Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-2609/2012

Urteil vom 28. August 2013

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richter Pascal Richard,
Richter Francesco Brentani;
Gerichtsschreiber Salim Rizvi.

Parteien

Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRF),
Zweigniederlassung, Schweizer Fernsehen,
Fernsehstrasse 1 – 4, 8052 Zürich,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Rudolf Mayr
von Baldegg, Töpferstrasse 5, 6004 Luzern,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum IGE,
Stauffacherstrasse 65/59g, 3003 Bern,
Vorinstanz,

Gegenstand

Schweizer Markeneintragungsgesuch Nr. 2254/2006
SCHWEIZER FERNSEHEN.

Sachverhalt:

A.
Am 9. November 2006 meldete die Beschwerdeführerin die Wortmarke SCHWEIZER FERNSEHEN mit Gesuch Nr. 2254/2006 bei der Vorinstanz zur Eintragung in das schweizerische Markenregister an. Die Marke wurde für die folgenden Waren und Dienstleistungen hinterlegt:

Klasse 38: Telekommunikation; Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Ausstrahlung von Radio- und Fernsehsendungen.

Klasse 41: Erziehung; Ausbildung; Unterhaltung; sportliche und kulturelle Aktivitäten; Produktion von Fernseh- und Radiosendungen, Redaktion von Fernseh- und Radiosendungen; Publikation von Fernseh- und Radiosendungen sowie Begleitmaterial zu Fernseh- und Radiosendungen.

B.
Nach einer verspätet entrichteten Eintragungsgebühr und gewährten Weiterbehandlung beanstandete die Vorinstanz mit zwei Schreiben vom 4. Juni 2007 und 10. Januar 2008 zunächst die Formulierung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses. Mit Schreiben vom 18. Februar 2008 stimmte die Beschwerdeführerin ihrem Vorschlag zu, "Publikation von Fernseh- und Radiosendungen sowie Begleitmaterial zu Fernseh- und Radiosendungen" in Klasse 41 zu "Publikation von Begleitmaterial zu Fernseh- und Radiosendungen" zu verkürzen.

C.
Mit Schreiben vom 25. Februar 2008 beanstandete die Vorinstanz das Markeneintragungsgesuch sodann inhaltlich. Das Zeichen sei direkt beschreibend und gehöre mangels Unterscheidungskraft zum Gemeingut. An der Begriffskombination bestehe ausserdem ein absolutes Freihaltebedürfnis.

D.
Mit Schreiben vom 24. April 2008 erwiderte die Beschwerdeführerin, das Zeichen sei ein Hinweis auf die Beschwerdeführerin und darum unterscheidungskräftig. Infolge zahlreicher Alternativen zur Bezeichnung der Dienstleistungen, für die die Marke beansprucht werde, bestehe kein absolutes Freihaltebedürfnis.

E.
Mit Antwortschreiben vom 25. Juli 2008 hielt die Vorinstanz an ihrer Zurückweisung teilweise fest, präzisierte jedoch, das Zeichen für "Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Ausstrahlung von Radiosendungen" in Klasse 38 und der "Produktion von Radiosendungen; Redaktion von Radiosendungen, Publikation von Begleitmaterial zu Radiosendungen" in Klasse 41 zur Eintragung zuzulassen. Für "Erziehung; Ausbildung; sportliche und kulturelle Aktivitäten" sei es nur relativ freihaltebedürftig.

F.
Die Beschwerdeführerin berief sich mit Schreiben vom 19. September 2008 erneut auf die Bekanntheit der Marke. Die Wortmarke werde nicht als Hinweis auf ein beliebiges Fernsehen, sondern auf "das" Schweizer Fernsehen verstanden, was unter anderem die Ergebnisse einer Google-Recherche belegten. Mit Hinweis auf vier eingetragene Marken mit dem Wortbestandteil "Tele" ersuchte sie um rechtsgleiche Behandlung.

G.
Gleichentags kündigte die Vorinstanz eine Verfahrenssistierung bis zur Erledigung eines ähnlich gelagerten Falls vor einer höheren Instanz an. Mit Schreiben vom 13. Oktober 2008 erklärte sich die Beschwerdeführerin damit einverstanden. Am 20. Oktober 2008 wurde das Verfahren sistiert.

H.
Drei Jahre später, mit Schreiben vom 26. Oktober 2011, setzte die Vorinstanz das Verfahren fort und revidierte ihre frühere Einschätzung aufgrund des in der Zwischenzeit ergangenen Urteils des Bundesgerichts 4A_434/2009 vom 30. November 2009 *Radio Suisse Romande*. Nun verneinte sie das Bestehen eines absoluten Freihaltebedürfnisses an SCHWEIZER FERNSEHEN und bejahte dessen institutsnotorische Verkehrsdurchsetzung für die angemeldeten Dienstleistungen, ausser für "Erziehung; Ausbildung; sportliche und kulturelle Aktivitäten" in Klasse 41. Sie führte aus, diese letztgenannten Dienstleistungen zählten nicht zu den Haupttätigkeiten eines Fernsehens, weshalb die Beschwerdeführerin die Verkehrsdurchsetzung dafür glaubhaft darzulegen habe. Eine Gleichbehandlung mit den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Vergleichsmarken beurteilte sie weiterhin als nicht begründet.

