



Abteilung II
B-1360/2011

Urteil vom 1. September 2011

Besetzung

Richterin Maria Amgwerd (Vorsitz),
Richter Hans Urech, Richter Claude Morvant,
Gerichtsschreiberin Kathrin Bigler Schoch.

Parteien

Nemiroff Intellectual Property Establishment, Städtle 31,
AD-9490 Vaduz,
vertreten durch Isler & Pedrazzini AG Patent- und
Markenanwälte, Gotthardstrasse 53, Postfach 1772,
8027 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum IGE,
Stauffacherstrasse 65, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Internationale Registrierung (3D).

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin der internationalen Registrierung Nr. 1'002'637 mit Ursprung in Liechtenstein. Sie beansprucht auch Schutz in der Schweiz für:

Klasse 33: Boissons alcoolisées (autres que bières).

Klasse 35: Activité publicitaire; gestion d'activités commerciales; administration commerciale; travaux de bureau; import-export de boissons alcoolisées; services de vente en gros et au détail de boissons alcoolisées.

Die Marke hat folgendes Aussehen:



Am 8. Juni 2010 erliess die Vorinstanz eine teilweise Schutzverweigerung ("Notification de refus provisoire partiel [sur motifs absolus]). Sie machte geltend, das Zeichen gehöre zum Gemeingut, denn das Zeichen sei die dreidimensionale Darstellung eines Teils einer Flasche. Diese Darstellung hebe sich nicht genügend von den verschiedenen Aufmachungsformen der beanspruchten Waren der Klasse 33 ab. Daher werde der Konsument im Zeichen keinen Herkunftshinweis erkennen. Der Marke könne somit nur für die beanspruchten Dienstleistungen der Klasse 35 Schutz in der Schweiz gewährt werden.

Mit Schreiben vom 29. Juli 2010 beantragte die Beschwerdeführerin, die Marke zum Schutz in der Schweiz auch für die Produkte der Klasse 33 zuzulassen. Es treffe zwar zu, dass die dreidimensionale Marke den Teil einer Flasche darstelle: Der obere Teil zeige den Flaschenhals, der für sich genommen keine kennzeichnungskräftigen Elemente enthalte. Der untere Teil zeige jedoch ein nach unten gerichtetes und spitz zulaufendes Dreieck, das als Dolch oder Speerspitze angesehen und bezeichnet werden könne. Dieser Teil der dreidimensionalen Marke sei ein völlig ungewöhnlicher und ausgesprochen kennzeichnungskräftiger Teil. Keine

Flasche weise einen solchen Dolch oder eine solche Speerspitze auf. Ein solches Element sei in hohem Masse geeignet, die Herkunftsfunktion der Marke zu erfüllen.

Am 2. September 2010 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, sie halte an der teilweisen Zurückweisung des Zeichens fest.

Mit Eingabe vom 19. Oktober 2010 wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die hier zur Diskussion stehende internationale Registrierung nicht die Form einer Flasche für alkoholische Getränke darstelle; sie stelle vielmehr ein von der Flasche getrenntes und unabhängiges Element dar. Daher sei nicht massgebend, dass in Bezug auf Flaschen für alkoholische Getränke Formenvielfalt herrsche.

Mit Verfügung vom 26. Januar 2011 entschied die Vorinstanz, dass der internationalen Registrierung Nr. 1'002'637 der Schutz für alle Waren (Klasse 33) verweigert (Ziffer 1), und der Schutz für alle Dienstleistungen (Klasse 35) gewährt werde (Ziffer 2). Zur Begründung führte sie aus, im Bereich der "Flaschen von alkoholischen Getränken" sowie im Bereich der Flaschenhalsformen sei die Formenvielfalt gross. Zudem sei sich der Abnehmer gewohnt, im Bereich von Flaschen von alkoholischen Getränken Etiketten in allen geometrischen Grundformen auf dem Markt anzutreffen. Daher genüge die vorliegende Form nicht, um sich vom banalen Formenschatz abzuheben. Die Gestaltung eines Flaschenhalses gehöre zu den häufigsten dekorativen Elementen mit der Zielsetzung der ästhetischen Gestaltung der Produkte selbst. Deswegen werde die vorliegende Gestaltung des Flaschenhalses von den Abnehmern (originär) nicht als betrieblicher Herkunftshinweis verstanden.

