitarren. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass diese Waren ausschliesslich von einem beschränkten Kreis interessierter Hobby- und Berufsmusiker gekauft würden, die allein anhand der Form der Gitarrenkopfplatte – an Konzerten sogar aus grosser Entfernung – den Hersteller des Instruments erkennen könnten (S. 4 und 6 f. der Beschwerde). Wie gesagt sind die Abnehmerkreise aber nicht nach der tatsächlichen Hauptkundschaft der Beschwerdeführerin, sondern nach dem Registereintrag zu ermitteln: die Marke ist für Gitarren und Bassgitarren generell eingetragen. Abnehmer von Gitarren, auch von elektrischen Gitarren und Bassgitarren, haben keineswegs immer die Marktkenntnisse, welche der Beschwerdeführer voraussetzt. Zur Kategorie Gitarren zählen insbesondere auch akustische Gitarren, die oft von Anfängerinnen und Anfängern gekauft werden. Auch in der Käuferschaft elektrischer Gitarren und Bassgitarren gibt es sodann viele Anfängerinnen und Anfänger. Zu den massgeblichen Abnehmerkreisen sind darum auch musikinteressierte Laien zu zählen, die zum ersten Mal selbst eine Gitarre in die Hand nehmen.

8. Zuerst ist die ursprüngliche Unterscheidungskraft des angemeldeten Zeichens zu prüfen. Es besteht aus einer flachen Platte mit einer gleichmässig gewellten und oben schrägen Aussenlinie und zwei senkrechten Reihen glänzender Saitenschrauben (rechts zwei und links drei), die zueinander versetzt sind. Auf der Höhe jeder Schraube steht eine Flügelmutter als sogenannte "Mechanik" (Saitenwirbel) schräg von der Plattenseite ab. Die Platte ist schwarz, an der Seite braun und trägt oben neben der obersten Saitenschraube ein weisses "W". In ihrem unteren Teil, über dem Griffbrett und dem Sattel, ist ein schwarzer Halsspannstab senkrecht auf der Platte angebracht. Saiten sind nicht abgebildet. Auch wird die Rückseite des Gitarrenkopfs nicht gezeigt.

   Diese Bestandteile der Anmeldung sind nach den erwähnten Kriterien im Gesamteindruck zu prüfen. Im Fall einer rein technischen oder dekorativen Funktion sind sie nicht einfach auszuklammern, aber entsprechend zu wür-

digen (CHRISTOPH WILLI, in: Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 2 N. 124).

9. Die vom Gitarrenkopf parallel auf das Griffbrett geführten Gitarrensaiten (Stahlsaiten) stehen beim Spielen unter erheblicher Zugspannung, müssen aber sehr genau gestimmt werden können. Verschiedene Details der Gitarrenkopfplatte sind wegen dieser heiklen Aufgabe technisch beeinflusst. Hierzu gehört die Flügelmutterform der Mechaniken und ihr schräges Abstehen von der Kopfplatte, das der Beschwerdeführer für besonders unterscheidungskräftig hält. Feine, exakte und kontrollierte Drehbewegungen vereinfachen nämlich das Feinstimmen der Gitarre. Die Drehkraft des Handgelenks muss dafür mit Daumen und Zeigefinger möglichst vollständig auf die Mechaniken übertragen werden können, wofür zunächst die Flügelmutter dient. Sie wird aber auch besser kontrolliert, wenn sich die Hand dabei an der Kopfplatte abstützen kann, was dank den schräggestellten, seitlich von der Kopfplatte wegführenden Mechaniken besser möglich ist. Gleichzeitig widersteht eine schräg geführte Mechanik besser dem starken Saitenzug, da sie in diagonaler Richtung von der Kopfplatte über eine längere Distanz festgehalten wird, als wenn sie sie horizontal im rechten Winkel schneidet. Schrägstellung und Form der Mechaniken sind darum jedenfalls technisch bedingt und in diesem Umfang freihaltebedürftig. Die Spielerinnen und Spieler werden überdies eines solchen Nutzens gewahr und werden derartige Elemente darum weniger als Kennzeichen, sondern als technische Funktion interpretieren. Die Elemente wirken darum auch nicht derart unterscheidungskräftig, wie der Beschwerdeführer behauptet. Die zweireihige Verteilung der Saitenschrauben und ihre Form, der Grundriss der Kopfplatte, der Halsspannstab und der Sattel sind ebenfalls weitgehend technisch bestimmt. Die Saitenanzahl wird von der Gitarrenliteratur und von Spielkonventionen vorgegeben. Die Farben Braun und Silber entsprechen den bei Gitarren häufig verwendeten Materialien Holz und Stahl/Chromstahl. Auch sie tragen daher, ebenso wie die Standardfarbe Schwarz, kaum etwas zur Unterscheidungskraft der Marke bei.

