

Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-498/2008
{T 0/2}

Urteil vom 23. Oktober 2008

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz), Richter Hans Urech,
Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiberin Kathrin Bigler.

Parteien

X._____,
vertreten durch A. W. Metz & Co. AG,
Hottingerstrasse 14, Postfach, 8024 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Schutzverweigerung gegenüber den schweizerischen
Markenanmeldungen Behälterform (3D).

Sachverhalt:**A.**

Am 21. November 2006 hinterlegte die Beschwerdeführerin beim Institut für Geistiges Eigentum (Vorinstanz) vier Marken, welche wie folgt aussehen:

Gesuch Nr. 60570/2006 (mit Farbanspruch weiss, blau, pink, türkis)



Gesuch Nr. 60571/2006 (mit Farbanspruch weiss, blau, grün, türkis)



Gesuch Nr. 60573/2006 (mit Farbanspruch weiss, blau, orange, türkis)



Gesuch Nr. 60574/2006 (mit Farbanspruch weiss, blau, türkis)



Die angemeldeten Zeichen werden beansprucht für:

Klasse 3:

Wasch- und Bleichmittel und sonstige Mittel für die Textilpflege; Mittel für die Pflege, Behandlung und Verschönerung von Textilstoffen; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; Potpurris; Weihrauch; Öle für Parfums und Duftstoffe; Duftwasser für Haushaltzwecke und zur Verwendung an Textilstoffen; Textilerfrischer; Duftholz; Aromastoffe; ätherische Öle; Räuchermittel zum Abgeben an die Luft, Atmosphäre oder an Textilstoffe in Form von Rauch, Dampf oder Gas; Mittel zum Parfümieren oder Beduften der Luft.

Klasse 5:

Lufterfrischer; Luftreinigungsmittel; Raumlüfterfrischer; Deodorants und desodorierende Mittel für Textilstoffe, Sitzbezüge, Teppiche und Luft; Mittel zur Neutralisierung von Gerüchen.

B.

Alle vier Gesuche wurden von der Vorinstanz je mit Schreiben vom 24. Januar 2007 beanstandet. Es wurde ausgeführt, im vorliegenden Warenbereich der Wasch-, Reinigungs- und Lufterfrischungsmittel gebe es eine grosse Anzahl verschiedenartiger Behälterformen. Darüber hinaus könnten diese Formen in den unterschiedlichsten Gestaltungen auftreten. Die vorliegenden Zeichen wichen nicht genügend von den banalen Formen in diesem Warenssegment ab, und der Abnehmer erkenne darin keinen betrieblichen Herkunftshinweis. Die Zeichen könnten daher als zum Gemeingut gehörig nicht als Marken eingetragen werden.

Mit Eingaben vom 23. März 2007 stellte sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, die von der Rekurskommission für geistiges Eigentum geforderten Voraussetzungen an die Schutzfähigkeit der hinterlegten Schutzobjekte seien klar erfüllt, da die Flaschen nicht praktisch seien, sich aber dafür durch eine unübliche Ästhetik auszeichneten. Die Flaschen würden nicht als übliche Flaschen wahrgenommen, sondern erinnerten eher an ein längliches Tier, das sich durch einen flachgedrückten Kopf mit einem grossen Mund auszeichne. Das spitz abstehende Element am Kopfteil erinnerten an einen Kehlkopf oder an den unteren Teil des Kammes eines Hahns. Dieser Eindruck werde durch die Farbe pink (Gesuch Nr. 60570/2006) respektive orange (Gesuch Nr. 60573/2006) noch weiter unterstrichen. Die Farbe grün (Gesuch Nr. 60571/2006) lasse auch die Folgerung zu, dass es sich um einen Frosch handle, während die Farbe blau (Gesuch Nr. 60574/2006) eher an einen Wasservogel denken lasse. Im Weiteren verwies sie auf Voreintragungen in Deutschland, Frankreich und Spanien.