B.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 25. Februar 2011 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben, und die Vorinstanz sei anzuweisen, die internationale Registrierung Nr. 1'002'637 für sämtliche in Klasse 33 beanspruchten Waren zum Schutz in der Schweiz zuzulassen. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, die internationale Registrierung Nr. 1'002'637 für "boissons alcoolisées (autre que bières), à savoir vodka" in Klasse 33 zum Schutz in der Schweiz zuzulassen. Zur Begründung bringt sie vor, beim zu prüfenden Zeichen handle es sich nicht um eine Formmarke im engeren Sinn. Die beanspruchte Form lasse sich ohne Weiteres von jener der

beanspruchten Waren bzw. deren häufigsten Verpackungsform, nämlich Flaschen jeglicher Art und Gestaltung, trennen. Es handle sich dabei deshalb um eine dreidimensionale Marke bzw. eine Formmarke im weiteren Sinne. Da sie eine Form aufweise, welche mit Bezug auf die in Klasse 33 beanspruchten Waren ganz erheblich vom gewohnten oder auch erwarteten Formenschatz abhebe, sei ihr die zur Registrierung der Marke nötige Unterscheidungskraft zuzuerkennen.

C.

Mit Vernehmlassung vom 31. Mai 2011 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen. Die Annahme der Beschwerdeführerin, beim zu prüfenden Zeichen handle es sich um eine dreidimensionale Marke im weiteren Sinn, gehe fehl. Werde die zu beurteilende Form als Teil der beanspruchten Waren- bzw. Verpackungsform erkannt, was in casu eindeutig der Fall sei, so erfolge die Beurteilung der Unterscheidungskraft gemäss den Kriterien, die für dreidimensionale Marken im engeren Sinn gälten. Dreidimensionale Marken im engeren Sinn (Formmarken) umfassten nicht nur dreidimensionale Gestaltungen einer Ware oder Verpackung als Ganzes, sondern auch Teile einer Waren- oder Verpackungsform. In Verbindung mit den beanspruchten Waren in Klasse 33, die nur in einer Verpackung angepriesen und verkauft werden könnten, erkenne der angesprochene Abnehmerkreis im zu prüfenden Zeichen unmittelbar einen Flaschenhals bzw. den Verschluss einer Flasche. Dieser sei unbestrittenermassen nicht unterscheidungskräftig, ebenso wenig das nach unten spitz zulaufende Dreieck, welches ein einfaches geometrisches Grundelement sei. Zudem sei es üblich, an Flaschenhälsen Etiketten und etikettenartige Gebilde zu befestigen. Da der Abnehmer gewohnt sei, im Bereich von Flaschen von alkoholischen Getränken Etiketten in allen geometrischen Grundformen auf dem Markt anzutreffen, genüge die vorliegende Form nicht, um sich klar vom banalen Formenschatz abzuheben. Dem Zeichen fehle somit die vom Gesetz geforderte Unterscheidungskraft, damit es als Marke eingetragen werden könne. Auch bei einer auf Wodka eingeschränkten Warenliste falle die Beurteilung der Unterscheidungskraft der internationalen Registrierung nicht anders aus als bei den von der internationalen Registrierung beanspruchten "boissons alcoolisées (autre que bières)".

D.

Die Beschwerdeführerin hat stillschweigend auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Verwaltungsbeschwerde ist daher einzutreten.

2.