10. Ein Vergleich mit anderen Gitarrenformen zeigt überdies, dass zweireihig angeordnete Saitenschrauben, schräg von der Seite auf die Gitarrenlängsachse zuführende Mechaniken und schräge Oberkanten der Kopfplatten im gängigen Marktangebot häufig sind und diese Elemente auch darum vom Gewohnten und Erwarteten nicht derart abweichen, dass eine betriebliche Herkunftszuordnung beim massgeblichen Publikum zu erwarten wäre. Für diesen Vergleich ist beispielsweise auf die Modelle von Fender und Music-Man (schräge Mechaniken) und von Gibson, Gretsch, Ibanez, National, PRS und Rickenbacher (zwei Reihen von Saitenschrauben, schräge Kopfplatte) in den Werken "Electric Guitars – The Illustrated Encyclopedia" (TONY BACON, London 2000) und Make Your Own Electric Guitar (MELVYN HISCOCK, 2. Aufl. Hampshire 1998, S. 28) hinzuweisen.

11. Nicht technisch und nicht durch Spielkonventionen vorgegeben sind demgegenüber die Wellenkontur der Kopfplatte, ihre schräge Oberkante und der Buchstabe "W". Die Kombination dieser Elemente und ihr Zusammen-

spiel mit den vorerwähnten, untergeordneten Bestandteilen vermag das Erscheinungsbild einer ganzen Gitarre jedoch nicht im Sinne einer Herkunftsfunktion hervortreten und vom Gewohnten und Erwarteten abweichen zu lassen. Der auffälligste Bereich und Mittelpunkt einer Gitarre ist regelmässig ihr ästhetisch geformter, breiter, klingender und häufig auch reich verzierter Korpus. Im Vergleich dazu ist die Kopfplatte eher klein und vor allem technisch gestaltet. Anzeichen für ein in ihre technische Funktion integriertes, betriebliches Herkunftszeichen werden nicht an ihr erwartet und müssten darum besonders auffällig sein, um überhaupt als Marke wahrgenommen zu werden. Viele handelsübliche Gitarren aber haben geschwungene Formen und schräg verlaufende Kopfplattenkanten (TONY BACON, a.a.O., MELVIN HISCOCK, a.a.O., RAY BONDS, The Illustrated Directory of Guitars, London 2001, S. 250 ff.). Die Marke des Beschwerdeführers hebt sich davon nur wenig ab. Auch das kleine weisse "W" wird den Betrachtern zu wenig auffallen und vermag das Erscheinungsbild der ganzen Gitarre nicht genügend zu beeinflussen.

12. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass sich seine Marke für Gitarren und Bassgitarren im Verkehr durchgesetzt habe. Es ist davon auszugehen, dass die von ihm beherrschte [...] GmbH & Co. [...] KG die Marke im Sinne von Art. 11 Abs. 3 MSchG mit seinem Einverständnis verwendet, doch ist jene Bestimmung auf den rechtserhaltenden Gebrauch der Marke beschränkt. Für das Argument der Verkehrsdurchsetzung ist zunächst zu prüfen, ob der Beschwerdeführer sich überhaupt auf eine für eine andere Person erworbene Unterscheidungskraft berufen kann (was Art. 3 Abs. 3 MSchG beispielsweise für notorisch bekannte Marken verbietet).

    Eine Verkehrsdurchsetzung wird nur für diejenige Ausführungsform des Zeichens sowie für diejenigen Waren oder Dienstleistungen anerkannt, für die es tatsächlich benützt worden ist (MARBACH, SIWR III, S. 56, WILLI, a. a. O., Art. 2 N. 174). Es läge daher nahe, auch nur den tatsächlich und in Bezug auf sich selbst erreichten Herkunftsbezug anzuerkennen. Namentlich liefe es dem Begriff und Zweck der Verkehrsdurchsetzung zuwider, einem Markenusurpator zu gestatten, sich auf die vom ursprünglichen Berechtigten erworbene Verkehrsdurchsetzung zu berufen, bevor dieser seine Marke selbst angemeldet hat. Allerdings würde es zu ebenso stossenden Ergebnissen führen, die Anstrengungen eines Markenlizenznehmers zur Durchsetzung seiner Lizenzmarke nicht mit einer Markeneintragung zu belohnen, und sei es auch zugunsten des nicht an der Durchsetzung beteiligten Markeninhabers, der dem Lizenznehmer wenigstens aus dem Lizenzvertrag verpflichtet ist. Die Marke könnte sonst nur durch eine Übertragung auf den Lizenznehmer überhaupt geschützt werden. Die Regelung von Art. 11 Abs. 3 MSchG ist aus diesem Grund auf die erworbene Verkehrsdurchsetzung einer Marke analog anzuwenden. Der Durchsetzungsnachweis für die von ihm beherrschte [...] GmbH & Co. [...] KG steht dem Beschwerdeführer somit offen.

    Grundsätzlich genügt es hierbei, dass der Beschwerdeführer die behauptete Durchsetzung glaubhaft macht (BGE 130 III 332 E. 3.2 *Swatch*).