Die Vorinstanz hielt je mit Schreiben vom 6. Juni 2007 an ihren Beanstandungen fest. Sie erklärte im Wesentlichen, der Abnehmer erkenne in den vorliegenden Flaschenformen einzig eine banale Form mit zusätzlich enthaltenen funktionalen und ästhetischen Elementen, aber keine unübliche ästhetische Ausgestaltung der Zeichen. Daran ändere auch die Berücksichtigung der Farbansprüche nichts. Die einzelnen Elemente seien auch nicht in überraschender Art und Weise kombiniert. Schliesslich wies sie darauf hin, dass den ausländischen Vorein-

tragungen keinerlei Indizwirkung zukomme, da es sich um klare Fälle handle.

Die Beschwerdeführerin bekräftigte mit Eingaben vom 21. September 2007 ihren Standpunkt. Im Weiteren hielt sie fest, die von der Vorinstanz anfangs Juni 2007 vorgenommene Internet-Recherche liefere keine verwendbaren Informationen: Sie zeige keine einzige vergleichbare Flasche, und aus den Bildern gehe der Zusammenhang mit der Schweiz nicht klar hervor. Zudem vermöge die Recherche keine Auskunft darüber zu geben, welche Verpackungsformen im November 2006 (Zeitpunkt der Anmeldungen) für die beanspruchten Waren üblich gewesen seien.

Mit Verfügungen vom 21. Dezember 2007 wies die Vorinstanz die Markeneintragungsgesuche Nr. 60570/2006, 60571/2006, 60573/2006 und 60574/2006 für sämtliche Waren der Klasse 3 (ausser für Potpourris und Duftholz) und der Klasse 5 ab; hinsichtlich Potpourris und Duftholz (Klasse 3) gab sie den Markeneintragungsgesuchen statt. Zur Begründung führte sie aus, die vorliegenden Behälter wiesen im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren – ausser für Potpourris und Duftholz – rein funktionale und ästhetisch motivierte Eigenheiten auf. Um im Sinne eines Herkunftshinweises im Gedächtnis der Abnehmer haften zu bleiben, müsste die Form zudem für diese Waren auf eindeutige Art und Weise vom Gewohnten und Erwarteten abweichen. Aber weder die Kombination noch die Auswahl der Elemente, die die Form ausmachten, vermöchten dieses Kriterium zu erfüllen. Auch die auf der Form zusätzlich angebrachten zweidimensionalen Elemente (4 respektive 3 Farben) vermöchten den Zeichen keine Kennzeichnungskraft zu verleihen, weil gerade im beanspruchten Warenssegment mehrfarbige Ausgestaltungen üblich und gebräuchlich seien und oftmals als Hinweis auf Beschaffenheit oder Wirkung dieser Waren dienten. Darüber hinaus würden sie vom Abnehmer auch als rein ästhetische Komponente wahrgenommen. Lediglich für die beanspruchten Potpourris und Duftholz seien die vorliegenden Behälter nicht üblich und gebräuchlich, weil beide Waren auf Grund ihrer Beschaffenheit nicht mit Spritzbehältern verteilt würden.

C.

Gegen die vier Verfügungen vom 21. Dezember 2007 erhob die Beschwerdeführerin am 25. Januar 2008 einzeln Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht (Markenanmeldung Nr. 60573/2006 = Ver-