Die Beschwerdeführerin hat ihren Sitz in Liechtenstein. Gemäss dem revidierten Art. 9^{sexies} Abs. 1 Bst. a des Protokolls vom 27. Juni 1989 zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken (MMP, SR 0.232.112.4) findet in den Beziehungen zwischen Staaten, die – wie Liechtenstein und die Schweiz – Vertragsparteien sowohl des MMP als auch des Madrider Abkommens über die internationale Registrierung von Marken (MMA, SR 0.232.112.3; in der in Stockholm am 14. Juli 1967 revidierten Fassung) sind, nur das MMP Anwendung.

Nach Art. 5 Abs. 1 MMP darf einer international registrierten Marke der Schutz verweigert werden, wenn nach den in der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ, SR 0.232.04; in der in Stockholm am 14. Juli 1967 revidierten Fassung) genannten Bedingungen ihre Eintragung in das nationale Register verweigert werden kann. Das trifft namentlich dann zu, wenn die Marke jeder Unterscheidungskraft entbehrt oder ausschliesslich aus Zeichen oder Angaben zusammengesetzt ist, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, des Ursprungsortes der Erzeugnisse oder der Zeit der Erzeugung dienen können oder im allgemeinen Sprachgebrauch oder in redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten der Schweiz üblich sind (Art. 6^{quinquies} Bst. B Ziff. 2 PVÜ). Dieser Ausschlussgrund ist auch im Markenschutzgesetz vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11) vorgesehen, das Zeichen des Gemeinguts – sofern sie sich nicht im

Verkehr als Marke für bestimmte Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben – vom Markenschutz ausschliesst (Art. 2 Bst. a MSchG). Lehre und Praxis zu dieser Norm können damit herangezogen werden.

3.

Nach der Legaldefinition von Art. 1 Abs. 1 MSchG ist die Marke ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Marken können insbesondere in dreidimensionalen Formen bestehen (Art. 1 Abs. 2 MSchG).

3.1. Vom Markenschutz ausgeschlossen sind Zeichen, die Gemeingut sind, es sei denn, dass sie sich als Marken für die Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben, für die sie beansprucht werden (Art. 2 Bst. a MSchG). Besonders für Formen gelten neben einfachen geometrischen Grundelementen als Gemeingut solche, die weder in ihren Elementen noch in ihrer Kombination vom Erwarteten und Gewohnten abweichen, daher mangels Originalität nicht im Gedächtnis der Abnehmer haften bleiben und aus diesem Grund nicht kennzeichnend wirken. Dabei ist die Originalität auf Grund eines Vergleichs der beanspruchten Form gegenüber den üblichen Formen im beanspruchten Warenssegment zu bestimmen (BGE 133 III 490 E. 6.1 – Turbinenfuss; BGE 133 III 342 E. 3.1 und 3.3 – Trapezförmiger Verpackungsbehälter).

3.2. Ob eine Form insofern geeignet ist, die gekennzeichnete Ware zu individualisieren, beurteilt sich nach dem Gesamteindruck, den das Zeichen bei den massgebenden Adressaten hinterlässt (BGE 134 III 547 E. 2.3.1 – Panton-Stuhl; BGE 133 III 342 E. 4 – Trapezförmiger Verpackungsbehälter).

In Bezug auf die Waren der Klasse 33 (alkoholische Getränke ausser Bier), für welche die Marke beansprucht wird, ist vor allem die Sichtweise des Durchschnittskonsumenten massgebend, auch wenn Fachkreise wie Getränkehändler als Abnehmer der einschlägigen Produkte ebenfalls nicht zu vernachlässigen sind (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] B-3189/2008 vom 14. Januar 2010 E. 4.3 – terroir [fig.]). An die Aufmerksamkeit der schweizerischen Endverbraucher dürfen keine übertriebene Anforderungen gestellt werden (BGE 133 III 342 E. 4.1 – Trapezförmiger Verpackungsbehälter).