I.
Mit Schreiben vom 22. Dezember 2011 hielt die Beschwerdeführerin an ihrem ursprünglichen Antrag fest und ersuchte die Vorinstanz, die Marke auch für die verbliebenen Dienstleistungen ohne Durchsetzungsbelege einzutragen, weil ihr "Service-Public"-Auftrag nach ihrer Rundfunkkonzession auch Bildung und Sport umfasse. Die Verkehrsdurchsetzung des Zeichens sei deshalb auch hinsichtlich dieser Dienstleistungen notorisch.

J.
Mit Verfügung vom 10. April 2012 genehmigte die Vorinstanz das Markeneintragungsgesuch für alle angemeldeten Dienstleistungen mit Ausnahme von "Erziehung; Ausbildung; sportliche und kulturelle Aktivitäten", für die sie das Gesuch aus den erwähnten Gründen zurückwies.

K.
Mit Datum vom 10. Mai 2012 erhob die Beschwerdeführerin gegen diese Verfügung Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht und stellte die folgenden Anträge:

> "1. Die Verfügung vom 10. April 2012 sei dahingehend aufzuheben, dass das einzutragende Zeichen 'SCHWEIZER FERNSEHEN' auch für die Dienstleistungen 'Erziehung; Ausbildung; sportliche und kulturelle Aktivitäten' der Klasse 41 einzutragen sei.
>
> 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin bzw. der Vorinstanz, eventualiter usanzgemäss zu Lasten des Staates."

Sie erläuterte, die eingereichten Belege zeigten die Durchsetzung des einzutragenden Zeichens für die strittigen Dienstleistungen, die überdies notorisch sei. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig erfasst, zu hohe Anforderungen an das Beweismass gestellt, unangemessen entschieden und insofern Bundesrecht verletzt, als sie das Zeichen für die strittigen Dienstleistungen als nicht schutzfähig beurteilt habe. Auch im Fall "Radio Suisse Romande" (vgl. H.) hätten die Gerichte die Verkehrsdurchsetzung für die Dienstleistungen "Ausbildung" und "Erziehung" als notorisch beurteilt, obwohl sie nicht zu den typischen Leistungen eines Radiosenders gehörten. Mit dem einzutragenden Zeichen seien auch andere Voreintragungen, z.B. des Zeichens "Télé la question", vergleichbar, weshalb ein Anspruch auf Gleichbehandlung bestehe.

L.
Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 18. September 2012, die Beschwerde abzuweisen. Aus den eingereichten Belegen der Be-

schwerdeführerin sei keine markenmässige Verwendung und kein funktionsgerechter Gebrauch des Zeichens ersichtlich. Der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung lasse sich auch nicht von Amtes wegen auf die strittigen Dienstleistungen ausdehnen. Auch der Anspruch auf Gleichbehandlung sei nicht verletzt, denn die angeführten Voreintragungen seien mit dem zu prüfenden Zeichen nicht vergleichbar.

M.
Mit Replik vom 18. Oktober 2012 hielt die Beschwerdeführerin an den Begehren und Ausführungen ihrer Beschwerde vollumfänglich fest. Sie führte aus, dass die eingereichten Belege eine Verkehrsdurchsetzung des Zeichens für die strittigen Dienstleistungen glaubhaft machten. Als Logo in Sendungen werde das Zeichen auch markenmässig verwendet. Die strittigen Dienstleistungen zählten zu den typischen Leistungen der Beschwerdeführerin.

N.
Mit Schreiben vom 13. November 2012 verzichtete die Vorinstanz auf weitere Ausführungen und hielt an ihrem Antrag fest.

O.
Die Beschwerdeführerin verzichtete stillschweigend auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung.

P.
Auf weitere Vorbringen der Beteiligten wird, soweit erforderlich, im Rahmen der folgenden Urteilserwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen sind Verfügungen i.S. von Art. 5 VwVG. Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1 Mit der unangefochten gebliebenen Ziff. 2 der (teilweise) angefochtenen Verfügung ist die Eintragung des strittigen Zeichens in Rechtskraft erwachsen für: *Telekommunikation; Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Ausstrahlung von Radio- und Fernsehsendungen* in Klasse 38 und *Unterhaltung; Produktion von Fernseh- und Radiosendungen, Redaktion von Fernseh- und Radiosendungen; Publikation von Begleitmaterial zu Fernseh- und Radiosendungen* in Klasse 41 (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-7405/2006 vom 21. September 2007 E. 2.3 *Mobility*, B-4519/2011 vom 31. Oktober 2012 E. 2 *Rhätische Bahn*).

2.2 Die Eintragung der Wortfolge SCHWEIZER FERNSEHEN ist damit nur noch für die Dienstleistungen *Erziehung; Ausbildung; sportliche und kulturelle Aktivitäten* in Klasse 41 zu prüfen (Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung). Diesbezüglich hat die Vorinstanz das Bestehen eines absoluten Freihaltebedürfnisses am Zeichen sinngemäss verneint, indem sie für näher an seinem eindeutigen Sinngehalt liegende Dienstleistungen eine Eintragung gewährte. Diese Frage wäre im Beschwerdeverfahren zu überprüfen (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-7405/2006 vom 21. September 2007 E. 2.2 *Mobility*, B-7407/2006 vom 18. September 2007 E. 2.2 *Toscanella*) und dabei zu berücksichtigen, dass die Vorinstanz zunächst selbst vom Bestehen eines absoluten Freihaltebedürfnisses an der Marke ausgegangen ist und diese Beurteilung nur aufgrund eines ähnlich, aber nicht unbedingt gleich gelagerten Falles durch das Bundesgericht aufgegeben hat (Urteil des Bundesgerichts 4A_434/2009 vom 30. November 2009 E. 3.2 *Radio Suisse Romande*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3812/2008 vom 6. Juli 2009 E. 6 und 7 *Radio Suisse Romande*). Es kann vorliegend indessen offen bleiben, ob am Zeichen SCHWEIZER FERNSEHEN ein absolutes Freihaltebedürfnis besteht, da sich erweist, dass die Beschwerde aus anderen Gründen ohnehin abzuweisen ist.