fahren B-498/2008, Markenmeldung Nr. 60574/2006 = Verfahren B-499/2008, Markenmeldung Nr. 60570/2006 = Verfahren B-500/2008 und Markenmeldung Nr. 60571/2006 = Verfahren B-501/2008). Sie beantragt, die angefochtenen Verfügungen seien insoweit aufzuheben, als die angemeldeten Zeichen zurückgewiesen worden seien, und die Vorinstanz sei anzuweisen, die angemeldeten Zeichen für alle beanspruchten Waren einzutragen. Zur Begründung führt sie aus, der der Anmeldung zu Grunde liegende Behälter stelle für den Durchschnittskonsumenten keine übliche Sprühflasche dar, die er in dieser Ausgestaltung erwarten würde. So sei der Behälter nicht funktional ausgestaltet, sondern höchstens technisch beeinflusst. Zwar möge die Ausgestaltung des Behälters für den Durchschnittskonsumenten ästhetisch wirken, doch sei dies nicht der Grund, weshalb der Behälter als unüblich und unerwartet wahrgenommen werde. Denn die Form sei einzigartig (ungebräuchliche Sprühvorrichtung, die an den Kopf eines Tieres gemahne; Sprühstift, der wie der Kamm eines Tieres wirke; über das Standelement gestülptes Kopfteil; noch oben Gerecktheit der Sprühvorrichtung) und sie hebe sich im Gestell von den übrigen Verpackungen für solche Behälter ab, weil die Sprühvorrichtung sowohl von der Seite aus als auch frontal betrachtet den Eindruck mache, die Flasche würde in Kürze quaken oder piepsen, weil sie eben wie ein Tierkopf aussehe. Die Farben unterstützten diese Wahrnehmung noch zusätzlich. Da der vorliegend zu beurteilende Behälter im Gestell heraussteche, sähen die Durchschnittskonsumenten bei dessen Wahrnehmung nicht eine Verpackung für Putzmittel oder Lüfterfrischer, sondern eben den Behälter als solchen. Deshalb wirke er zweifellos als betrieblicher Herkunftshinweis. Schliesslich stelle der Behälter im Hinblick auf seine Schutzfähigkeit zumindest einen Grenzfall dar, weshalb die ausländischen Voreintragungen zu berücksichtigen seien.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 31. Januar 2008 vereinigte das Bundesverwaltungsgericht die Verfahren B-498/2008, B-499/2008, B-500/2008 und B-501/2008 zum Verfahren B-498/2008.

E.

Mit Vernehmlassung vom 28. April 2008 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerden seien unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin vollumfänglich abzuweisen. Zur Begründung verweist sie auf ihre Ausführungen vom 6. Juni 2007 und die Verfügungen vom 21. Dezem-

ber 2007. Ergänzend hält sie im Wesentlichen fest, die verschiedenen bestehenden Sprühflaschenformen zeigten, dass es sowohl Behälterformen als auch Sprühvorrichtungen unterschiedlichster Art gebe. Ein Vergleich der vorliegend strittigen Sprühflaschenform mit den üblichen Gestaltungselementen von Sprühflaschenformen zeige, dass auch sie nur aus der Kombination banaler Gestaltungselemente bestehe. Die einzig feststellbare Abweichung der vorliegenden Flasche zu den üblichen Formelementen bestehe darin, dass der Deckelabschluss nicht waagrecht um die Flasche herum verlaufe, sondern zungenförmig am hinteren Flaschenteil weiter nach unten auslaufe als am vorderen Flaschenteil. Doch diese Gestaltung des Sprühkopfes wirke vom Aspekt des Designs her nicht unerwartet, weil der Abschluss des Sprühkopfes unten die gleiche Laufrichtung habe wie oben. Die zungenförmige Färbung zeige dem Konsumenten zudem genau an, wo er mit der Handfläche anzusetzen habe, um die Flasche optimal zu bedienen. Eine zu den bestehenden Formelementen derart minimale Abweichung, die zudem lediglich funktional und ästhetisch bedingt sei, werde nicht als Hinweis auf eine bestimmte betriebliche Herkunft wahrgenommen. Auch die Kombination der verschiedenen Formelemente, obwohl sie genau so noch nicht auf dem Markt existiere, weiche nicht in dem Sinn vom Gewohnten und Erwarteten ab, dass sie als Hinweis auf eine bestimmte betriebliche Herkunft verstanden würde. Die Form sei zudem für alle beanspruchten Waren der Klassen 3 und 5, die flüssig oder pulverförmig seien, als funktional zu bezeichnen. Zur farblichen Ausgestaltung sei festzuhalten, dass im vorliegend beanspruchten Warensegment Farben sowohl auf deren Wirkstoffe wie auch auf deren Duftrichtung hinwiesen. Die konkret beanspruchten Farben Weiss, Blau, Grün, Türkis, Pink und Orange würden deshalb alle als beschreibende Hinweise auf die Waren selber aufgefasst. Daran vermöchten auch die Helligkeitsstufen nichts zu ändern, denn sie stellten ein rein ästhetisches und dekoratives Stilmittel dar, das zu wenig auffalle, als dass es als Unterscheidungs- und Identifikationsmerkmal dienen könnte. Schliesslich gleiche das Zeichen nicht annähernd einer stilisierten Vogelform. Dafür fehle es dem unteren Bereich des Behälters an einem entsprechenden Abschluss.