4.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Art der Hinterlegung gebe keinen Aufschluss darüber, auf welche Weise die strittige Marke im Zusammenhang mit den in Klasse 33 beanspruchten Waren oder deren Verpackungen verwendet werde oder zu verwenden sei. Auch die grafische Wiedergabe der Marke erlaube keine entsprechenden Rückschlüsse. Beim zu prüfenden Zeichen handle es sich nicht um einen integralen Bestandteil einer Flasche und insofern nicht um eine Formmarke im engeren Sinn. Die beanspruchte Form lasse sich ohne Weiteres von jener der beanspruchten Waren bzw. deren häufigsten Verpackungsform, nämlich Flaschen jeglicher Art und Gestaltung, trennen. Es handle sich dabei deshalb um eine dreidimensionale Marke bzw. eine Formmarke im weiteren Sinne. Die Form könne ohne Weiteres als sehr eigentümlich bezeichnet werden. In ihrer Gesamtheit lasse sie sich mit keinem bestimmten Gegenstand vergleichen oder einem solchen zuordnen, auch keiner Flasche. Mit etwas Fantasie möge man in ihr einen Tortenheber, eine Speerspitze oder auch einen jener Stifte, die als Halterungen für Tablare bzw. Regalbretter verwendet werden, erkennen. Diesbezügliche Assoziationen seien der Unterscheidungskraft jedoch in keiner Weise abträglich.

Nach Ansicht der Vorinstanz handelt es sich bei der vorliegenden internationalen Registrierung dagegen um eine dreidimensionale Marke im engeren Sinn, da sie als Teil der beanspruchten Waren- bzw. Verpackungsform erkannt werde: In Verbindung mit den beanspruchten Waren in Klasse 33 erkenne der angesprochene Abnehmerkreis im zu prüfenden Zeichen unmittelbar einen Flaschenhals bzw. den Verschluss einer Flasche. Ein Flaschenverschluss gehöre denn auch zwingend zu einer Flasche. Eine Trennung des Flaschenkopfes von der Flasche sei ohne Beeinträchtigung des Gebrauchszweckes der beanspruchten Waren bzw. deren Verpackung nicht möglich. Die von der Beschwerdeführerin gezogene Schlussfolgerung, dass es sich beim zu prüfenden Zeichen um eine dreidimensionale Marke im weiteren Sinn handle, gehe somit fehl.

4.1. Dreidimensionale Marken können einerseits plastische Kennzeichen sein, die zumindest gedanklich von Ware und Verpackung ohne Funktionsverlust getrennt werden können (Formmarken im weiteren Sinn). Andererseits kann es sich dabei um die kennzeichnende Formgebung der Ware selbst oder ihrer Verpackung handeln (eigentliche Formmarken oder Formmarken im engeren Sinn), d.h. um

kennzeichnende Formen, die unmittelbar in der Ware oder in der Verpackung verkörpert sind (BGE 129 III 514 E. 2.1 – Lego, mit Verweis u.a. auf MARTIN LUCHSINGER, Dreidimensionale Marken, Formmarken und Gemeingut, in: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!] 1999, S. 195; vgl. auch MICHAEL NOTH, in: Michael Noth / Gregor Bühler / Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz, Bern 2009, Art. 2 lit. b, N. 16; MAGDA STREULI-YOUSSEF, Zur Schutzfähigkeit von Formmarken, in: sic! 2002, S. 794 f.; CHRISTOPH WILLI, Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 2, N. 195 ff).

Auch können nur Teile einer Ware oder einer Verpackung als Formmarke beansprucht werden (sog. Teilform- oder Formteilmarke; vgl. NOTH, a.a.O., Art. 2 lit. b, N. 16; EUGEN MARBACH, Markenrecht, in: Roland von Büren / Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1 [hiernach: SIWR III/1], Basel 2009, N. 496; kritisch zur Schützbarkeit von Teilformmarken: MAGDA STREULI-YOUSSEF / DANIEL ZIMMERLI, Der Schutz von "Teilformmarken", in: Peter V. Kunz et al. [Hrsg.], Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, FS Roland von Büren, Basel 2009, S. 397 ff.).