2.3 Die Beschwerdeführerin beruft sich zwar auf die Bekanntheit des Zeichens SCHWEIZER FERNSEHEN, sie hat die Vorinstanz aber weder ausdrücklich noch sinngemäss um die Eintragung eines Vermerks als "durchgesetzte Marke" im Markenregister ersucht und auch keine Beweismittel für die Durchsetzung angeboten. Mangels eines solchen Antrags hätte die Vorinstanz die Verkehrsdurchsetzung nach konstanter Praxis eigentlich nicht berücksichtigen können (Urteil des Bundesgerichts 4A_265/2007 vom 26. September 2007 E. 2.5 *American Beauty*; Urteile

des Bundesverwaltungsgerichts B-1759/2007 vom 26. Februar 2008 E. 8 *Pirates of the Caribbean,* B-4519/2011 vom 31. Oktober 2012 E. 3.8 *Rhätische Bahn*, B-7017/2008 vom 11. Februar 2010 E. 5.2 *Plus,* B-915/2009 vom 26. November 2009 E. 2.4.3 *Virginia slims*; vgl. ferner Institut für Geistiges Eigentum, Richtlinien in Markensachen vom 1. Juli 2012 [IGE Richtlinien], Ziff. 4.3.1). Wie es sich damit verhält, kann jedoch ebenfalls offen bleiben, da die Marke teilweise in Rechtskraft erwachsen (E. 2.1) und die Beschwerde schon aus anderen Gründen abzuweisen ist.

3.

3.1 Nach Art. 2 Bst. a des Bundesgesetzes vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG, SR 232.11) sind Zeichen, die zum Gemeingut gehören, vom Markenschutz ausgeschlossen, sofern sie sich nicht im Verkehr als Marke für bestimmte Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben.

Als Gemeingut gelten einerseits Zeichen, die für den Wirtschaftsverkehr freizuhalten sind, und andererseits Zeichen, welchen die für die Individualisierung der Ware oder Dienstleistung des Markeninhabers erforderliche Unterscheidungskraft fehlt (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] vom 17. Februar 2003, sic! 2003, S. 495 E. 2 *Royal Comfort*; CHRISTOPH WILLI, Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 2 N 34 ff.; EUGEN MARBACH, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, Markenrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 116 ff.). Zur zweiten Gruppe gehören unter anderem Sachbezeichnungen sowie Hinweise auf Eigenschaften wie die Beschaffenheit, die Bestimmung, den Verwendungszweck, die Zeit der Erzeugung oder die Wirkungsweise der Waren oder Dienstleistungen, für welche das Zeichen hinterlegt worden ist (Entscheid der RKGE vom 17. Februar 2003, sic! 2003, S. 495 E. 2 *Royal Comfort*, mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts vom 23. März 1998, sic! 1998, S. 397 *Avantgarde*; BGE 128 III 447 E. 1.5 *Première*, BGE 127 III 160 E. 2b/aa *Securitas*; vgl. auch Art. 6^{quinquies} Bst. B Ziff. 2 der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 [PVÜ, SR 0.232.04]). Als Gemeingut schutzunfähig sind auch Zeichen, die sich in allgemeinen Qualitätshinweisen oder reklamehaften Anpreisungen erschöpfen (Urteil des Bundesgerichts 4A.161/2007 vom 18. Juli 2007 E. 4.3 *we make ideas work*; BGE 129 III 225 E. 5.1

Masterpiece I). Geografische Angaben, die auf eine bestimmte Herkunft der betreffenden Waren und Dienstleistungen hinweisen, werden als Herkunftsangaben bezeichnet (MICHAEL NOTH in: Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], Bern 2009, Art. 2 Bst. c N 34). Als direkte Herkunftsangaben gelten die Namen von Städten, Ortschaften, Tälern, Regionen und Ländern, die als mögliches Produktionsgebiet eine Herkunftserwartung auslösen können (BGE 128 III 458 E. 2.1 *Yukon*; MARBACH, a.a.O., Rz. 380). Indirekte Herkunftsangaben sind Begriffe, die Herkunftserwartungen wecken, ohne unmittelbar das Produktionsgebiet zu erwähnen (MARBACH, a.a.O., Rz. 382). Bei Marken, die ausschliesslich aus einer direkten Herkunftsangabe bestehen, wird in der Regel ein Freihaltebedürfnis vermutet, denn jedem Produzenten und jeder Produzentin soll es möglich sein, auf die Herkunft seiner/ihrer Waren oder Dienstleistungen hinzuweisen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_434/ 2009 vom 30. November 2009 E. 3.1 *Radio Suisse Romande*; BGE 128 III 405 E. 6 *luzern.ch*; BGE 128 III 443 E. 1.1 *Appenzeller*; BGE 117 II 331 f. E. 2b *Montparnasse*; BGE 128 III 459 f. E. 2.1.1 ff. *Yukon*; WILLI, a.a.O., Art. 2 N 42, 44; MARBACH, a.a.O., Rz. 394, mit Hinweis auf BGE 97 I 79 *Cusco*). Eine geografische Angabe weckt nach der allgemeinen Lebenserfahrung die Vorstellung, das betreffende Erzeugnis stamme aus dem Land, auf das die Angabe hinweist (vgl. BGE 135 III 416 E. 2.2 und 2.6 *Calvi*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4519/2012 vom 31. Oktober 2012 E. 3.2 *Rhätische Bahn*; zum Erfahrungssatz "Calvi" vgl. auch FRANZISKA GLOOR GUGGISBERG, Die Beurteilung der Gefahr der Irreführung über die geografische Herkunft auf der Grundlage eines Erfahrungssatzes – Bemerkungen einer Mitarbeiterin des IGE zur Rechtsprechung des Bundesgerichts, sic! 2011, S. 4 ff. m.w.H.).