Mit Replik vom 2. Juni 2008 hielt die Beschwerdeführerin an ihrem Antrag fest und teilte mit, sie verzichte auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Die Vorinstanz verzichtete mit Eingabe vom 11. Juni 2008 auf die Einreichung einer Duplik und beantragt, unter Hinweis auf die Begründung der angefochtenen Verfügungen sowie der Vernehmlassung, die Beschwerde unter Kostenfolge abzuweisen.

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 Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]).

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügungen durch diese beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [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), der Vertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerden ist daher einzutreten.

2.

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 oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Marken können insbesondere in dreidimensionalen Formen bestehen (Art. 1 Abs. 2 MSchG).

Vom Markenschutz ausgeschlossen sind Zeichen, die Gemeingut sind, es sei denn, dass sie sich als Marke für die Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben, für die sie beansprucht werden (Art. 2

Bst. a MSchG). Diesen Zeichen fehlt die erforderliche Unterscheidungskraft oder es besteht an ihnen ein Freihaltebedürfnis.

2.1 Mit Bezug auf Formen gelten insbesondere als Gemeingut einfache geometrische Grundelemente sowie Formen, 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 (BGE 4A_170/2008 E. 2.3.1 – Panton-Stuhl, BGE 133 III 342 E. 3.1 - Verpackungsbehälter aus Kunststoff, BGE 129 III 514 E. 4.1 - Lego, BGE 120 II 307 E. 3b - The Original). Formen, die das Publikum auf Grund der Funktion des Produkts voraussetzt, gelten als erwartet (BGE 120 II 310 E. 3b - The Original). Bei der Beurteilung ist zu berücksichtigen, dass die Abnehmerkreise in einer Waren- oder Verpackungsform grundsätzlich die Gestaltung der Ware respektive der Verpackung selber sehen und nicht einen betrieblichen Herkunftshinweis (BGE 4A_170/2008 E. 2.3.4 – Panton-Stuhl, BGE 130 III 328 E. 3.5 - Swatch; Urteil des Bundesgerichts 4A.15/2006 vom 13. Dezember 2006 E. 5 – Wellenflasche).

2.2 Die Gemeinfreiheit von Formen ist insbesondere danach zu beurteilen, ob im beanspruchten Waren- oder Dienstleistungsbereich ähnliche Formen bekannt sind, von denen sich die beanspruchte Form nicht durch ihre Originalität abhebt. Dabei ist nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Originalität der Abweichungen im Vergleich zu den bisher im beanspruchten Warenssegment üblichen Formen zu bestimmen, wenn zu beurteilen ist, ob ein bestimmtes Gestaltungsmittel als Herkunftshinweis im Sinne des Markenrechts verstanden wird (BGE 133 III 342 E. 3.3 - Verpackungsbehälter aus Kunststoff, mit Verweis u.a. auf BGE 129 III 514 E. 4.2 – Lego).

2.3 Ästhetische Gestaltungsmittel erschöpfen sich häufig darin, der Ware oder der Verpackung ein attraktives Design zu verleihen. Sie sind jedoch nicht von vornherein ungeeignet, einem Zeichen im markenrechtlichen Sinn Unterscheidungskraft zu verleihen. Ob ein ästhetisches Stilelement auch als betrieblicher Herkunftshinweis erkannt wird, ist im Einzelfall zu prüfen. Entscheidend ist stets die Frage, ob der Konsument im fraglichen Zeichen (originär) einen Hinweis zur Identifikation des Produktherstellers sieht (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-6050/2007 vom 20. Februar 2008 E. 6 - Panton-Stuhl, und B-564/2007 vom 17. Oktober 2007 E. 6 - Behälter für Körperpflegemittel, je mit Verweis auf: MARKUS INEICHEN, Die Formmarke im Lichte

der absoluten Ausschlussgründe nach dem schweizerischen Markenschutzgesetz, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil [GRUR Int.] 2003, S. 193 ff., S. 200). Dabei darf die der Marke in Art. 1 Abs. 1 MSchG auferlegte Zielsetzung, als Unterscheidungsmerkmal zu dienen, nicht aus den Augen verloren werden (Entscheid der Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] in: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!] 2004 S. 99 E. 4 - Diortasche). Nur solche Formelemente, die der Konsument nicht mehr wegen ihrer ästhetischen Attraktivität, unter dem Gesichtspunkt des Designs, erwartet, können als Herkunftszeichen Unterscheidungskraft haben (RKGE in sic! 2004 S. 99 E. 4 - Diortasche, mit Verweis auf: PETER HEINRICH / ANGELIKA RUF, Markenschutz für Produktformen?, in sic! 2003 S. 395 ff., S. 402).