Die Grenzen zwischen den verschiedenen Arten von Formmarken sind fließend, was namentlich für die untrennbare, dreidimensionale Marke und die Teilformmarke gilt (vgl. NOTH, a.a.O., Art. 2 lit. b, N. 15).

4.2. Die Schutzfähigkeit eines Zeichens ist nach Massgabe seines Hinterlegungsgesuches zu prüfen (BGE 120 II 307 E. 3a – The Original).

Die internationale Registrierung Nr. 1'002'637 besteht im oberen Teil aus einem Zylinder, welcher in der Mitte rundherum eingekerbt ist. Dieser Zylinder geht in einen kurzen Hals und anschliessend in ein horizontal gerichtetes Quadrat über. Von der vorderen Kante dieses Quadrats geht im rechten Winkel ein spitzes Dreieck ab.

4.3. Einer Formmarke kann der Schutz nur für die Form und nicht auch für das Material erteilt werden. Das bedeutet, dass es dem Inhaber der Marke freistehen muss, in welchem Material er die Form ausführen will, und dass die Markenmeldung insoweit abstrakt zu prüfen ist. Deshalb kann sie auch nicht abgewiesen werden mit der Begründung, dass sie ihre Funktion als Herkunftshinweis nicht erfüllen könne, wenn die Form in

einem bestimmten Material ausgeführt wird (Urteil des BGer 4A.8/2004 vom 24. März 2005 E. 3.2 – Zahnpastastrang).

Auf Grund dieser vom Bundesgericht erwähnten Ausführungsfreiheit des Markeninhabers und der konkreten grafischen Darstellung im Markenregister kann im vorliegenden Fall nicht eindeutig bestimmt werden, um welche Art von Formmarke es sich handelt. Im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren der Klasse 33, nämlich alkoholischen Getränken, die primär in Flaschen abgefüllt angeboten werden, kann der Abnehmer in der strittigen internationalen Registrierung einerseits den oberen Teil einer Flasche (Flaschenhals, "Schulter" sowie dreieckig ausgeschnittener Teil des Flaschenbauches) sehen, wie dies die Beschwerdeführerin in ihrer ersten Eingabe an die Vorinstanz vom 29. Juli 2010 festgehalten hat, und wovon auch die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung ausgeht. Insofern wäre die Marke als Formmarke im engeren Sinn respektive Teilformmarke zu qualifizieren. Andererseits ist die Marke auch als Formmarke im weiteren Sinn respektive dreidimensionale Marke vorstellbar, welche mit der Flasche physisch eng verbunden, aber von der Flasche trennbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn das Publikum im Zeichen eine Kombination von (entfernbarer) Flaschenkapsel (welche definitionsgemäss keine Öffnung zum Ausgiessen von Flüssigkeit hat) und geknickter, um den Flaschenhals angebrachter, dreieckiger Etikette mit einer runden Aussparung für den Flaschenhals (etwa im Sinne eines Flaschen-Umhängers) sieht.

Die Beschwerdeführerin substantiiert nicht, weshalb in der strittigen Marke etwas grundlegend Anderes (z.B. ein Tortenheber, eine Speerspitze oder eine Regalhalterung) oder etwas "Eigentümliches" erkannt werden soll, zumal sie in ihrer Beschwerde selbst einräumt, dass der zylinderförmige Aufsatz eine ähnliche Form wie ein Flaschenhals aufweise. Auf Grund der beanspruchten Waren ist denn auch nicht ersichtlich, dass in der vorliegenden Formmarke etwas grundlegend Anderes wahrgenommen wird, als wie oben beschrieben wurde. Die beiden genannten Varianten unterscheiden sich im Wesentlichen in ihrer Intensität der Verbindung zum Kennzeichnungsgegenstand (Flasche von alkoholischen Getränken) voneinander (vgl. WILLI, a.a.O., Art. 2, N. 195), weshalb der begrifflichen Unterscheidung zwischen Formmarken im weiteren und solchen im engeren Sinn im vorliegenden Fall keine massgebende Bedeutung zukommt.

