



## Urteil vom 17. Februar 2014

---

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),  
Richterin Maria Amgwerd, Richter Marc Steiner,  
Gerichtsschreiber Beat Lenel.

---

Parteien

**Parfums Christian Dior,**  
33, avenue Hoche, FR-75008 Paris,  
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Michael Treis und  
Maria Iskic, Baker & McKenzie Zurich,  
Holbeinstrasse 30, Postfach, 8034 Zürich,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

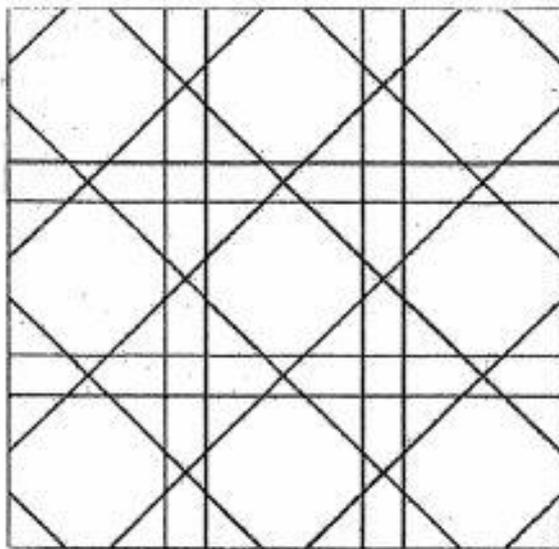
---

Gegenstand

Schutz der Internationalen Registrierung IR 1'064'983  
(Flächenmuster).

**Sachverhalt:****A.**

Die Beschwerdeführerin liess die Bildmarke IR 1'064'983 Flächenmuster (fig.) am 16. September 2010 unter Beanspruchung einer französischen Priorität vom 27. August 2010 als internationale Marke eintragen. Das Zeichen sieht wie folgt aus:



und wird für die folgenden Waren und Dienstleistungen beansprucht:

- 03 Savons de toilette, parfums, cosmétiques, produits de soin et de maquillage pour le visage et le corps, huiles essentielles à usage personnel; laits et lotions pour le corps; gels parfumés pour le visage et pour le corps; déodorants à usage personnel; lotions pour les cheveux; produits de démaquillage, masques de beauté, rouge à lèvres, dépilatoires, produits de rasage.
- 20 Meubles; glaces; comptoirs et supports promotionnels nommément meubles et présentoirs; enseignes en bois; enseignes en matières plastiques.
- 21 Accessoires à usage cosmétique ou de soins à savoir peignes et éponges, brosses (à l'exception des pinceaux); nécessaires de toilette; poudriers.
- 35 Services de vente au détail de produits de parfumerie, de beauté et de soins.
- 44 Soins d'hygiène et de beauté pour être humains; salons et instituts de beauté; massage; services de conseils en matière d'esthétique.

Die Eintragung wurde der Vorinstanz am 17. Februar 2011 von der Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) notifiziert.

**B.**

Die Vorinstanz teilte der Beschwerdeführerin mit teilweiser vorläufiger Schutzverweigerung vom 10. Februar 2012 mit, dass der Schutz der Marke nur für die Dienstleistungen der Klassen 35 und 44 gewährt werde. Für die beanspruchten Waren sei das Zeichen banal und nicht kennzeichnungskräftig, weshalb es Gemeingut sei.

**C.**

Mit Stellungnahme vom 10. Juli 2012 führte die Beschwerdeführerin aus, dass die Marke nicht banal sei und kennzeichnungskräftig für Waren der Klassen 3, 20 und 21, eventualiter seien Stühle mit Sitzflächen aus Flechtwerk von der Warenliste auszuschliessen.

**D.**

Die Vorinstanz hielt mit Schreiben vom 30. Oktober 2012 an ihren Vorbringen fest.

**E.**

Mit E-Mail vom 8. Januar 2013 verlangte die Beschwerdeführerin den Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung.

**F.**

Mit Verfügung vom 8. April 2013 verweigerte die Vorinstanz den Schutz der Marke für Waren der Klassen 3, 20 und 21, mit Ausnahme von:

- 03 Huiles essentielles à usage personnel
- 20 Enseignes en bois; enseignes en matières plastiques
- 21 Éponges

Sie begründete, die Konsumenten sähen im fraglichen Muster für die betreffenden Waren keinen betrieblichen Herkunftshinweis. Die Gestaltungsvielfalt sei im Bereich der beanspruchten Waren gross, wobei häufig Muster verwendet würden. Auch dem Eventualantrag könne nicht stattgegeben werden, weil das Zeichen nicht spezifisch als Flechtmuster für Stühle, sondern als Oberflächengestaltung wahrgenommen werde.