3.2 Der Umstand, dass die Marke Gedankenassoziationen weckt oder Anspielungen enthält, die nur entfernt auf die Waren oder Dienstleistungen hindeuten, macht ein Zeichen aber noch nicht zum Gemeingut. Der gedankliche Zusammenhang mit den Waren oder Dienstleistungen muss vielmehr derart sein, dass der beschreibende Charakter der Marke für einen erheblichen Teil der schweizerischen Markenadressaten und -adressatinnen ohne besondere Denkarbeit oder besonderen Aufwand an Fantasie zu erkennen ist (BGE 128 III 447 E. 1.5 *Première*, BGE 127 III 160 E. 2b/aa *Securitas*; Urteile des Bundesgerichts vom 23. März 1998, sic! 1998, S. 397 E. 1 *Avantgarde* und vom 10. September 1998, sic! 1999, S. 29 E. 3 *Swissline*).

Bei Wortverbindungen oder aus mehreren Einzelwörtern zusammengesetzten Zeichen ist zunächst der Sinn der einzelnen Bestandteile zu ermitteln und dann zu prüfen, ob sich aus ihrer Verbindung im Gesamteindruck ein die Ware oder die Dienstleistung beschreibender, unmittelbar verständlicher Sinn ergibt (Entscheid der RKGE vom 17. Februar 2003, sic! 2003, S. 495 E. 2 *Royal Comfort*; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-804/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 2 *Delight Aromas [fig.]*, B-5518/2007 vom 18. April 2008 E. 4.2 *Peach Mallow*).

Im Bereich der Zeichen des Gemeingutes sind Grenzfälle einzutragen und ist die endgültige Entscheidung dem Zivilgericht zu überlassen (BGE 130 III 328 E. 3.2 *Swatch-Uhrband*, BGE 129 III 225 E. 5.3 *Masterpiece I*).

3.3 Eine ursprüngliche oder originäre Unterscheidungskraft kann bei Marken, die sich in einem beschreibenden Sinngehalt erschöpfen, ausnahmsweise bejaht werden, wenn der Markeninhaber oder die Markeninhaberin alleinigen Anspruch auf den Gegenstand hat, den die Marke bezeichnet. Beispielsweise wurde an der Verwendung des Zeichens SWISS ARMY für typische Armeeaufgaben durch die Schweizer Armee ein Freihaltebedürfnis anderer Sicherheitsunternehmen originär verneint (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3553/2007 vom 26. August 2008 E. 7.2 *Swiss Army*) und im Fall eines königlichen Privilegs ein Alleinanspruch bejaht, der dem betreffenden Zeichen ursprüngliche Unterscheidungskraft verlieh (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7426/2006 vom 30. September 2008 E. 3.3 *The Royal Bank of Scotland*). Im Regelfall ohne Alleinstellung wird die originäre Unterscheidungskraft hingegen nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und ohne Berücksichtigung einer allfälligen Bekanntheit des Zeichens als Marke geprüft (Urteile des Bundesverwaltungsgericht B-3553/2007 vom 26. August 2008 E. 6 *Swiss Army* und B-4519/2011 vom 31. Oktober 2012 E. 3.8 *Rhätische Bahn*).

4.

4.1 Vorab sind die massgeblichen Verkehrskreise zu bestimmen. Für die Beurteilung der Unterscheidungskraft ist, ohne dabei die Auffassung spezialisierterer Verkehrskreise oder Zwischenhändler und -händlerinnen aus den Augen zu verlieren, besonders die Auffassung des allgemeinen Publikums beziehungsweise der Endabnehmer und -abnehmerinnen massgebend, wenn diese die grösste Teilmenge bilden (vgl. EUGEN MARBACH, Die Verkehrskreise im Markenrecht, sic! 2007, S. 3 [zit. sic! 2007]; WILLI,

a.a.O., Art. 2, N 41; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3541/2011 vom 17. Februar 2012 E. 4.2 *Luminous*). Im Einzelfall ist somit zu bestimmen, an welche Abnehmerkreise sich das fragliche Produkt richtet (Urteil des Bundesgerichts 4A_6/2013 vom 16. April 2013 E. 3.2.3 f. *Wilson*).

4.2 Bei den zu prüfenden Dienstleistungen ist damit namentlich auf urteilsfähige Jugendliche und Erwachsene abzustellen, welche für sich oder Dritte (etwa Vereinigungen, Freunde oder unter Obhut stehende Personen) Angebote nachfragen, die die Ausbildung, sportliche und/oder kulturelle Aktivitäten oder Erziehungsdienstleistungen für Kinder betreffen.