Ohnehin spielt es für die Frage der Unterscheidungskraft keine Rolle, welcher Markenart ein Zeichen zuzuordnen ist; die zu prüfende Rechtsfrage bleibt grundsätzlich dieselbe, wobei Besonderheiten in der Wahrnehmung einer Markenart durch das Publikum grundsätzlich berücksichtigt werden können (vgl. DAVID ASCHMANN, in: Michael Noth / Gregor Bühler / Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz, Bern 2009, Art. 2 lit. a, N. 40, mit Verweis u.a. auf Urteil des BGer 4A_374/2007 E. 2.5 – Pralinenform). Hinsichtlich der Formmarken besteht die Besonderheit nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wie erwähnt darin, dass als Gemeingut insbesondere solche Formen gelten, die weder in ihren Elementen noch in ihrer Kombination vom Erwarteten und Gewohnten abweichen (vgl. E. 3.1), wobei zu betonen ist, dass das Bundesgericht bei dieser Formulierung nicht zwischen Formmarken im weiteren Sinn und Formmarken im engeren Sinn unterscheidet.

5.

Zunächst ist zu prüfen, ob sich die Abnehmer von alkoholischen Getränken an eine grosse Vielfalt von Formmarken gewohnt sind. Dies ist insofern relevant, als es bei grosser Formenvielfalt schwieriger ist, eine nicht banale Form zu schaffen, die von den Abnehmern als betrieblicher Herkunftshinweis und nicht als dekoratives Element oder technisches Beiwerk verstanden wird. Besteht in einem bestimmten Warensegment eine Vielfalt von Formen, steigen entsprechend die Anforderungen an die Unterscheidungskraft einer Form (Urteile des BVGer B-2374/2007 vom 10. März 2008 E. 5.3 – Parfümflasche, und B-7379/2006 vom 17. Juli 2007 E. 4.3 – Leimtube, mit Verweis auf STREULI-YOUSSEF, a.a.O., S. 796).

5.1. Die Konsumenten sind sich im Bereich von Flaschen von alkoholischen Getränken an eine grosse Vielfalt an Flaschenformen, namentlich auch im oberen Bereich der Flaschen, sowie an Etiketten gewöhnt, welche am Flaschenbauch, auf oder über dem Korken, am oder rund um den Flaschenhals angebracht sind (vgl. auch Beschwerdebeilage 2). Daneben sind häufig reliefartige Gravuren anzutreffen, etwa ein stilisiertes Hufeisen am Bauch einer Tequila-Flasche (www.herradura.com), ein auf der Flasche angebrachtes oder darin eingeschmolzenes Wappensiegel (vgl. www.schladerer.de [Schwarzwälder Kirschwasser], www.absolut.com [Absolut Vodka], www.dettling.ch [Edel-Kirschbrände], ein in die Flasche eingraviertes Rhombus (www.berentzen.de) oder im oberen Teil des Flaschenbauches

eingravierte Spitzen (www.puschkin.de [Puschkin Vodka]; www.berentzen.de). Im fraglichen Warenssegment der Klasse 33 herrscht entsprechend eine grosse Vielfalt an Flaschenformen, Etiketten und reliefartigen Gravuren.