**G.**

Die Beschwerdeführerin erhob gegen diesen Entscheid am 10. Mai 2013 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht, mit den Anträgen:

1. Ziffer 2 der Verfügung vom 8. April 2013 sei aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, die Internationale Registrierung Nr. 1064983 auch für die folgenden Waren zum Schutz in der Schweiz zuzulassen:

Klasse 3: Savons de toilette, parfums, cosmétiques, produits de soin et de maquillage pour le visage et le corps; laits et lotions pour le corps, gels parfumés pour le visage et pour le corps; déodorants à usage personnel; lotions pour les cheveux; produits de démaquillage, masques de beauté, rouge à lèvres, dépilatoires, produits de rasage.

Klasse 20: Meubles; glaces; comptoirs et supports promotionnels nommément meubles et présentoirs.

Klasse 21: Accessoires à usage cosmétique ou de soins à savoir peignes et brosses (à l'exception des pinces); nécessaires de toilette; poudriers.

2. Eventualiter sei Ziffer 2 der Verfügung vom 8. April 2013 aufzuheben und die Beschwerdegegnerin anzuweisen, die Internationale Registrierung Nr. 1064983 auch für die folgenden Waren zum Schutz in der Schweiz zuzulassen:

Klasse 3: Savons de toilette, parfums, cosmétiques, produits de soin et de maquillage pour le visage et le corps; laits et lotions pour le corps, gels parfumés pour le visage et pour le corps; déodorants à usage personnel; lotions pour les cheveux; produits de démaquillage, masques de beauté, rouge à lèvres, dépilatoires, produits de rasage.

Klasse 20: Meubles, sauf chaises ou tabourets qui ont été fabriqués en utilisant la technique du cannage; comptoirs et supports promotionnels nommément meubles et présentoirs.

Klasse 21: Accessoires à usage cosmétique ou de soins à savoir peignes et brosses (à l'exception des pinces); nécessaires de toilette; poudriers.

3. Unter Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen auch für das vorinstanzliche Verfahren.

Sie führte aus, dass auch Endlosmarken kennzeichnungskräftig sein könnten. Die Marke stelle eine ungewöhnliche Kombination geometrischer Grundformen dar. Auch Oberflächengestaltungen könnten den Hersteller kennzeichnen, umso mehr, als in der Kosmetikbranche in der Regel die Flaschenform als Unterscheidungsmerkmal diene. Bei den Möbeln werde das Flechtmuster aus dem bekannten Kontext gerissen und in einen neuen Zusammenhang gebracht, wobei sich das auch hier von den äusseren Formen unterscheide und deshalb neu und unüblich sei. Bereits in einer Entscheidung des Gerichtskreises VIII Bern Laupen vom 20. Juni 1997 (veröffentlicht in *sic!* 1997 S. 564) sei erkannt worden, dass ein fast identisches Muster kennzeichnungskräftig sei.

**H.**

Die Vorinstanz reichte keine Stellungnahme ein.

**I.**

Auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung haben beide Seiten stillschweigend verzichtet.

**J.**

Auf die einzelnen Vorbringen ist, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen einzugehen.

**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. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Die definitive Schutzverweigerung ist eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Die Beschwerdeführerin ist als deren Adressatin beschwert und hat an ihrer Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse. Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). 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 Beschwerde ist daher einzutreten.

**2.**

**2.1** Mit der unangefochten gebliebenen Ziff. 1 der strittigen Verfügung ist die Eintragung der Marke für:

- 03 Huiles essentielles à usage personnel
- 20 Enseignes en bois; enseignes en matières plastiques
- 21 Éponges
- 35 Services de vente au détail de produits de parfumerie, de beauté et de soins.
- 44 Soins d'hygiène et de beauté pour être humains; salons et instituts de beauté; massage; services de conseils en matière d'esthétique.

in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-1190/2013 vom 3. Dezember 2013 E. 2.1 *Ergo (fig.)*, B-2609/2012 vom

28. August 2013 E. 2.1 *Schweizer Fernsehen*, B-4519/2011 vom 31. Oktober 2012 E. 2.1 *Rhätische Bahn*).

**2.2** Die Beschwerdeführerin hat ihren Sitz in Frankreich. Zwischen Frankreich und der Schweiz gelten das Protokoll vom 27. Juni 1989 zum Madrider Abkommen über die Internationale Registrierung von Marken (MMP, SR 0.232.112.4) sowie die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 (PVÜ, SR 0.232.04). Die achtzehnmonatige Frist von Art. 5 Abs. 1 und 2 MMP zur begründeten Verweigerung der Schutzausdehnung auf die Schweiz wurde von der Vorinstanz eingehalten (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-550/2012 vom 13. Juni 2013 E. 2.1 *Kalmar* und B-5658/2001 vom 9. Mai 2012, E. 2.1 *Frankonia*).

### 3.

**3.1** Nach der Legaldefinition von Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz [MSchG], SR 232.11) ist die Marke ein Zeichen, das geeignet ist, Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Art. 1 Abs. 2 MSchG zählt Beispiele von Markenformen auf. Danach können Marken auch aus bildlichen Darstellungen bestehen, weshalb grundsätzlich auch Flächenmuster als Marke registriert werden können (BVGE 2007/36 E. 4.2 *Webstamp*; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] vom 6. Juli 2004, sic! 2004, S. 853 E. 2 *Formes répétitives [3D]*; MICHAEL NOTH/FLORENT THOUVENIN in Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], Bern 2009, Art. 1 Rz. 51).