"Erziehung" und "Ausbildung" ist die planmässige und zielgerichtete Einwirkung auf junge Menschen, um ihre Fähigkeiten und Kräfte geistig, sittlich und körperlich zu formen und sie zu verantwortungsbewussten und charakterfesten Persönlichkeiten heranzubilden (Brockhaus, Wahrig, Deutsches Wörterbuch, von Renate Wahrig-Burfeind, 9. Auf., Gütersloh/München 2011, Schlagwort "Erziehung/Ausbildung"; vgl. auch Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl., Mannheim 2006 Schlagwort "Erziehung/Ausbildung"). Unter diesen Begriffen wird zwar in einem weiteren Sinn nicht nur der "doppelseitige Vorgang der Einwirkung des Erziehers" ("eine Erziehung/Ausbildung *vermitteln*"; vgl. Brockhaus, a.a.O.), sondern ebenso das Resultat dieses Vorgangs, die "Erzogenheit" oder "Ausgebildetheit" ("eine Erziehung/Ausbildung *haben*") bezeichnet. Als Dienstleistung im Waren- und Dienstleistungsverzeichnis eines Markenregistereintrags, die eigenständig angeboten und nicht als Hilfsdienstleistung im Rahmen oder anderer Leistungen oder für deren Absatz erbracht wird (vgl. Botschaft zum MSchG, BBl 1991 I 19; MARBACH, a.a.O., Rz. 1330), lässt sich darunter aber nur der erstgenannte Sinn, die Erbringung oder Vermittlung einer Erziehung oder Ausbildung gegenüber lernenden Kunden verstehen, die zudem massgeblich in einem individuellen und persönlichen Einwirken auf den Leistungsbezüger zur Erlangung von Wissen oder Fertigkeiten, also einer sozialen Interaktion zwischen Lehrer/in (Ausbildner/in) und Schüler/in, besteht (Meyers Grosses Standard Lexikon, in 3 Bänden, Band 1, Wien/Zürich 1982, Schlagwort "Erziehung").

"Sportliche und kulturelle Aktivitäten" sind alle als Dienstleistungen erbrachten, aktiven sportlichen oder kulturellen Tätigkeiten (vgl. Brockhaus, a.a.O., Schlagwort "Aktivität").

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet in der Beschwerde die Zugehörigkeit des Zeichens zum Gemeingut nicht. Einzig in der Vernehmlassung verneint sie den Gemeingutcharakter des Zeichens für die Dienstleistungen "Erziehung" und "Ausbildung", dies aber ohne nähere Begründung.

Die Vorinstanz macht geltend, das strittige Zeichen bestehe aus einer Sachbezeichnung (Fernsehen) und aus einer Herkunftsangabe (Schweizer). Aus der Wortkombination "Schweizer Fernsehen" in Verbindung mit den strittigen Dienstleistungen schliesse der Verkehrskreis ohne Gedankenaufwand, dass es sich um von einem beliebigen schweizerischen Fernsehsender gesendete, organisierte oder produzierte Programme oder Veranstaltungen handle. Die strittigen Dienstleistungen hätten einen thematischen Schwerpunkt, einen Titel und einen Inhalt, weshalb das Zeichen beschreibend wirke. Die Verkehrskreise würden sofort verstehen, dass es sich beispielsweise um Ausbildungsdienstleistungen zum Thema schweizerisches Fernsehen handle oder dass solche durch ein beliebiges schweizerisches Fernsehen erbracht würden. Infolgedessen gehöre das Zeichen zum Gemeingut.

Vor diesem Hintergrund ist zunächst zu prüfen, ob das Zeichen für die strittigen Dienstleistungen ursprünglich unterscheidungskräftig ist.

5.2 Das Zeichen SCHWEIZER FERNSEHEN besteht aus zwei Teilen.

Als "Fernsehen" wird die Übertragung vertonter und bewegter Bilder bezeichnet, die mit der Funktion eines Massenkommunikationsmittels, im Rahmen eines ständig oder mit Unterbrüchen gesendeten "Programms" und im Namen dafür verantwortlicher "Studios" auf dem Bildschirm eines Empfangsgeräts sichtbar gemacht werden. Auch die Fernsehanstalten, welche die Studios betreiben, werden als "Fernsehen" bezeichnet, ebenso die einzelnen Fernsehsendungen und -programme. Schliesslich bezeichnet "Fernsehen" auch das Fernsehgerät (Duden, a.a.O., Schlagwort "Fernsehen"; Brockhaus, a.a.O., Schlagwort "Fernsehen").

Der Zeichenbestandteil "Schweizer" wird ohne Weiteres als Herkunftsangabe verstanden (BGE 135 III 416 E. 2.2 und 2.6 *Calvi*). Die Wortkombination "Schweizer Fernsehen" weist damit zunächst auf Ausstrahlungen, Sendungen, Fernsehprogramme und Fernsehsender aus der Schweiz hin und bewirkt diese Vorstellung ohne Zuhilfenahme der Fantasie auch im Zusammenhang mit Erziehung und Ausbildung, da in Fernsehprogram-

men oft über entsprechende Themen berichtet wird, beispielweise in den Sendungen der Beschwerdeführerin ("Schweizer Schulfernsehen" [heute: "SFmyschool"], "Puls" [Gesundheitssendung], "Horizonte" [Dokumentationsendungen] etc.; vgl. < http://www.srf.ch > [besucht am 23. Juli 2013]). Neben der Beschwerdeführerin gibt es eine breite Palette schweizerischer Fernsehsender, die ebenfalls Sendungen mit erzieherischen und erwachsenenbildenden Themen verbreiten. Hierzu gehören sowohl private wie auch kantonale Sender, beispielsweise Tele Bärn (Sendungen "Geld" [Wirtschaftsmagazin] und "Fokus" [Vertiefung regionaler Tagesthemen]; vgl. < http://www.telebaern.tv > [besucht am 23. Juli 2013]) oder Tele M1 (Sendungen "Praxis Gesundheit", "Check up", "Börse", "Globe TV" etc.; vgl. < http://www.telem1.ch > [besucht am 23. Juli 2013]).

