Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-7436/2006
{T 0/4}

Urteil vom 21. Februar 2007

Mitwirkung: Richter David Aschmann (vorsitzender Richter), Richter Francesco Brentani, Richterin Maria Amgwerd; Gerichtsschreiber Philipp J. Dannacher

R._____
vertreten durch Frau Dr. Renata Kündig, Hallenstrasse 15, 8008 Zürich

Beschwerdeführerin

gegen

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum, Einsteinstrasse 2, 3003 Bern

Vorinstanz

betreffend

Zurückweisung des Markenhinterlegungsgesuchs Nr. 201/2005 Farbmarke Blau/Silber

Sachverhalt:

A. Am 21. Januar 2005 ging die Anmeldung der abstrakten Farbmarke "Blau (RAL 5002), silber (RAL 9006)" der Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz ein. Die Marke wurde für "*Energy Drinks*" in Klasse 32 beansprucht.

B. Die Vorinstanz beanstandete mit Schreiben vom 26. Januar 2005 einerseits die Unterscheidungskraft und andererseits die Formulierung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses der Marke.

C. Am 17. Februar 2005 antwortete die Beschwerdeführerin, dass sie die Farbkombination für ursprünglich unterscheidungskräftig halte, deren Verkehrsdurchsetzung indessen auch notorisch sein dürfte. Sie erklärte sich einverstanden mit der Präzisierung der Warenliste auf "*(Klasse 32) Alkoholfreie Getränke, nämlich Energy Drinks*".

D. Mit Schreiben vom 30. März 2005 hielt die Vorinstanz an ihrer Einschätzung der Rechtslage fest. Die Beschwerdeführerin erkundigte sich mit Schreiben vom 15. April 2005 nach Einzelheiten zum Aufbau der verlangten demoskopischen Umfrage zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung der Marke, worauf die Vorinstanz ihr am 3. Juni 2005 verschiedene Vorgaben dazu mitteilte.

E. Die Beschwerdeführerin unterbreitete der Vorinstanz mit Schreiben vom 15. August 2005 eine Umfrage-Offerte eines Meinungsforschungsinstituts. Die Vorinstanz nahm dazu am 11. November 2005 Stellung und verlangte eine Ergänzung von Frage 2. Mit Schreiben vom 29. November 2005 erklärte sich die Beschwerdeführerin zur Ergänzung der Frage bereit, schlug jedoch einen anderen Wortlaut vor, der von der Vorinstanz am 1. Dezember 2005 akzeptiert wurde.

F. Die Beschwerdeführerin sandte das Resultat der demoskopischen Umfrage am 9. März 2006 an die Vorinstanz. Diese antwortete am 7. Juni 2006, die Verkehrsdurchsetzung der Marke sei nicht glaubhaft, da die Bekanntheit der Marke auf Grund der Antworten aller Befragten beurteilt werden müsse und somit nur ein Zuordnungsgrad von 45% in der Romandie, 66% im Tessin und 58% in der Deutschschweiz aus der Umfrage resultiere. Die Werte seien zu tief, um eine Verkehrsdurchsetzung anzunehmen.

G. Mit Schreiben vom 11. Juli 2006 ersuchte die Beschwerdeführerin um eine beschwerdefähige Verfügung, die von der Vorinstanz am 6. September 2006 erlassen wurde.

H. Am 28. September 2006 erhob die Beschwedeführerin Beschwerde vor der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum mit dem Antrag:

> "Die Verfügung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 6. September 2006 sei aufzuheben, und das Institut sei anzuweisen, die Farbmarke Blau (RAL 5002) / Silber (RAL 9006) für die beanspruchten Waren 'Energy Drinks' bzw. 'Alkoholfreie Getränke, nämlich Energy Drinks' in der Klasse 32 einzutragen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

I. Mit Vernehmlassung vom 10. November 2006 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

J. Das Verfahren wurde mit Verfügung vom 15. November 2006 per 1. Januar 2007 an das Bundesverwaltungsgericht überwiesen.