**3.2** Gemeingut nach Art. 2 Bst. a MSchG sind Zeichen, die entweder für den Wirtschaftsverkehr freizuhalten sind oder welchen die für die Individualisierung der Ware oder Dienstleistung erforderliche Unterscheidungskraft fehlt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3528/2012 vom 17. Dezember 2013 E. 2.1 *Venus [fig.]*; 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, [zit. SIWR III/1], Rz. 116 ff.).

**3.3** Das Zeichen, das als Marke beansprucht wird, soll den Adressaten ermöglichen, die damit gekennzeichneten Produkte eines bestimmten Unternehmens aus der Fülle des Angebots jederzeit wieder zu erkennen. Die erforderliche Unterscheidungskraft als Marke hat ein Kennzeichen nur, wenn es sich derart in der Erinnerung einprägt, dass es dem Adressaten auch langfristig erlaubt, das gekennzeichnete Produkt eines bestimmten Unternehmens in der Menge des Angebots wiederzufinden. Damit sich die Form einer Ware als solche vom Gemeingut abhebt, muss sie in der Wahrnehmung der massgebenden Adressaten daher als so originell erscheinen, dass sie in ihrem Gesamteindruck längerfristig in der Erinnerung haften bleibt (BGE 134 III 547 E. 2.3 f. *Freischwinger Panton*, BGE 133 III 342 E. 4 *Verpackungsbehälter [3D]*, BGE 122 III 382 E. 1 *Kamillosan*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-570/2008 vom 15. Mai 2009 E. 2.2.1 *Zigaretenschachtel [3D]*). Von dieser Kernaufgabe der Marke ist nicht nur bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr auszugehen, sondern schon für die Frage der Eintragungsfähigkeit des Zeichens als Marke. Dabei beurteilt sich nach dem Gesamteindruck, den das Zeichen bei den massgebenden Adressaten hinterlässt, ob es geeignet ist, das gekennzeichnete Produkt von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (BGE 133 III 345 E. 4 *Verpackungsbehälter [3D]*).

**3.4** Die Originalität muss bei einer aus gemeinfreien Elementen zusammengesetzten Marke zumindest in der Verbindung der einzelnen Elemente liegen, indem mehrere gemeinfreie Elemente in überraschender Weise kombiniert werden (Urteil des Bundesgerichts 4A.6/1999 vom 14. Oktober 1999 in sic! 2000 S. 286 E. 3c *Runde Tablette*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2828/2010 vom 2. April 2011 E. 4.2 *Roter Koffer [3D]*; RKGE vom 15. Oktober 2004 E. 7 in sic! 2005 S. 280 *Karomuster*).

**3.5** Für die Frage der Unterscheidungskraft ist ohne Belang, welcher Markenart ein Zeichen zuzuordnen ist. Die zu klärende Rechtsfrage bleibt grundsätzlich dieselbe, wobei Besonderheiten in der Wahrnehmung einer Markenart durch das Publikum aber berücksichtigt werden können (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-86/2012 vom 11. März 2013 E. 2.2 *Fünf Streifen (Positionsmarke)*; B-1360/2011 vom 1. September 2011 E. 4.3 *Flaschenhals [3D]*). Insbesondere nicht konventionelle Zeichen, die in der Regel mit dem äusseren Erscheinungsbild der beanspruchten Waren zusammenfallen, werden nicht notwendigerweise in gleicher Weise wahrgenommen wie Wort- oder Bildzeichen, die vom Erscheinungsbild der Ware oder deren Verpackung unabhängig sind. Fehlen grafische oder verbale Elemente, schliesst der Durchschnittsverbraucher allein aus der

Form der Verpackung beziehungsweise der Ausstattung gewöhnlich nicht unmittelbar auf die Herkunft der Waren (BGE 134 III 403 S. 410, 412 E. 3.3.4, 3.3.5 *Wellenverpackung [3D]*).