13. Der Beschwerdeführer hat Kopien aus seiner Werbung und aus Fachzeitschriften sowie 19 Bekanntheitserklärungen von Gitarrenhändlern vorgelegt, die bestätigen, dass ihnen Gitarren mit der Marke des Beschwerdeführers bekannt sind und dass solche seit Jahren in der Schweiz verkauft werden. Nach den Angaben des Beschwerdeführers wurde in den letzten Jahren in der Schweiz mit Gitarren, die der angemeldeten Marke entsprechen, ein Jahresumsatz von € [...] - [...] erzielt.

14. Mit den Belegen wird zwar ein gewisser Gebrauchsumfang der Marke, aber keine Verkehrsdurchsetzung glaubhaft gemacht. Allein durch einen gewissen Absatz von entsprechenden Waren ist diese nicht dargetan. Der Beschwerdeführer müsste vielmehr glaubhaft machen, dass die relevanten Abnehmerkreise gerade den angemeldeten Kopf als betriebliches Herkunftszeichen wahrnehmen und verstehen (BGE 130 III 335 E. 3.5 *Swatch*, BGE 128 III 445 E. 1.4 *Appenzeller* RKGE in sic! 2002 S. 99 f. E. 5 *Diortasche*). Die vorgelegte Werbung stammt jedoch ausschliesslich aus Fachzeitschriften, die behaupteten Jahresumsätze entsprechen nur [...] - [...] verkauften Instrumenten pro Jahr (nach den vorgelegten Rechnungskopien erscheinen [...] verkaufte Gitarren im Jahr 2005, [...] im Jahr 2004 und [...[im Jahr 2003 glaubhaft; die meisten Rechnungsposten beziehen sich auf andere Produkte), ohne dass man weiss, wie viele Fünfsaiter darunter waren, und die Bekanntheitserklärungen von Gitarrenhändlern sind auf Kenntnisse von Verkäuferinnen und Verkäufern beschränkt. Auch wird in den Bekanntheitserklärungen nicht behauptet, dass die fraglichen Gitarren in den Gitarrengeschäften der Unterzeichneten verkauft würden, sondern nur, dass in der Schweiz ein Verkauf in nicht genanntem Umfang stattfinde. Über die Wiedererkennung der Marke unter den Angehörigen der massgeblichen Verkehrskreise, wozu auch Anfänger gehören, die keine Gitarren-Fachzeitschriften lesen (E. 7), lassen sich den eingereichten Belegen somit keine Hinweise entnehmen. Mit Recht wies die Vorinstanz darauf hin, dass die Gebrauchsbelege zum Teil in wesentlichen Punkten von der Marke des Beschwerdeführers abweichen, meistens nämlich nur vier Saitenschrauben und Mechaniken aufweisen und teilweise Aufdrucke wie "F.N.A.", "[...]" etc. tragen. Diese Abweichungen verändern die Kopfplatten im Vergleich mit der Marke des Beschwerdeführers im massgeblichen Gesamteindruck erheblich. Die Belege sind zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke darum nicht hilfreich. Da kein rechtsbegründender Gebrauch für akustische Gitarren behauptet wird, wäre ihre Verkehrsdurchsetzung in diesem Umfang ohnehin fraglich. Aber auch für das Segment der elektrischen Gitarren erscheint nach den vorgelegten Beweismitteln eine hinreichende Marktdurchsetzung nicht glaubhaft.

15. Der Teilformmarke des Beschwerdeführers ist der Schutz für das Gebiet der Schweiz aus diesen Gründen zu verweigern, so dass die Beschwerde abzuweisen ist.

16. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Die Spruchgebühr (Gerichtsgebühr) ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und fi-

nanzieller Lage der Parteien zu bestimmen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). In Markeneintragungsverfahren ist dafür das Interesse der beschwerdeführenden Partei am Aufwand einer neuen Markeneintragung und an der Vorbereitung der Markteinführung im Fall der Rückweisung der hängigen Markenanmeldung zu veranschlagen. Es würde allerdings zu weit führen und könnte im Verhältnis zu den relativ geringen Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens abschreckend wirken, wenn dafür stets konkrete Aufwandsnachweise im Einzelfall verlangt würden. Mangels anderer streitwertrelevanter Angaben ist der Umfang der Streitsache darum nach Erfahrungswerten auf Fr. 25'000.-- festzulegen (JOHANN ZÜRCHER, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsprozess, sic!, 2002, S. 505; LEONZ MEYER, Der Streitwert in Prozessen um Immaterialgüterrechte und Firmen, sic!, 2001, S. 559 ff., LUCAS DAVID, in: Roland von Büren / Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/2, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Basel 1998, S. 29 f. Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und die angefochtene Verfügung bestätigt.

2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens im Umfang von Fr. 3'500.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- verrechnet. Der Beschwerdeführer hat somit noch Fr. 1'000.-- zu bezahlen.

3. Dieses Urteil wird eröffnet:

   - dem Beschwerdeführer (mit Gerichtsurkunde)
   - der Vorinstanz (Ref-Nr. 53196/2005) (mit Gerichtsurkunde)
   - dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (zur Kenntnis mit A Post).

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
David Aschmann	Philipp J. Dannacher

Rechtsmittelbelehrung
Dieses Urteil kann innert dreissig Tagen seit Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne angefochten werden.

Versand am: 12. Juni 2007