K. Auf die Durchführung einer mündlichen und öffentlichen Verhandlung hat die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 22. Januar 2007 verzichtet.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG; SR 173.32]). Es hat das vorliegende Verfahren am 1. Januar 2007 von der eidg. Rekurskommission für geistiges Eigentum (RKGE) 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 28. September 2006 eingereicht und der verlangte Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Die abstrakte Kennzeichnungseignung konturloser Farben wurde von der RKGE im Jahr 1995 unter Hinweis auf Art. 1 Abs. 2 MSchG verneint (RKGE in Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht [SMI] 1996 S. 317 E. 6 *Mauve Milka*), jedoch in einem zweiten Fall von 2002 wegen der tatsächlichen Verwendung von Farben als Mittel zur Kennzeichnung im Wirtschaftsverkehr bejaht (sic! 2002 S. 243 E. 2 *Die Post*). Inzwischen hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) diese Frage für das Gebiet der Europäischen Union ebenfalls zustimmend beschieden (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [GRUR] 2003 S. 604 *Libertel*), und die Vorinstanz hat die abstrakte Kennzeichnungseignung der angemeldeten Marke nicht in Frage gestellt. An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten (vgl. auch Christoph Willi, in: Kommentar Markenschutzgesetz, Zürich 2002, hiernach: Kommentar MSchG, Art. 2 MSchG N. 116).

3. Allerdings müssen konturlose Farben und Farbkombinationen erhöhte Anforderungen erfüllen, um als Marken eingetragen zu werden. Farben haben im Wirtschaftsverkehr gewöhnlich eine ästhetische Funktion, können Stimmungen, Eigenschaften, thematische Zusammenhänge und anderes ausdrücken oder einfach dekorativ wirken. Sie werden darum üblicherweise in Alleinstellung nicht als verlässliche Anzeichen für eine betriebliche Herkunft aufgefasst (Eugen Marbach, Farben bilden Gemeingut, in: Festschrift David, Zürich 1996, hiernach: FS David, S. 110 f.). Zudem sind sie in der Regel dem Markt freizuhalten, da sie Wirkung und Wert einer Ware wesentlich steigern können. Konturlose Farbtöne und deren Kombinationen zählen darum grundsätzlich zum Gemeingut. Ihre Eintragung hängt zunächst davon ab, dass in der betreffenden Branche kein absolutes Freihaltebedürfnis am angemeldeten Farbton besteht (RKGE in sic! 2002 S. 344 E. 4 *Die Post;* Willi Kommentar MSchG, Art. 2 MSchG, N. 119). Eine Eintragung ist ausserdem nur möglich, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Farbe in kennzeichnendem Sinn für die entsprechenden Waren bekannt ist, also nicht nur als ästhetisches Merkmal der Ware, sondern darüber hinaus als Kennzeichen für deren betriebliche Herkunft Verkehrsgel-

tung erlangt hat (Verkehrsdurchsetzung). Nur ausnahmsweise wird eine Farbkombination derart unerwartet, ungewöhnlich und zugleich für den Verkehr entbehrlich sein, dass auf einen solchen Nachweis verzichtet werden kann. Schliesslich muss jeder verwendete Farbton für die Registrierung eindeutig und bleibend definiert werden und als solcher öffentlich zugänglich sein (vgl. EuGH in GRUR 2003 S. 604 *Libertel*), damit die Konkurrenten einen genügenden Abstand zu ihm einhalten können (RKGE in sic! 2002 S. 247 E. 8 *Die Post*).

4. Die vorliegende Marke wird für "*Alkoholfreie Getränke, nämlich Energy Drinks*" in Klasse 32 beansprucht. Die Beschwerdeführerin möchte als massgeblichen Abnehmerkreis nur Personen berücksichtigt sehen, die gelegentlich oder regelmässig Energy Drinks konsumieren, während die Vorinstanz den schweizerischen Durchschnittsverbraucher als Richtschnur ansieht (Beschwerde, S. 11, Stellungnahme der Vorinstanz, S. 5). Die massgeblichen Verkehrskreise sind normativ zu definieren (EUGEN MARBACH, Die Verkehrskreise im Markenrecht, sic! 2007 S. 9 mit weiteren Hinweisen). Ihre Bestimmung ist nicht wie der Wortlaut der Waren- und Dienstleistungsliste dem Markenanmelder zu überlassen, sondern im Einzelfall auf Grund der zu schützenden Wahrnehmungen und Interessen festzustellen. Energy Drinks stehen am Markt mit anderen nichtalkoholischen Getränken in Konkurrenz. Diese können ebenfalls aufputschend wirken, ähnlich schmecken und in gleichem Mass den Durst löschen, so dass Konsumenten, die nicht gelegentlich oder regelmässig Energy Drinks konsumieren, ebenso wie regelmässige Konsumenten, jeweils vor der Wahl stehen, entweder einen Energy Drink oder ein anderes nichtalkoholisches Getränk zu kaufen. Die Vorinstanz hat also zu Recht die Abnehmer nichtalkoholischer Getränke, die Durchschnittskäufer von Waren des täglichen Bedarfs, als massgeblichen Abnehmerkreis definiert.