3.

Die Schutzfähigkeit eines Zeichens ist nach Massgabe des Hinterlegungsgesuches zu prüfen (BGE 120 II 307 E. 3a - The Original; RKGE in sic! 2006 S. 264 E. 5 - Tetrapack).

3.1 Die Abbildungen der angemeldeten, hinsichtlich der Form identischen Zeichen zeigen einen Behälter. Da das Zeichen somit die Ware selbst verkörpert, stellt es eine Formmarke im engeren Sinne dar (BGE 120 II 307 E. 2a - The Original, mit Verweisen; CHRISTOPH WILLI, Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 2 N. 195; MAGDA STREULI-YOUSSEF, Zur Schutzfähigkeit von Formmarken, in sic! 2002 S. 794 ff., S. 795).

3.2 Konkret besteht das Zeichen aus einem zylinderförmigen Behälter mit aufgesetzter blauer Verschlusskappe (gemäss der Darstellung der Beschwerdeführerin ist die Verschlusskappe bei der Markenmeldung 60574/2006 türkis). Diese verengt sich im obersten Fünftel der Form taillenförmig, und findet danach einen knaufförmigen, schräg von links unten nach rechts oben gerichteten, ovalen Abschluss. Der obere Abschluss der Verschlusskappe ist gegen oben gewölbt und pink (Markenmeldung 60570/2006), grün (Markenmeldung 60571/2006), orange (Markenmeldung 60573/2006) respektive blau (Markenmeldung 60574/2006) eingefärbt. Der untere Abschluss der Verschlusskappe ist parallel zum oberen Abschluss, d.h. schräg nach unten, angeordnet. Rechts oberhalb der taillenförmigen Verengung ragt ein schlanker, weisser Hebel (vermutlich zur Betätigung der Sprüh-

funktion) nach unten. Der untere Bereich der Flasche ist pink (Markenanmeldung 60570/2006), grün (Markenanmeldung 60571/2006), orange (Markenanmeldung 60573/2006) respektive blau (Markenanmeldung 60574/2006) eingefärbt, der obere Teil der Flasche (unterhalb der Verschlusskappe) bei allen vier Markenanmeldungen türkis. Die Mitte der Flasche ist jeweils weiss.

3.3 Das strittige dreidimensionale Zeichen beansprucht, soweit hier interessierend, Schutz für folgende Waren:

Klasse 3:

Wasch- und Bleichmittel und sonstige Mittel für die Textilpflege; Mittel für die Pflege, Behandlung und Verschönerung von Textilstoffen; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; Weihrauch; Öle für Parfums und Duftstoffe; Duftwasser für Haushaltszwecke und zur Verwendung an Textilstoffen; Textilerfrischer; Aromastoffe; ätherische Öle; Räuchermittel zum Abgeben an die Luft, Atmosphäre oder an Textilstoffe in Form von Rauch, Dampf oder Gas; Mittel zum Parfümieren oder Beduften der Luft.

Klasse 5:

Lufterfrischer; Luftreinigungsmittel; Raumlüfterfrischer; Deodorants und desodorierende Mittel für Textilstoffe, Sitzbezüge, Teppiche und Luft; Mittel zur Neutralisierung von Gerüchen.

Es handelt sich somit im weitesten Sinne um flüssige, pulverförmige oder gasförmige Mittel für die Textilpflege, zum Putzen und zum Neutralisieren respektive Beduften der Luft oder von Textilien.

3.4 Abnehmer der genannten Waren sind unbestrittenermassen die schweizerischen Durchschnittskonsumenten. Der Gesamteindruck, der das Zeichen bei ihnen hinterlässt, ist massgebend für die Beurteilung der Unterscheidungskraft desselben (BGE 133 III 342 E. 4 - Verpackungsbehälter aus Kunststoff; RKGE in sic! 2006 S. 264 E. 6 - Tetrapack; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 41 und 124).

