

BVGer BVGE 2007/22 vom 21. Februar 2007

Bundesverwaltungsgericht, 2007-02-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2007_22

FR: TAF BVGE 2007/22 du 21 février 2007

IT: TAF BVGE 2007/22 del 21 febbraio 2007

Regeste

Absolute Ausschlussgründe

Erwägungen

E. 2

Die abstrakte Kennzeichnungseignung konturloser Farben wurde von der RKGE im Jahr 1995 unter Hinweis auf Art. 1 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11) verneint (vgl. Entscheid der 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 (vgl. sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 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 das IGE 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, Art. 2 N. 116).

E. 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, 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 (Entscheid der RKGE in sic! 2002 S. 344 E. 4 « Die Post »; WILLI, a.a.O., Art. 2 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 Verkehrsgeltung 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 (Entscheid der RKGE in sic! 2002 S. 247 E. 8 « Die Post »).

E. 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 das IGE den schweizerischen Durchschnittsverbraucher als Richtschnur ansieht. Die massgeblichen Verkehrskreise sind normativ zu definieren (EugenMARBACH, Die Verkehrskreise im Markenrecht, in 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. Das IGE hat also zu Recht die Abnehmer nichtalkoholischer Getränke, die Durchschnittskäufer von Waren des täglichen Bedarfs, als massgeblichen Abnehmerkreis definiert.

E. 5

Das IGE 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.

E. 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.

E. 7

Zu Unrecht hat das IGE 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, in sic! 2006 S. 11).

E. 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 reflektiert. Der Farbton « Silber » erfüllt die genannte Voraussetzung einer eindeutigen und bleibenden Farbfestlegung darum nicht.

E. 7.2

Das RAL Deutsche Institut für Gütesicherung und Kennzeichnung e. V. weist unter http://www.ral.de/de/ral_farben/anwender/9006_9007.php besucht am 21. Februar 2007, 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.

E. 7.3

Energy Drinks werden wie viele andere nichtalkoholische Getränke meistens in Aludosen verkauft. Der Farbton RAL 9006 « Weissaluminium » 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.

E. 7.4

Der Farbton Blau (RAL 5002) ist als Grundfarbe für Getränke ebenfalls absolut freihaltebedürftig (vgl. BGE 103 Ib 270 E. 2A « Red & White », BGE 106 II 249 E. 2D « Rotring »; Urteil des Bundesgerichts 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.

E. 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.