**3.6** Flächenmuster, die nicht auf die Ausstattung oder Form der Ware hinweisen oder diese nachzeichnen, können als Marke geschützt werden. Ist ein Element eines Flächenmusters technisch bedingt oder wird es nur ästhetisch-dekorativ und nicht kennzeichnend verstanden, hat es ähnlich wie ein Element einer Formmarke eine schwächere Wirkung als ein auffälliger Bestandteil, der mit kennzeichnender Wirkung für eine betriebliche Herkunft steht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7506/2006 vom 21. März 2007 E. 4 *Karomuster/Karomuster*, RKGE in sic! 2005, 282 E. 7 *Karomuster*, sic! 2004, 854 E. 4 *Formes répétitives*; vgl. BGE 129 III 518 ff. E. 2.4 *Lego [3D]*, BGE 120 II 310 E. 3b *The Original [3D]*; vgl. NOTH/THOUVENIN in Noth/Bühler/Thouvenin, Art. 1 Rz. 51). Sobald die flächige Gestaltung üblich ist, wirken blosser Muster jedoch meistens rein dekorativ und es fehlt ihnen die Unterscheidungskraft (MARBACH, SIWR III/1, Rz. 327). Banale Ausstattungselemente wie Etiketten, Ornamente, Zierstreifen, Steppnähte oder ähnliches sind regelmässig freihaltebedürftig, insbesondere wenn sie auch branchenüblich sind. Dekorative Figuren wie Ziernähte werden vom Abnehmer vermutungsweise auch nicht markenmässig verstanden (MARBACH, SIWR III/1, Rz. 325). Insbesondere gelten solche Zeichen als Gemeingut, die weder in ihren Elementen noch in ihrer Kombination vom Erwarteten und Gewohnten abweichen und daher mangels Originalität im Gedächtnis der Abnehmer nicht haften bleiben. Die Gemeinfreiheit ist insbesondere danach zu beurteilen, ob im beanspruchten Waren- oder Dienstleistungsbereich ähnliche Muster bekannt sind, von denen sich das beanspruchte Muster nicht durch seine Originalität abhebt. Dabei ist nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Originalität der Abweichungen im Vergleich zu den bisher im beanspruchten Warenssegment üblichen Muster zu bestimmen, wenn zu beurteilen ist, ob ein bestimmtes Gestaltungsmittel als Herkunftshinweis im Sinne des Markenrechts verstanden werde (vgl. BGE 133 III 345 f. E. 3.1, 3.3 *Verpackungsbehälter [3D]* mit weiteren Hinweisen). Auch nostalgische Gestaltungselemente im Retro-Stil können nicht als Marke eingetragen werden, selbst wenn sie vorübergehend etwas in Vergessenheit geraten sein sollten (MARBACH, SIWR III/1, Rz. 326).

**3.7** Grenzfälle des Gemeinguts sind einzutragen und die Entscheidung dem Zivilrichter zu überlassen (BGE 130 III 328 E. 3.2 *Swatch-Uhrband*, BGE 129 III 225 E. 5.3 *Masterpiece I*).

#### 4.

**4.1** Vorab sind die massgeblichen Verkehrskreise zu bestimmen. Für die Beurteilung der Unterscheidungskraft ist, ohne dabei die Auffassung spezialisierter Verkehrskreise oder Zwischenhändlerinnen und –händler aus den Augen zu verlieren, besonders die Auffassung der Endabnehmer und -abnehmerinnen massgebend, wenn diese die grösste Teilmenge bilden (vgl. EUGEN MARBACH, Die Verkehrskreise im Markenrecht, sic! 2007, S. 3; WILLI, a.a.O., Art. 2, N 41; 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** Die Beschwerdeführerin beansprucht ihre Marke für kosmetische Produkte, Kosmetikaccessoires und Möbel. Kosmetische Produkte und Kosmetikaccessoires werden im Grosshandel vor allem von Kosmetikstudios, Drogerien, Kaufhäusern und Supermärkten nachgefragt, richten sich aber auch an Endbenutzer, und zwar sowohl an Männer wie Frauen, denn sie werden nicht nur für den Eigengebrauch, sondern auch als Geschenkartikel gekauft. Möbel richten sich einerseits an Möbelhäuser, andererseits an Endverbraucher, die vorwiegend aus Männern und Frauen im mündigen Alter sowie aus juristischen Personen bestehen.

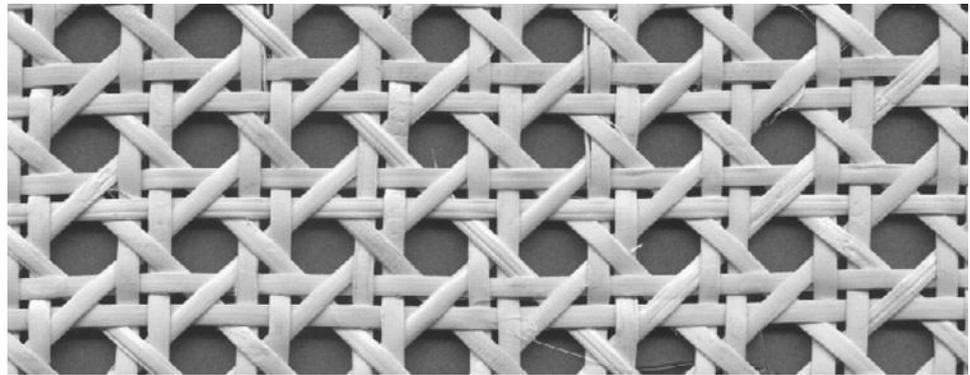
#### 5.

**5.1** Strittig ist, ob das fragliche Flächenmuster für die beanspruchten Waren banal ist. Unbestrittenermassen stellt dieses ein stilisiertes sogenanntes Wiener Geflecht dar.