Auch strahlt die Beschwerdeführerin Sendungen mit Berichten über sportliche und kulturelle Aktivitäten aus (z.B. "SRF Sport" [Übertragungen von Tennis- und Fussballspielen, Interviews etc.], "Literaturclub" [Buchbesprechungen], "Dok" [Dokumentationssendungen] etc.; vgl. < http://www.srf.ch > [besucht am 23. Juli 2013]), und auch dafür gibt es neben der Beschwerdeführerin noch andere schweizerische Fernsehsender, die solches tun. Für Tele Bärn sind etwa die Sendungen "Beach Volley Special", "Tennis Spezial" oder "Menschen" (bewegende Momente und Schicksale) zu erwähnen (vgl. < http://www.telebaern.tv > [besucht am 23. Juli 2013]), für Tele M1 die Sendungen "lifestyle" oder "freizyt.TV" (vgl. < http://www.telem1.ch > [besucht am 23. Juli 2013]).

Die genannten Beispiele belegen unter vielen die Gemeingutzugehörigkeit für das Zeichen SCHWEIZER FERNSEHEN in Verbindung mit den strittigen Dienstleistungen, da sich auch andere Fernsehveranstalter im einen oder anderen Sinnzusammenhang für die strittigen Dienstleistungen als "Schweizer Fernsehen" bezeichnen wollen und dies, unter Vorbehalt der Verkehrsdurchsetzung einer Fernsehanstalt als Kennzeichen vor anderen, auch dürfen sollen. Die Verkehrskreise verstehen angesichts dieses Zeichens ohne Weiteres, dass jene durch oder in engem Zusammenhang mit erzieherischen, bildenden, sportlichen oder kulturellen Sendungen erbracht werden und von einem Schweizer Sendeunternehmen produziert worden sind. Das Zeichen ist somit ursprünglich beschreibend, freihaltebedürftig und für die strittigen Dienstleistungen Gemeingut.

6.

Zeichen, die Gemeingut sind, können durch Verkehrsdurchsetzung nachträgliche Unterscheidungskraft und markenrechtlichen Schutz erlangen, sofern an ihnen kein absolutes Freihaltebedürfnis besteht (Art. 2 Bst. a MSchG; vgl. E. 2.2 und 3.1 vorstehend; BGE 134 III 314 E. 2.3.2 *M/M-joy*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5169/2011 vom 17. Februar 2012 E. 2.5 *Oktoberfest-Bier*). Unabhängig seines konkreten Gebrauchs wird ein Zeichen nachträglich unterscheidungskräftig, wenn die Verkehrskreise es als Marke für die eingetragenen Waren oder Dienstleistungen wiedererkennen (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-3458/2010 vom 15. Februar 2011 E. 4.6 *gap*, B-7398/2006 vom 25. Juli 2007 E. 5 *Pralinenform [3D]*, B-6629/2011 vom 18. März 2013 E. 11.3 *ASV*).

Die Durchsetzung eines Kennzeichens kann aus Tatsachen abgeleitet werden, die einen Rückschluss auf seine Wahrnehmung durch das Publikum erlauben, z.B. langjährige, bedeutsame Umsätze und intensive Werbeanstrengungen. Sie kann auch durch eine repräsentative Befragung des massgebenden Publikums belegt werden (BGE 130 III 332 E. 3.1 *Swatch Uhrband*, BGE 131 III 131 E. 6 *Smarties*). Da die Behörde in ihrer Beweiswürdigung frei ist, gelten keine festen Beweismittelvorgaben und wäre z.B. die Vorgabe unzulässig, ein Nachweis könne in jedem Fall nur mittels eines demoskopischen Gutachtens erbracht werden. Stattdessen sind alle Beweismittel erlaubt, die geeignet sind, die Verkehrsdurchsetzung nachzuweisen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3538/2011 vom 14. Juli 2012 E. 3.3 *MediData [fig.]*; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.124; CHRISTOPH AUER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 12 N 18; MARBACH, a.a.O., Rz. 466). Auch in abstrakter Form ist ein Wiedererkennen möglich, so dass es nicht immer des identischen Gebrauchsnachweises bedarf.

Je weniger unterscheidungskräftig ein Zeichen ursprünglich ist, desto dichter müssen Indizien für die Verkehrsdurchsetzung dargelegt werden (BGE 128 III 441 E. 1.4 *Appenzeller*, BGE 117 II 321 E. 3.a *Valser*), ohne dass dafür ein höherer Beweisgrad oder eine stärkere Verbreitung des Zeichens erforderlich wird. Eine Verkehrsdurchsetzung glaubhaft zu machen, kann schwierig sein (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 30. November 2009 4A_434/2009 E. 3 *Radio Suisse Romande)*.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin führt an, aufgrund der von der Vorinstanz anerkannten, institutsnotorischen Verkehrsdurchsetzung der Marke für andere Dienstleistungen sei auch eine Durchsetzung für "Erziehung; Ausbildung; sportliche und kulturelle Aktivitäten" zu bejahen. Weitere Durchsetzungsbelege seien darum nicht nötig. Die Vorinstanz bestreitet dies und bringt vor, die strittigen Dienstleistungen seien keine typischen Dienstleistungen eines Fernsehsenders, weshalb auch die Annahme einer notorischen Verkehrsdurchsetzung zu verneinen sei.