5.2. Im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren der Klasse 33 erkennen die angesprochenen Verkehrskreise im obersten Teil der Marke, einem Zylinder mit Rillen, einen Flaschenhals respektive eine um den Flaschenhals angebrachte Flaschenkapsel (E. 4.3). Dieses Element ist, sowohl als Flaschenhals als auch als Flaschenkapsel gesehen, rein funktional: Ein Flaschenhals wird zum Ausgiessen der Flüssigkeit aus der Flasche benötigt; eine Flaschenkapsel schmückt nicht nur eine Flasche, sondern dient auch dazu, den Gasaustausch zwischen Inhalt und Aussenwelt zu verlangsamen (vgl. www.vineola.de [Die Weinkapsel]). Die den Zylinder umgebenden Rillen sind schliesslich als banal zu qualifizieren (vgl. Urteil des BVGer B-2676/2008 vom 23. Januar 2009 E. 7.2). Namentlich ist die Einkerbung in der Mitte des Zylinders als erwartet zu betrachten, da sie bei der Kapsel einer Drehverschlussflasche auf eine Perforation hindeuten kann, welche es dem Abnehmer erlaubt, den Deckel aufzuschrauben.

Auf Grund seiner Grösse prägt das gleichschenklige Dreieck die Marke im Gesamteindruck am meisten. Dabei handelt es sich einerseits um eine geometrische Grundform. Andererseits erkennt das Publikum darin, zusammen mit dem anschliessenden Quadrat, einen spitz zulaufenden Flaschen-Umhänger respektive eine von der "Flaschenschulter" ausgehende reliefartige Gravur in Dreiecksform am Flaschenbauch (vgl. E. 4.3). Da sich das breite Publikum im Bereich von Flaschen für alkoholische Getränke an eine Vielzahl von Reliefs sowie Etiketten gewöhnt ist, und die Form des Reliefs respektive der Etikette nichts zur Unterscheidungskraft beitragen kann, entspricht auch dieses Element dem Gewohnten und Erwarteten.

Hinzu kommt, dass die Marke auch keine unterscheidungskräftige Gestaltung aufweist. Insofern nimmt das Publikum im Gesamteindruck primär eine nicht vom Gewohnten abweichende Gestaltung eines Teils einer Flasche wahr, nämlich den oberen Teil einer Flasche mit Flaschenhals, "Schulter" und reliefartiger Spitze respektive eine Flaschenkapsel in Kombination mit einem spitz zulaufenden Flaschen-Umhänger. Somit erkennt das Publikum im Zeichen keinen

Herkunftshinweis, weshalb ihm auch keine Unterscheidungskraft zukommt.

6.

Die Beschwerdeführerin beantragt eventualiter, die Vorinstanz sei anzuweisen, die internationale Registrierung Nr. 1'002'637 für "boissons alcoolisées (autres que bières), à savoir vodka" in Klasse 33 zum Schutz in der Schweiz zuzulassen. Zur Begründung dieses Eventualantrags bringt sie vor, es möge zutreffen, dass im Warenssegment "Flaschen von alkoholischen Getränken" eine grosse Vielzahl an Formen herrsche. Diese Feststellung treffe indessen auf "Flaschen für Wodka" nicht zu: Die in diesem Bereich üblichen Verpackungsformen wiesen keineswegs eine grosse Vielfalt auf. Sofern die vorliegend zu prüfende Form als Teil einer Flasche einzustufen sei, hebe sich diese in ganz erheblicher Weise vom im Bereich Wodkaflaschen üblichen Formenschatz ab. Es sei in diesem Fall nämlich davon auszugehen, dass einzig der zylinderförmige Aufsatz, nicht aber das in dieser Form ebenfalls enthaltene und nach unten spitz zulaufende Dreieck fest mit der Flasche verbunden sei. Dieses Dreieck springe dem Betrachter sofort als etwas völlig Ungewöhnliches ins Auge. Es vermittle einer damit versehenen Wodkaflasche ein Gepräge, welches sich deutlich von jenem der in diesem Bereich üblicherweise und überwiegend bestehenden Flaschenformen abhebe.