**5.2** Die Vorinstanz vergleicht Muster mit gängigen, banalen Waren- und Oberflächengestaltungen der beanspruchten Waresegmente und kommt zum Schluss, dass eine grosse Formenvielfalt vorherrsche und sich das fragliche Zeichen nicht ausreichend von banalen Waren- und Oberflächengestaltungen unterscheide. Das Muster habe eine rein dekorative Funktion, mit der es nicht als betrieblicher Herkunftshinweis wahrgenommen werde. Die Beschwerdeführerin hält dagegen, dass es sich beim fraglichen Zeichen um ein komplexes Muster handle, das sich markant von den üblichen Oberflächengestaltungen unterscheide. Es sei unzulässig, von anderen Flächenmustern auf die Üblichkeit des vorliegenden Flächenmusters zu schliessen. Die Oberflächen von Seifen, Kosmetika

oder Parfümflaschen würden nur selten mit einem Muster gestaltet. Das alte Flechtmuster werde so in einen neuen, unüblichen Zusammenhang gebracht.

**5.3** Das Wiener Geflecht wurde ursprünglich für die Sitzflächen des ab 1859 aus Bugholz hergestellten Wiener Caféhausstuhls Nr. 14 der Firma Thonet in Wien entwickelt. Dessen runde Sitzfläche aus Wiener Geflecht, auch Achteck- oder Wabengeflecht genannt, besteht aus etwa 2.5 mm breiten Rattanstreifen, die in vier Richtungen (alle 45°) gespannt und in den senkrechten Bohrungen des Rahmens verknötet sind ([http://de.wikipedia.org/wiki/Flechten\\_\[Technik\]](http://de.wikipedia.org/wiki/Flechten_[Technik]) und [http://de.wikipedia.org/wiki/Gebrüder\\_Thonet](http://de.wikipedia.org/wiki/Gebrüder_Thonet), beide besucht am 15. Januar 2014), was wie folgt aussieht:



(<http://www.stuhlflechtere.de> > Reparaturannahme, besucht am 30. Januar 2014). Die grosse Festigkeit dieser Flechtart beruht auf der gleichmässigen Verteilung der darauf wirkenden Kräfte, welche nicht nur durch horizontale und vertikale, sondern auch zwei rechtwinklig zueinanderstehende, diagonale Flechtreihen aufgenommen werden (<http://www.korbflechtere.at> > Sesseleinflechtungen > Geschichte, besucht am 15. Januar 2014).

**5.4** Das Wiener Geflecht erfreut sich auch in der Schweiz einer hohen Bekanntheit als funktionelles und dekoratives Element von Möbeln (statt vieler: <http://www.wienermoebel.ch> > Stuhlgalerie; <http://moebelzuerich.ch/moebel/wienerstuhle-mit-geflecht>; <http://www.tonimueller.ch> > news, alle besucht am 30. Januar 2014), was nicht zuletzt der hohen Popularität des Stuhls Nr. 14 von Thonet zu verdanken ist, einem der meistproduzierten Sitzmöbel der Welt ([http://en.wikipedia.org/wiki/No.\\_14\\_chair](http://en.wikipedia.org/wiki/No._14_chair), <http://www.designwissen.net/seiten/stuhl-no-14>, beide besucht am 17. Januar 2014). Heute wird das Wiener Geflecht auch für an-

dere Zwecke, z.B. als Lautsprecher- oder Heizkörperverkleidung, verwendet und kann als Fertiggeflecht auf Rollen gekauft werden (<http://www.nepomuk-amps.com/>; <http://www.korbwerkstatt.de/> > Flechtgewebe, beide besucht am 30. Januar 2014). Es wird sogar als Strukturform für Oberflächengestaltungen angeboten (<http://www.gerstaecker.ch> > Keramik & Modellieren > Zubehör > Staedtler Fimo Strukturformen, besucht am 30. Januar 2014).

**5.5** Ob dem Zeichen auch ohne die – vorliegend nicht geltend gemachte – Verkehrsdurchsetzung Unterscheidungskraft zukommt, ist in Verbindung mit den beanspruchten Waren zu prüfen.

**5.5.1** Bezüglich der Kosmetika in Klasse 3 macht die Beschwerdeführerin geltend, dass keines der von der Vorinstanz vorgebrachten Beispiele von Oberflächenmustern von Kosmetika identisch mit dem strittigen Zeichen sei. Dabei verkennt sie, dass Flächenmuster nicht erst dann Gemeingut sind, wenn das exakt gleiche Flächenmuster bereits als Gestaltungselement von ähnlichen Produkten verwendet wird. Vielmehr ist die Originalität der Abweichungen im Vergleich zu den bisher im beanspruchten Warenssegment üblichen Mustern zu bestimmen. Wie nicht nur die Vorinstanz, sondern auch die Beschwerdeführerin selbst mit ihren Internetrecherchen belegt hat, herrscht im Segment der Kosmetikwaren ein grosser Variantenreichtum. Dieser äussert sich unter anderem auch in zahlreichen Produkten, deren Verpackung entweder mit einem Muster bedruckt (beispielsweise Kartonschachteln, Seifenumwicklungen, Lippenstifte, Spraydosen) oder mit einem reliefartigen Muster strukturiert ist (beispielsweise Parfümflaschen). Auch die Kosmetikartikel selbst haben bisweilen eine strukturierte Oberfläche (beispielsweise Seifen oder Schminksets). In der Mehrzahl sind dies Varianten von gitterartigen Strukturen, wie sie auch dem strittigen Zeichen zugrundeliegen. Die Abweichung des strittigen Zeichens von den bisher üblichen Mustern ist somit gering. Es stellt lediglich eine gewöhnliche Kombination üblicher Merkmale dar, weshalb ihm keine Unterscheidungskraft zukommen kann.