In der Tat liegt der Tätigkeitsbereich der Beschwerdeführerin als Fernsehunternehmen nicht in den Märkten der strittigen Dienstleistungen. Namentlich umfasst er nicht die Organisation solcher Ereignisse, die ihrer Natur nach nicht an ein unbekanntes Massenpublikum, sondern an bestimmte, dem Organisator namentlich bekannte Teilnehmer und Teilnehmerinnen gerichtet sind. Die Beschwerdeführerin erbringt vielmehr nur die Dienstleistung einer Übertragung solcher Ereignisse im Rahmen von Sendungen (Unterhaltung). Wenn sie Sendungen mit erzieherischem, bildendem, sportlichem oder kulturellem Inhalt verbreitet, bietet sie entsprechende Dienstleistungen damit, mangels "sozialer Interaktion" mit den Lernenden (vgl. E. 4.2), nicht an. Auch ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin nicht näher begründet, weshalb die Verkehrskreise infolge der Bekanntheit oder des Gebrauchs des Zeichens für andere Dienstleistungen spontan oder reflexartig auf die strittigen Dienstleistungen schliessen sollten, wie sie es geltend macht.

7.2 Die Beschwerdeführerin stützt sich zwar auf eine Google-Recherche zu ihrer Marke und führt beispielsweise an, im Zusammenhang mit Ausbildung und Erziehung werde diese für die Sendungen "Musicstar", "SFmyschool", "Puls", "MTW", "nano" und "Horizonte" verwendet. Sie habe diesbezüglich einen verfassungsmässigen Bildungsauftrag ("Service Public") und verfüge über einen hohen Marktanteil. Auch werde ihre Marke seit jeher für die Übertragung von Sportanlässen, beispielsweise den Spengler Cup, benützt. Hinsichtlich kultureller Veranstaltungen werde das Zeichen für Sendungen wie z.B. "Kulturplatz", "Alpenrose" oder "SF unterwegs" als Logo verwendet (Einblendung des Zeichens während der Sendung). Rückschlüsse auf die Marke SCHWEIZER FERNSEHEN würden insbesondere dadurch erfolgen, dass ihr Logo den Schriftzug "Schweizer Fernsehen" in allen Sendungen verwendet beziehungsweise eingeblendet werde und sich das Zeichen daher auch eigene, sich von

anderen Sendungen konkurrierender Programmveranstalter zu unterscheiden.

7.3 Auch die von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten Durchsetzungsbelege zeigen jedoch, dass sie zwar das Zeichen SCHWEIZER FERNSEHEN in ihrem Logo verwendet und teilweise von Dritten verwenden lässt, sie lassen aber keinen Rückschluss darüber zu, ob es von den Verkehrskreisen als Veranstalterzeichen für die hier strittigen Dienstleistungen aufgefasst und erkannt wird. So wird die Google-Recherche gerade nicht auf die strittigen Dienstleistungen eingegrenzt.

7.4 Schliesslich beruft sich die Beschwerdeführerin auf weitere Marken im Zusammenhang mit Fernsehen, welche die Verkehrskreise generell zur gemeinsamen Aussage "Schweizer Fernsehen" abstrahieren würden. Eine Ausdehnung ihrer notorischen Bekanntheit auf die vorliegend interessierenden Märkte kann aber auch aus jenen Marken nicht abgeleitet werden.

7.5 Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Beweisofferte der Beschwerdeführerin nur belegt, dass im Schweizer Fernsehen in Form von Sendungen über bestimmte Anlässe berichtet wird. Das Ausstrahlen von Sendungen und Berichten von und über Programme und Aktivitäten mit erzieherischen und bildenden Inhalten sowie die Übertragung von kulturellen und sportlichen Anlässen dient aber vornehmlich der Unterhaltung, der Ausbildung indes höchstens in Ausnahmefällen (Schulfernsehen) und der Erziehung nie. Gerade sportliche und kulturelle Aktivitäten ermöglichen ihren Kunden vor allem, das jeweilige Ereignis vor Ort miterleben oder persönlich und unmittelbar daran teilnehmen zu können. Dies gilt analog für bildende und erzieherische Angebote. Bildende Sendungen im Fernsehen sind, da der Adressatenkreis unbekannt ist, keine Ausbildungen (E. 4.2). Eine Durchsetzung der Marke für die strittigen Dienstleistungen wird darum weder durch die Bekanntheit der Beschwerdeführerin, noch im Zusammenhang mit den eingereichten Belegen glaubhaft gemacht.

8.

8.1 Das Bundesverwaltungsgericht anerkennt die Gleichbehandlung von Sachverhalten, die ohne weiteres vergleichbar sind und sich nicht in rechtlicher Hinsicht wesentlich unterscheiden. Wegen der Problematik einer erneuten Beurteilung der Eintragungsfähigkeit einer Marke, die seit