5. Die Vorinstanz hat die Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke auf Grund der demoskopischen Umfrage vom Januar/Februar 2006 als nicht glaubhaft angesehen, da die Marke nach ihrer Definition des massgeblichen Abnehmerkreises nur 45% der Befragten in der Romandie, 66% im Tessin und 58% in der Deutschschweiz bekannt war. Der in BGE 128 III 441 *Appenzeller* definierte Richtwert von 66% sei damit verpasst worden. Das Bundesgericht hat in jenem Entscheid zwar nur ausgeführt, bei der Würdigung einer Verkehrsbefragung sei zu berücksichtigen, dass auch ein sehr bekanntes Zeichen von einem Teil der Abnehmer nicht in bestimmter Weise zugeordnet werde. Es könne darum nach allgemeiner Lebenserfahrung angenommen werden, dass ein Zeichen sich durchgesetzt habe, wenn über zwei Drittel der Befragten es in bestimmter Weise zuordneten. Aus dieser Freigrenze folgt der Umkehrschluss nicht, den die Vorinstanz zieht, dass ein Kennzeichen überhaupt erst durchgesetzt sei, wenn es im Durchschnitt aller Landesteile oder gar in jedem derselben einen Zuordnungsgrad von 66% erreiche. Vielmehr ist der erforderliche Zuordnungsgrad nach den Umständen des Einzelfalls (Aufmerksamkeit, Marktbreite usw.) festzulegen. Diese quantitative Frage kann vorliegend aber offen bleiben, da die Beschwerde aus anderen Gründen ohnehin abzuweisen ist.

6. Verkehrsdurchsetzung setzt wie erwähnt voraus, dass das angemeldete Zeichen als Kennzeichen für die betriebliche Herkunft einer Ware und nicht bloss als ästhetisches Merkmal derselben erkannt wird, mit anderen Worten, dass es auch auf anderen Waren als Kennzeichen erkannt würde. Mit der Frage: "*Weisen diese beiden Farben nach Ihrer Meinung auf einen bestimmten Hersteller der Energy Drinks hin, oder wird diese Farbkombination von mehreren verschiedenen Herstellern von Energy Drinks verwendet, oder weist sie auf gar keinen Hersteller hin?*" wurde diese Kennzeichenwirkung ungenügend geprüft. Es wurde nur nach einem "Hinweisen auf" einen oder mehrere Hersteller gefragt, was schon mit einer blossen Indizwirkung erfüllt wäre, für eine Kennzeichenwirkung aber nur bedingt genügt. Mit der Verdeutlichung: "*...oder wird diese Farbkombination von mehreren verschiedenen Herstellern von Energy Drinks verwendet...*" wurde überdies suggeriert, dass es genüge mitzuteilen, welcher Hersteller welche Farbe verwendet, ohne dass die befragte Person darin auch ein zuverlässiges Zeichen für die betriebliche Herkunft der Ware sehen müsse. Der vorliegende Fall zeigt, dass diese Fragestellung für den Begriff der Verkehrsdurchsetzung nicht reicht: Die bekannten "Red Bull"-Getränkedosen zeigen zwar Flächen von blauer Farbe und von Weissaluminium. Daneben wird aber auch der zentrale rote Schriftzug "Red Bull" und das rote Bild von zwei kämpfenden Stieren gezeigt. Im Alltag bekommt das Publikum die angemeldeten Farbtöne also nur in der Kombination mit dem prägenden, dritten Farbton Rot zu Gesicht. Da in der angemeldeten Marke dieser rote Farbton weggelassen wurde, erscheint es fraglich und ist durch nichts belegt, dass das Publikum eine auf die Farbtöne blau und Silber (Weissaluminium) beschränkte, neue Ware ebenfalls der Beschwerdeführerin zuordnen würde. Dies wäre aber eine notwendige Bedingung einer Verkehrsdurchsetzung.

7. Zu Unrecht hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zudem offen gelassen, ob an den beanspruchten Farbtönen ein absolutes Freihaltebedürfnis bestehe (E. B.5). Im Widerspruch dazu hatte sie zuvor mit Schreiben vom 3. Juni und 11. November 2005 die Durchsetzungsfähigkeit der Marke bejaht und detaillierte Anforderungen an die Formulierung einer Verkehrsbefragung gestellt. Die beanspruchten Farbtöne "Silber (RAL 9006; recte: Weissaluminium)" und "Blau (RAL 5002)" sind aber aus folgenden Gründen freihaltebedürftig sowie ungenügend spezifiziert und darum keiner Verkehrsdurchsetzung zugänglich (vgl. DAVID RÜETSCHI / DEMIAN STAUBER, Eintragung und Schutz abstrakter Farbmarken, sic! 2006 S. 11).