**5.5.2** Für die in Klasse 21 beanspruchten Waren "*Kosmetikaccessoires, insbesondere Käämme, Bürsten (ohne Pinsel), Toilettennecessaires und Puderdosen*" gilt nichts anderes. Auch hier ist ein grosser Variantenreichtum zu beobachten, wobei mit Mustern bedruckte, reliefartige oder abgesteppte Oberflächenmuster mit verschiedenen Gittervarianten durchaus üblich sind, was die Vorinstanz mit ihren Internetrecherchen auch belegt hat. Auch hier weicht das strittige Zeichen vom bekannten Formenschatz

nur marginal ab und erscheint weder originell noch unerwartet, weshalb ihm auch hier keine Unterscheidungskraft zukommen kann.

**5.5.3** Was die in Klasse 20 beanspruchten Möbel anbetrifft, so ist das Wiener Geflecht für die Bespannung von Sitzflächen weit verbreitet (<http://www.flechtworks.de/stuhlgeflechte.html>, besucht am 15. Januar 2014). Auf dem Markt finden sich auch Tische, Gestelle, Bänke und Schränke, die mit Wiener Geflecht bespannt wurden, wobei diese sowohl historische als auch moderne Möbel und Einzelanfertigungen umfassen (<http://kleinanzeigen.ebay.de/anzeigen/s-anzeige/wiener-geflecht-chippendale-gramophon-rack-/164539432-88-5589?ref=search>; <http://kleinanzeigen.ebay.de/anzeigen/s-anzeige/wiener-geflecht-chippendale-vitrinensschrank/164534060-88-5589?ref=search>; <http://kleinanzeigen.ebay.de/anzeigen/s-anzeige/wiener-geflecht-chippendale-tisch-antik/164527802-88-5589?ref=search>; <http://kleinanzeigen.ebay.de/anzeigen/s-anzeige/alter-zeitungsstaender-mit-wiener-geflecht,-flechtung/155925455-87-3390?ref=search>; [http://kleinanzeigen.ebay.de/anzeigen/s-anzeige/schoener-chippendale-couchtisch-mit-glasplatte+\\*wiener-geflecht\\*!/153558219-88-4650?ref=search](http://kleinanzeigen.ebay.de/anzeigen/s-anzeige/schoener-chippendale-couchtisch-mit-glasplatte+*wiener-geflecht*!/153558219-88-4650?ref=search); <http://kleinanzeigen.ebay.de/anzeigen/s-anzeige/alter-chippendale-tisch-mit-wiener-geflecht-und-glasplatte,-rund/140214439-88-2829?ref=search>; <http://kleinanzeigen.ebay.de/anzeigen/s-anzeige/biedermeier-sitzbank,-wiener-geflecht/119485138-87-6451?ref=search>; <http://www.octopus-versand.de/AID/1871/>; <http://www.copa.at/wg.htm>, alle besucht am 7. Januar 2014). Die zahlreichen Angebote von Wiener Geflecht als Meterware auf Rollen (E. 5.3) sind ein weiteres Indiz dafür, dass es sich dabei um ein übliches Gestaltungselement für Möbel handelt. Nachdem die von der Beschwerdeführerin beanspruchten "Tresen und Werbematerialien, insbesondere Möbel und Verkaufsstände" lediglich eine Unterkategorie des Oberbegriffs Möbel darstellen, gilt für sie dasselbe wie für die übrigen Möbel, so dass auch für diese die Gestaltung mit Wiener Geflecht üblich erscheint. Ebenfalls weit verbreitet ist, dass Spiegel mit einem geflochtenen Rahmen versehen werden (statt vieler: <http://kleinanzeigen.ebay.de/anzeigen/s-anzeige/alter-spiegel-wandspiegel-wand-flur-zimmer-spiegel-geflecht-oval/169932151-88-4217?ref=search>, besucht am 15. Januar 2014). Solche Rahmen könnten auch aus Wiener Geflecht hergestellt werden, insbesondere da dieses als kostengünstige Meterware erhältlich ist. Die Flechtstruktur des Wiener Geflechts ist überdies technisch bedingt (E. 5.3), da es eine höhere Stabilität als vergleichbare Geflechte ohne diagonale Einflechtungen aufweist. Doch selbst wenn diese Möbel und Spiegel mit einem anderen Muster als dem Wiener Geflecht bespannt wären, änderte dies nichts daran, dass

Möbel mit gitterartigen Oberflächenstrukturen verbreitet sind und das fragliche Zeichen vom bestehenden Formenschatz nicht abweicht. Damit ist festzuhalten, dass für Waren der Klasse 20 die Gestaltung mit dem strittigen Flächenmuster üblich, verbreitet und oft technisch bedingt ist, weshalb sie nicht unterscheidungskräftig ist.