Die Vorinstanz hält dagegen, die Definition der banalen Warenformen und somit auch der Formenvielfalt lasse sich in casu nicht einzig gestützt auf die im Wodka-Bereich üblicherweise verwendeten Formen vornehmen. Entscheidend für die Festlegung der banalen Waren- bzw. Verpackungsform sei die Wahrnehmung der Warenform durch die angesprochenen Abnehmerkreise. Wodka stehe im Verkaufsregal unmittelbar neben anderen Spirituosen. Auf Grund dieser Marktgewohnheit, welche massgeblich die Wahrnehmung der Abnehmer beeinflusse, müsse in casu auf die im Bereich Spirituosen üblicherweise verwendeten Flaschenhälse abgestellt werden, um die originäre Unterscheidungskraft der internationalen Registrierung beurteilen zu können. Auch bei einer auf Wodka eingeschränkten Warenliste falle somit die Beurteilung der Unterscheidungskraft der internationalen Registrierung nicht anders aus als bei den beanspruchten "boissons alcoolisées (autres que bières)", für welche das Zeichen zurückgewiesen worden sei.

6.1. In ihrer Vernehmlassung weist die Vorinstanz auf das "Standbeutel"-Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) hin. Darin hielt der EuGH fest, dass es je nach der Natur der fraglichen Waren und der angemeldeten Marke für die Beurteilung der Unterscheidungskraft der Marke erforderlich sein könne, einen weiter gefassten Sektor zu Grunde zu legen. Denn es lasse sich nicht ausschliessen, dass die Verbraucher einer bestimmten Ware gegebenenfalls durch für andere, ebenfalls von ihnen konsumierte Waren entwickelte Vermarktungsmodalitäten in ihrer Wahrnehmung der auf der betreffenden Ware angebrachten Marke beeinflusst würden (Urteil des EuGH C-173/04 P vom 12. Januar 2006 Rn. 33 – Standbeutel).

6.2. Wodka nimmt im schweizerischen Spirituosenmarkt keine Vorrangstellung ein wie etwa Wodka in Russland oder Whisky in Schottland. Vielmehr ist Wodka in der Schweiz eine von zahlreichen Spirituosenarten und wird entsprechend unter vielen anderen Spirituosen in den Verkaufsregalen präsentiert. Wird die Wahrnehmung des schweizerischen Wodka-Käufers durch eine Vielzahl von Spirituosen beeinflusst, ist er sich auch an eine Vielzahl von Verpackungsformen für alkoholische Getränke, insbesondere Spirituosen, gewöhnt.

Die Einschränkung der Warenliste auf Wodka trägt daher nicht zu einer Verkleinerung der bereits hinsichtlich Flaschen für alkoholische Getränke festgestellten Formenvielfalt bei, denn diese ist wesentlich durch Spirituosenflaschen beeinflusst. Die Beschwerdeführerin kann aus ihrem Eventualantrag somit nichts zu ihren Gunsten ableiten.

7.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die angemeldete dreidimensionale Marke Gemeingut im Sinne von Art. 2 Bst. a MSchG darstellt, da ihr die für die beanspruchten Waren der Klasse 33 erforderliche konkrete Unterscheidungskraft fehlt. Die Vorinstanz hat ihr daher zu Recht die Eintragung versagt.

Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen.

8.

Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Die Gerichtsgebühren sind

nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Bei Markeneintragungen geht es um Vermögensinteressen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich folglich nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). Die Schätzung des Streitwertes hat sich nach Lehre und Rechtsprechung an Erfahrungswerten aus der Praxis zu orientieren, wobei bei eher unbedeutenden Zeichen grundsätzlich ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.– und Fr. 100'000.– angenommen werden darf (BGE 133 III 490 E. 3.3 – Turbinenfuss). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Es sprechen keine konkreten Anhaltspunkte für einen höheren oder niedrigeren Wert der strittigen Marke.

Eine Parteientschädigung ist der unterliegenden Beschwerdeführerin nicht 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. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 1002637 - 3D; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Maria Amgwerd

Kathrin Bigler Schoch

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 ist in einer Amtssprache abzufassen und 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: 6. September 2011