   7.1 "Silber" ist keine Farbe des Farbkreises, sondern bezeichnet eine reflektierende optische Wirkung des Farbträgers oder von besonderen reflektierenden Komponenten des Farbanstrichs ("Metalleffekt"). Insbesondere können kleine Aluminiumplättchen einen Anstrich silbern erscheinen lassen, doch ist seine Farbe stark von den jeweiligen Beleuchtungs- und Beobachtungsbedingungen abhängig (FRED W. BILLMEYER/ MAX SALTZMAN, Grundlagen der Farbtechnologie, 2. Aufl., Göttingen 1993, S. 119 und 183). Mit dem von aussen eintreffenden Licht wird insbesondere auch die jeweils eintreffende Farbe reflek-

tiert. Der Farbton "Silber" erfüllt die genannte Voraussetzung einer eindeutigen und bleibenden Farbfestlegung darum nicht.

7.2 Das RAL Deutsche Institut für Gütesicherung und Kennzeichnung e.V. weist unter *www.ral.de/de/ral_farben/anwender/9006_9007.php* darauf hin, dass die Farbtöne RAL 9006 und 9007 im Unterschied zu den übrigen 193 RAL-Classic-Farbvorlagen keine deckenden Lackfarben aus bestimmten Buntbereichen darstellen. Die enge Toleranz der übrigen Farbvorlagen könne bei diesen beiden Farbtönen nicht eingehalten werden. Vielmehr handle es sich um Rostschutzfarben der ehemaligen deutschen Reichsbahn ohne einheitliche Ausführung. Auch daraus folgt, dass mit "RAL 9006" kein eindeutiger Farbton, sondern eine ganze Bandbreite möglicher Farbtöne angemeldet wurde.

7.3 Energy Drinks werden wie viele andere nichtalkoholische Getränke meistens in Aludosen verkauft. Der Farbton RAL 9006 "Weissaluminium" (Beschwerdebeilage 2) kommt damit von Natur aus auf den unbedruckten Stellen von Aluminiumdosen vor. Der natürliche Metalleffekt der unbehandelten Standardverpackung solcher Getränke ist für den Verkehr unverzichtbar und darum absolut freihaltebedürftig.

7.4 Der Farbton Blau (RAL 5002) ist als Grundfarbe für Getränke ebenfalls absolut freihaltebedürftig (vgl. BGE 103 Ib 270 E. 2a *Red & White*, 106 II 249 E. 2d *Rotring*, BGer in SMI 1984 S. 123 E. 3b *Levi's Jeans*). Er symbolisiert im Zusammenhang mit nichtalkoholischen Getränken den Grundbestandteil Wasser und wird darum auf Etiketten solcher Getränke häufig verwendet.

7.5 In diesem Zusammenhang wäre auch die Frage zu prüfen, ob das Verwendungsverhältnis einer Mehrheit von Farbtönen bei der Registrierung konturloser Farbmarken in Prozenten definiert werden sollte, um die Darstellungsmöglichkeiten der Marke auf wiedererkennbare Varianten zu beschränken (so der EuGH, Rs. C-49/02 in MarkenR 2004 S. 341 E. 34 f. *Farbmarke blau/gelb* für das europäische Recht). Die Frage kann vorliegend jedoch offen gelassen werden, da die Beschwerde auf Grund des Gesagten ohnehin abgewiesen werden muss.

8. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen. Da die Vorinstanz zur durchgeführten Umfrage und zur verwendeten Fragestellung der Beschwerdeführerin ebenfalls Anlass gegeben hat, sind der Beschwerdeführerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens zur Hälfte zu erlassen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Eine Entschädigung ist nicht aufzuerlegen (Art. 7 Abs. 3 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vom 11. Dezember 2006 [VGKE, SR 173.320.2]).

9. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien zu bestimmen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG). 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 Streitwert darum nach Erfahrungswerten auf Fr. 25'000.00 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: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/2, hiernach: SIWR I/2, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Basel 1998, S. 29 f.).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und die angefochtene Verfügung bestätigt.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'500.--, die durch den geleisteten Kostenvorschuss gedeckt sind, werden der Beschwerdeführerin zur Hälfte auferlegt. Der Überschuss von Fr. 1'250.-- wird der Beschwerdeführerin zurückbezahlt.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Dieses Urteil wird eröffnet:
   - der Beschwerdeführerin
   - der Vorinstanz
   - dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (zur Kenntnis).

Der Vorsitzende der Spruchkammer:	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: 23. Februar 2007