**5.6** Das hinterlegte Flächenmuster zeigt zwei übereinandergelegte Gitter, jedoch keine Details über Ausarbeitung, Dicke, Kontur und Farbe des Zeichens. Zwar macht die Beschwerdeführerin geltend, dass es sich hier um ein konturloses Flächenmuster handle, das ans Wiener Geflecht angelehnt sei. Diese Erläuterungen wurden jedoch nicht in der Markenmeldung aufgenommen. Deshalb bleibt offen, ob die doppelten Linien als Konstruktionslinien oder als äussere Begrenzungen eines Bandes zu verstehen sind, also auffällig oder unauffällig ausgestaltet werden. Nachdem bereits das kompliziertere Flächenmuster üblich und banal erscheint, gilt dies bei Annahme eines einfacheren, aus breiten Bändern bestehenden Musters erst recht. Im Zusammenhang mit den strittigen Waren wird das Zeichen somit nicht als "Muster aus Dreiecken, Quadraten und Rechtecken in verschiedenen Grössen" (vgl. den Massnahmeentscheid *Dior-Tasche* des Präsidenten des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 20. Juni 1997, sic! 1997, S. 564 f., betreffend ein Steppmuster für Damenhandtaschen), sondern nur als untergeordnete Musterung wahrgenommen. Die Marke weist keine unterscheidungskräftigen Elemente auf, sondern besteht aus einer einfachen, banalen, abstrahierten bildlichen Darstellung. Dabei handelt es sich um ein übliches Muster, dessen ornamentaler und funktionaler Charakter im Vordergrund steht und das daher die Funktion eines betrieblichen Herkunftshinweises nicht ohne Weiteres zu erfüllen vermag. Für die beanspruchten Waren erscheint es darum weder überraschend noch originell, wenn zwei Gitter mit unterschiedlichen Maschenweiten im Winkel von 45° übereinandergelegt werden. Auch die Kombination zweier Gitter weicht nicht vom Erwarteten und Gewohnten ab, nachdem dieses Flächenmuster als funktionelles oder dekoratives Gestaltungselement verbreitet und bekannt ist. Nicht anders als das in einem früheren Entscheid zu beurteilende Karomuster (vgl. RKGE vom 15. Oktober 2004 E. 9 in sic! 2005 S. 280 *Karomuster*) erschöpft sich das Zeichen der Beschwerdeführerin in einem banalen Muster, das in vielen Lebensbereichen gebräuchlich und üblich ist. Für die beanspruchten Waren der Klassen 3, 20 und 21 fehlt ihm deshalb die Unterscheidungskraft.

**5.7** Die Beschwerdeführerin verlangt im Eventualantrag, die beanspruchten Waren im Bereich "*meubles*" auf "*meubles, sauf chaises ou tabourets qui ont été fabriqués en utilisant la technique du cannage*" einzuschränken. Wie oben in E. 5.5.3 aufgezeigt, wird das strittige Flächenmuster nicht nur für Stühle und Hocker, sondern auch eine Vielzahl anderer Möbel, wie Tische, Schränke, Spiegel und Sitzbänke, verwendet. Eine Einschränkung auf Stühle und Hocker, die Geflecht verwenden, würde dem nicht Genüge tun. Deshalb ist das Zeichen auch im Eventualantrag nicht unterscheidungskräftig für Waren der Klasse 20.

**5.8** Ob am fraglichen Zeichen auch ein Freihaltebedürfnis in Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen besteht, kann vorliegend offen gelassen werden, weil es dem Zeichen schon an der konkreten Unterscheidungskraft fehlt (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-5296/2012 vom 30. Oktober 2013 E. 4.5 *toppharm Apotheken [fig.]*, B-3541/2011 vom 17. Februar 2012 E. 5.2 *Luminous*, B-283/2012 vom 13. Dezember 2012 E. 8 *Noblewood*).

## **6.**

**6.1** Im Verfahren vor der Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin auf den Entscheid "Dior-Tasche" des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 20. Juni 1997 hingewiesen, wonach durch die Kombination von gekreuzten doppelspurigen senkrechten und waagrechten Linien, sowie gekreuzten, einfach schräglaufenden Linien, die sich an bestimmten Stellen kreuzten, ein spezielles Muster aus Dreiecken, Quadraten und Rechtecken verschiedener Grössen entstanden sei, das sich deutlich von den Freihaltebedürftigen einzelnen Formen unterscheide.