4.

Nachfolgend ist zu untersuchen, ob der hinterlegten Form aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise für die beanspruchten Waren die markenrechtlich erforderliche Unterscheidungskraft zukommt.

4.1 In der angefochtenen Verfügung untersuchte die Vorinstanz zunächst die Formenvielfalt im Bereich der beanspruchten Waren. Sie erklärte hierzu einleitend, der im massgeblichen Warensegment vorzufindende Formschatz sei insofern von Bedeutung, als es bei grosser Formenvielfalt schwieriger sei, eine nicht banale Form zu schaffen, die

von den Abnehmern als betrieblicher Herkunftshinweis und nicht als dekoratives Element oder technisches Beiwerk verstanden werde.

Diese Formel wird von der Beschwerdeführerin kritisiert. Sie hält fest, bei der Prüfpraxis der Vorinstanz gehe es darum, ungerechtfertigte Monopolrechte zu verhindern. Wenn es aber eine grosse Formenvielfalt gebe, bestehe kein Problem der Monopolisierung.

Mit der Vorinstanz ist dafür zu halten, dass sich dieses Argument auf den Aspekt des Freihaltebedürfnisses des Zeichens bezieht und für die hier massgebende Frage der Unterscheidungskraft irrelevant ist (vgl. WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 42; EUGEN MARBACH, Markenrecht, in: Roland von Büren / Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Band Kennzeichenrecht, Basel und Frankfurt a.M. 1996 [nachfolgend: Marbach, SIWR III], S. 35). Es besteht für das Bundesverwaltungsgericht daher kein Anlass, von der eingangs genannten Formel hinsichtlich der Schaffung banaler, unterscheidungskräftiger Formen bei grosser Formenvielfalt abzurücken (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2374/2007 vom 10. März 2008 E. 5.3 - Parfümflasche und B-7419/2006 vom 5. Dezember 2007 E. 3.2 – minituarisierte Toilette; MAGDA STREULI-YOUSSEF, a.a.O., S. 796).

4.2 Konkret kam die Vorinstanz zum Schluss, die Formenvielfalt im beanspruchten Warenssegment sei gemäss der allgemeinen Lebenserfahrung gross. Dies bestätige eine Internet-Recherche mit der Suchmaschine „Google“, die auch Seiten aus der Schweiz aufweise. So würden Spritz-Behälter für Wasch-, Reinigungs-, Geruchs- und Lüfterfrischungsmittel sehr oft in runder, dreieckiger, viereckiger und rechteckiger Form produziert. Sie besäßen ebenso häufig einen länglichen und abgerundeten Kopfteil mit einer Einbuchtung, die als Haltegriff diene, sowie einen zusätzlichen Stift zur Betätigung der eingebauten Spritzvorrichtung mit einem oder mehreren Fingern. Auch in Bezug auf die farbliche Ausgestaltung herrsche im betreffenden Warenssegment eine grosse Vielfalt. Gerade bei Wasch- und Reinigungsmitteln komme die mehrfarbige Aufteilung nicht unerwartet, denn sie werde oft verwendet, um auf verschiedene Wirkstoffe oder Wirkungen hinzuweisen. Auch bei Desodorants und Lüfterfrischungsmitteln stelle die Farbe oft einen Hinweis auf deren Zusammensetzung oder umweltfreundliche Wirkung dar.

Bezüglich der von der Vorinstanz getätigten Internet-Recherche bemängelte die Beschwerdeführerin, diese sei nicht im massgeblichen

Zeitpunkt der Anmeldung (November 2006), sondern im Dezember 2007 durchgeführt worden. Somit könne nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass ihr neuer Behälter diese Sprühflaschen nicht beeinflusst habe.