Jahren im Markenregister eingetragen ist, muss das anzuwendende Kriterium, wonach Sachverhalte "ohne Weiteres" vergleichbar sein müssen, restriktiv angewendet werden (Entscheid der RKGE vom 24. April 2003, sic! 2003, S. 803 *We keep our promises*), zumal bereits geringfügige Unterschiede im Hinblick auf die Beurteilung der Schutzfähigkeit eines Zeichens von grosser Bedeutung sein können (Entscheid der RKGE vom 19. Februar 1998, sic! 1998, S. 303 *Masterbanking*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3036/2011 vom 5. Dezember 2011 E. 4 *Swissair*). Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht nur dann, wenn eine Behörde in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform entscheiden werde, sowie keine überwiegenden Interessen an einem gesetzmässigen Entscheid entgegenstehen (BGE 115 Ia 83 E. 2, BGE 116 Ib 235 E. 4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3036/2011 vom 5. Dezember 2011 E. 4 *Swissair*; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 164 f.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. Zürich 2010, Rz. 518 ff.). Verletzungen des Gleichbehandlungsgebots müssen im Rechtsmittelverfahren ausdrücklich gerügt und Vergleichsfälle angegeben werden. Rechtliche Grundlagen und Einwendungen, die nicht ins Auge springen und nach den Sachverhaltsfeststellungen und Vorbringen der Parteien nicht nahe liegen, sind deshalb nicht zu berücksichtigen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-619/2011 vom 19. Dezember 2011 E. 4.2 *Doppelhelix [fig.]*). Blosse Hinweise auf Nizza-Klassifikationsnummern oder Registereinträge reichen für die Begründung nicht aus (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3792/2011 vom 23. August 2012 E. 7.2 *Fiducia*).

8.2 Die Beschwerdeführerin macht hinsichtlich ähnlicher Voreintragungen (z.B. "Tele1") einen Anspruch auf Gleichbehandlung geltend. Auch diese Zeichen bestünden aus Sachbezeichnungen, welche im Gesamteindruck nicht stärker prägten als das Zeichen SCHWEIZER FERNSEHEN. Ausserdem müsse gestützt auf die Voreintragung des Zeichens "Radio Suisse Romande" für die Dienstleistungen "Erziehung" und "Ausbildung" auch das Zeichen SCHWEIZER FERNSEHEN für diese Dienstleistungen eingetragen werden.

Die Vorinstanz verneint die Vergleichbarkeit mit den genannten Voreintragungen. Diese enthielten nebst dem Zeichenbestandteil "Tele" jeweils ein zusätzliches Element, welches dem Zeichen im Gesamteindruck Unterscheidungskraft verleihe. Insbesondere könnten die zusätzlichen Wort-

elemente, wie beispielsweise "1", "Plus" oder "la question" nicht mit der Herkunftsangabe "Schweizer" gleichgestellt werden.

Die Voreintragungen "Tele1", "Tele 24", "Tele 5", "Tele Plus" und "Télé la question" enthalten als erstes Zeichenelement die Sachbezeichnung "Tele", die ableitend vom französischen Wort "télévision" für "Fernsehen" steht (Langenscheidt Handwörterbuch Französisch, Berlin 2006, S. 666, Schlagwort "télévision"). Nebst diesem beschreibenden Element weisen die Voreintragungen allerdings auch Zahlen (1, 5 und 24) und Wortelemente ("Puls", "Télé la question") auf. Die Kombination von "Tele" und weiteren Elementen verleihen diesen Zeichen im Gesamteindruck eine gewisse Unterscheidungskraft, da ihnen für die entsprechenden Dienstleistungen kein Sinngehalt zukommt. Im Gegensatz dazu erschöpft sich das Zeichen SCHWEIZER FERNSEHEN, wie dargelegt, in einer beschreibenden Aussage (E. 5). Die Zeichen sind also nicht vergleichbar.

Gleiches gilt für die Markeneintragung "Radio Suisse Romande", welche die Vorinstanz zwar in Bejahung einer Verkehrsdurchsetzung für "Erziehung" und "Ausbildung" eingetragen hat, die aber inhaltlich nur einen Teil der Schweiz betrifft und für deren Verkehrsdurchsetzung sich die Anmelderin nicht auf Notorietät, sondern auf ausreichende Durchsetzungsbelege stützte (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3812/2008 vom 6. Juli 2009 E. 7.2 *Radio Suisse Romande*). Auch diese Voreintragung ist daher nicht mit dem vorliegend zu prüfenden Zeichen vergleichbar.

8.3 Im Ergebnis vermag die Beschwerdeführerin mit ihrem Anspruch auf Gleichbehandlung somit nicht durchzudringen.

9.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Zeichen SCHWEIZER FERNSEHEN für die strittigen Dienstleistungen zum Gemeingut i.S. von Art. 2 Bst. a MSchG gehört und eine Durchsetzung nicht glaubhaft gemacht werden konnte. Die Vorinstanz hat somit die Eintragung der Marke für die strittigen Dienstleistungen zu Recht verweigert. Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen.

10.

10.1 Die Beschwerdeinstanz auferlegt in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG, sog. Unterliegerprinzip). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin besteht keine Usanz, von dieser Regel abzuweichen.

Angesichts dieses Verfahrensausgangs sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Die Gerichtsgebühr ist vorliegend nach dem Streitwert zu berechnen (Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Schätzung des Streitwertes hat sich nach Rechtsprechung und Lehre an Erfahrungswerten aus der Praxis zu orientieren, wobei bei eher unbedeutenden Zeichen grundsätzlich ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.– und Fr. 100'000.– anzunehmen ist (BGE 133 III 490 E. 3.3 *Turbinenfuss [3D]*). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Es sprechen keine konkreten Anhaltspunkte für einen höheren oder niedrigeren Wert der strittigen Marke.

10.2 Eine Parteientschädigung ist weder der unterliegenden Beschwerdeführerin noch der Vorinstanz zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– verrechnet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. 02254/2006; Gerichtsurkunde)
– das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

David Aschmann Salim Rizvi

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen geführt werden (Art. 72 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 2. September 2013