**6.2** Ausnahmsweise kann die Eintragung von Gemeingut als Marke mit der Rüge verlangt werden, dass das Gebot der Rechtsgleichheit verletzt wäre (Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV, SR 101]). Ein solcher Anspruch auf "Gleichbehandlung im Unrecht" besteht, wenn eine Behörde nicht nur in einigen Fällen, sondern in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht, darüber hinaus zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform entscheiden werde, und keine überwiegenden Interessen an einem gesetzmässigen Entscheid entgegenstehen (BGE 115 Ia 83 E. 2, BGE 116 Ib 235 E. 4; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-3036/2011 vom 5. Dezember 2011 E. 4 *Swissair*, B-3541/2011 vom 17. Februar 2012 E. 6.1 *Luminous*, B-990/2009 vom 27. August 2009 E. 8.2 *Biotech Accelerator/Bioscience*

*Accelerator/Biomed Accelerator*, B-3189/2008 vom 14. Januar 2010 E. 8.1 *terroir [fig.]*; PHILIPP J. DANNACHER, Der allgemeine Gleichheitssatz im Markenprüfungsverfahren bei Gemeinschaftsmarken der EU sowie im deutschen und im schweizerischen Markenprüfungsverfahren, Diss. Basel 2012, S. 169 ff.). Ein Anspruch auf Gleichbehandlung mit eigenen, früheren Eintragungen (Gleichbehandlung "gegenüber sich selbst") besteht indessen nicht (Urteile des Bundesgerichts 4A.13/1995 vom 20. August 1996 in sic! 1997 S. 161 E. 5c *Elle*, 4A.5/2003 vom 22. Dezember 2003 in sic! 2004 S. 403 E. 4 *Discovery Travel & Adventure Channel*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-619/2011 vom 19. Dezember 2011 E. 4.2 *Doppelhelix [fig.]*; DANNACHER, a.a.O., S. 170 f.). Was schliesslich das Alter der herangezogenen Voreintragungen anbelangt, sollte deren Zulassung zum Markenschutz in der Schweiz in der Regel nicht länger als acht Jahre zurückliegen (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-3792/2011 vom 23. August 2012 E. 7.1 *Fiducia*; B-6246/2010 vom 28. Juli 2011 E. 8.1 *Jumboline*), damit diese noch als relevant angesehen werden können.

**6.3** Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der fragliche Massnahmeentscheid 16 Jahre alt ist und somit dem heutigen Verkehrswissen nur noch beschränkt entspricht. Überdies ergibt sich aufgrund eigener, früherer Eintragung kein Anspruch auf Gleichbehandlung gegenüber sich selbst. Des Weiteren bezog sich der Entscheid auf die Bildmarke IR 580'546, die für folgende Waren eingetragen ist:

- 18 Cuir et imitations du cuir, produits en ces matières non compris dans d'autres classes, peaux d'animaux, malles et valises, parapluies, parasols et cannes, fouets et sellerie.
- 24 Tissus et produits textiles non compris dans d'autres classes; couvertures de lit et de table.
- 25 Vêtements, chaussures, chapellerie.

Damit bestehen keine Übereinstimmungen zwischen den für diese Marke beanspruchten Waren und denjenigen des strittigen Zeichens, weshalb der Entscheid auch nicht vergleichbar ist.

**6.4** Seit diesem 16 Jahre zurückliegenden Entscheid wurde die Rechtsprechung bezüglich Marken, die die Ausstattung von Waren betreffen, präzisiert. Wie oben in E. 3.5 ausgeführt wurde, sind Besonderheiten in der Wahrnehmung einer Markenart durch das Publikum grundsätzlich zu berücksichtigen, was insbesondere für nicht konventionelle Zeichen, wor-

unter auch die Flächenmuster fallen, gilt. Mit dem BGE 133 III 345 f. E. 3.1, 3.3 *Verpackungsbehälter [3D]* wurde die bisherige Rechtsprechung (BGE 129 III 525 E. 4.1 *Legó [3D]*, BGE 120 II 310 E. 3b *The Original [3D]*; Urteile des Bundesgerichts 4A.8/2004 vom 24. März 2005 E. 4 in sic! 2005 S. 646 *Zahnpastastrang [3D]*, 4A.6/1999 vom 14. Oktober 1999 E. 3 in sic! 2000 S. 286 *Runde Tablette*) bestätigt, dass Ausstattungselemente von Waren nicht abstrakt zu prüfen sind, sondern mit Bezug auf die Originalität der Abweichungen im Vergleich zum bisher im beanspruchten Warenssegment bekannten Formen- und Musterschatz. Unter diesen Umständen kann auch einem Zeichen, das grundsätzlich markenfähig ist, in Verbindung mit bestimmten Waren und Dienstleistungen die Unterscheidungskraft fehlen. Die Vorinstanz hat dem Zeichen auch keineswegs die Markenfähigkeit abgesprochen, sondern diese lediglich im obenstehenden Sinne geprüft und eingeschränkt. An diesem Vorgehen ist nichts auszusetzen.

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

## 7.

**7.1** Zusammenfassend hat die Vorinstanz die Eintragung der Marke für die strittigen Dienstleistungen zu Recht verweigert. Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen.

**7.2** Die Beschwerdeinstanz auferlegt in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Angesichts des 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. Die der Beschwerdeführerin aufzuerlegenden

Gerichtskosten sind demzufolge auf Fr. 2'500.– festzusetzen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen.

**7.3** 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. IR 1064983; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

David Aschmann

Beat Lenel

**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: 19. Februar 2014