

- 2     Privatrecht – Zivilrechtspflege – Vollstreckung  
      Droit privé – Procédure civile – Exécution  
      Diritto privato – Procedura civile – Esecuzione

**22**

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II i. S. Red Bull GmbH gegen  
Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum (IGE)  
B-7436/2006 vom 21. Februar 2007

**Markenschutzgesetz. Farbkombinationsmarke. Absolute Ausschlussgründe. Gemeingut. Verkehrsdurchsetzung. Freihaltebedürfnis.**

**Art. 2 Bst. a MschG.**

1. **Konturlose Farben und Farbkombinationen können als Marken eingetragen werden, wenn in der betreffenden Branche kein absolutes Freihaltebedürfnis am angemeldeten Farbton besteht, der verwendete Farbton eindeutig und bleibend definiert ist und die Verkehrsdurchsetzung nachgewiesen wurde (E. 2–3).**
2. **Im Hinblick auf den Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung sind die relevanten Abnehmerkreise nicht durch den Markenanmelder zu bestimmen, sondern im Einzelfall aufgrund der zu schützenden Wahrnehmungen und Interessen festzustellen (E. 4).**
3. **Zum direkten Nachweis der Verkehrsdurchsetzung eines Zeichens reicht es nicht aus, in einer demoskopischen Umfrage eine Indizwirkung des Zeichens und nicht die Kennzeichenwirkung beim Publikum nachzuweisen (E. 6).**
4. **Die beanspruchten Farbtöne « Silber (RAL 9006; recte: Weissaluminium) » und « Blau (RAL 5002) » sind absolut Freihaltebedürftig (« Silber » zudem ungenügend spezifiziert) und können sich daher im Verkehr nicht durchsetzen (E. 7).**

**Loi sur la protection des marques. Marque combinant des couleurs. Motifs absolus d'exclusion. Domaine public. Marque qui s'est imposée dans le commerce. Besoin de rester à libre disposition.**

**Art. 2 let. a LPM.**

1. Des couleurs et des combinaisons de couleurs sans contours peuvent être enregistrées en tant que marques lorsqu'il n'existe pas dans la branche concernée un besoin absolu que le coloris annoncé reste à libre disposition, que le coloris utilisé est défini d'une manière claire et durable et qu'il a été prouvé que la marque s'est imposée au public (consid. 2–3).
2. S'agissant de la preuve que la marque s'est imposée dans le commerce, il n'appartient pas à celui qui dépose la marque de déterminer le cercle pertinent des acheteurs; ce point doit être établi dans le cas concret sur la base des garanties et des intérêts à protéger (consid. 4).
3. Pour apporter la preuve qu'un signe s'est imposé dans le commerce, il ne suffit pas d'établir, dans le cadre d'un sondage d'opinion, que le public reconnaît dans un signe l'appartenance à une entreprise; il faut encore prouver que ce signe permet d'identifier l'entreprise en question (consid. 6).
4. Les coloris revendiqués « argent (RAL 9006; recte: aluminium blanc) » et « bleu (RAL 5002) » doivent absolument rester à libre disposition (« argent » est en outre insuffisamment déterminé) et ne peuvent, par conséquent, pas s'imposer dans le commerce (consid. 7).

**Legge sulla protezione dei marchi. Marchi consistenti in combinazioni di colori. Motivi assoluti d'esclusione. Dominio pubblico. Imposizione come marchio nel commercio. Necessità di rimanere a libera disposizione.**

**Art. 2 lett. a LPM.**

1. I colori e le combinazioni di colori senza contorno possono essere registrati come marchi se nel settore in questione non vi è un bisogno che la tonalità del colore annunciato resti a libera disposizione, se detta tonalità è definita in modo chiaro e duraturo e se è provato che il marchio si è imposto nel commercio (consid. 2–3).
2. Per quanto concerne la citata prova, le cerchie interessate non vanno determinate dal richiedente, ma stabilite nel singolo caso secondo la percezione e gli interessi da proteggere (consid. 4).

3. **Per fornire la prova che un segno si è imposto nel commercio, non basta dimostrare, fondandosi su un sondaggio, che il pubblico riconosce in un segno l'appartenenza ad un'impresa; bisogna anche provare che questo segno permette d'identificare l'impresa in questione (consid. 6).**
4. **Le tonalità di colore « argento (RAL 9006; recte: alluminio brillante) » e « blu (RAL 5002) » devono assolutamente rimanere a libera disposizione (« argento » non è peraltro sufficientemente specificato) e non possono, pertanto, imporsi nel commercio (consid. 7).**

Am 21. Januar 2005 ging die Anmeldung der abstrakten Farbmarke « Blau (RAL 5002), silber (RAL 9006) » der Beschwerdeführerin beim Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum (IGE) ein. Die Marke wurde für « *Energy Drinks* » in Klasse 32 beansprucht.

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

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* ».

Mit Schreiben vom 30. März 2005 hielt das IGE an seiner 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 das IGE ihr am 3. Juni 2005 verschiedene Vorgaben dazu mitteilte.

Die Beschwerdeführerin unterbreitete dem IGE mit Schreiben vom 15. August 2005 eine Umfrage-Offerte eines Meinungsforschungsinstituts. Das IGE 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 vom IGE am 1. Dezember 2005 akzeptiert wurde.

Die Beschwerdeführerin sandte das Resultat der demoskopischen Umfrage am 9. März 2006 an das IGE. Dieses 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.

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

Am 28. September 2006 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde vor der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum (RKGE) 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. »

*Aus den Erwägungen:*

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).

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 »).

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 (EUGEN MARBACH, 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.

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.

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 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).

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.

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](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.

**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.

**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.

**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.