Dem ist entgegen zu halten, dass für die Beurteilung, ob die angemeldeten Behälter durch unterscheidungskräftige Merkmale vom Erwarteten und Gewohnten abweichen, der Zeitpunkt des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts massgebend ist. Daher sind allfällige nach dem Zeitpunkt der Anmeldung im November 2006 neu auf dem Markt erschienene Behälter als Vergleichsgrössen zu berücksichtigen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7419-2006 vom 5. Dezember 2007 E. 6.1 a. E., mit Verweisen - miniaturisierte Toilette). Somit sind die Belege, welche die Vorinstanz auf Grund ihrer Internet-Recherche gewonnen hat, verwertbar. Diese zeigen, dass die Formen- und Farbenvielfalt von Verpackungen im Bereich der beanspruchten Waren der Klassen 3 und 5 gross ist. Das Publikum ist sich dementsprechend gewohnt, Verpackungen für flüssige, pulverförmige oder gasförmige Mittel für die Textilpflege, zum Putzen und zum Neutralisieren respektive Beduften der Luft oder von Textilien in mannigfaltigen Formen und Farben anzutreffen.

4.3 Hinsichtlich der angemeldeten Form erwog die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung, weder die Kombination noch die Positionierung der zwei- und dreidimensionalen Elemente sei derart, dass sich daraus ein unterscheidungskräftiges Ganzes ergebe, welches soweit vom bekannten Formenschatz auf dem Markt abweiche, dass es im Gedächtnis der Abnehmer durch seine Originalität haften bleibe. Der Abnehmer erkenne in den vorliegenden Behältern einzig eine üblichen und gebräuchlichen Formen nahestehende Ausgestaltung mit zusätzlichen funktionalen und ästhetischen Elementen. Der Behälter sei insofern funktional ausgestaltet, als die asymmetrische längliche Formgebung des Kopfteils das bessere Zielen mit dem Spritzbehälter erlaube und das Abschrauben respektive Öffnen des Kopfteils erleichtere. Der schräg nach oben gerichtete Kopfteil diene dazu, dass das Spritzen weiterhin horizontal erfolgen könne, wenn der Behälter leicht nach vorne gekippt und die innere Flüssigkeit der Spritzvorrichtung besser entgegengedrückt werde. Die rundherum verlaufende Einbuchtung diene zum besseren Halt des Behälters in der Hand. Dasselbe gelte für den am Behälter angebrachten Stift, der den Fingern beim Spritzvorgang Halt biete und durch das Zusammendrücken derselben den Spritzvor-

gang erst ermögliche. In der Vernehmlassung vom 28. April 2008 fügte sie hinzu, die einzig feststellbare Abweichung der vorliegenden Flasche zu den üblichen Formelementen bestehe darin, dass der Deckelabschluss nicht waagrecht um die Flasche herum verlaufe, sondern zungenförmig am hinteren Flaschenteil weiter nach unten auslaufe als am vorderen Flaschenteil.

Die Beschwerdeführerin hält die hinterlegten Formmarken aus folgenden Gründen für unterscheidungskräftig: Einerseits sei die Form einzigartig, weil sie eine ungebräuchliche Sprühvorrichtung aufweise, die an den Kopf eines Tieres gemahne. Zudem wirke der Sprühstift wie der Kamm eines Tieres. Im Weiteren sei der Kopfteil über das Standelement gestülpt und die Sprühvorrichtung nach oben gereckt. Andererseits hebe sich die Form im Gestell von den übrigen Verpackungen für solche Behälter ab, weil die Sprühvorrichtung sowohl von der Seite aus als auch frontal betrachtet den Eindruck mache, die Flasche würde in Kürze quaken oder piepsen, weil sie wie ein Tierkopf aussehe. Die Farben unterstützten diese Wahrnehmung noch zusätzlich. Zudem bestreitet die Beschwerdeführerin, dass der Behälter funktional sei; er sei lediglich technisch mitbeeinflusst. Zudem sei der Behälter nicht ausschliesslich nur schön, sondern zeichne sich insofern durch seine Originalität aus, als er nicht nur an eine Sprühflasche, sondern auch an einen Vogelkopf erinnere. Vogel- oder Tierkörper dienten üblicherweise nicht als Lagermedien für Flüssigkeiten.

4.3.1 Vorauszuschicken ist, dass sich die Beschwerdeführerin von ihrem grundsätzlichen Argument, der Behälter sei nicht funktional, sondern lediglich technisch mitbeeinflusst, nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Denn technisch mitbeeinflusste Formen, d.h. Formgebungen, die zwar technisch nützlich, aber nicht technisch bestimmt sind, sind zwar grundsätzlich schutzfähig, können sich indessen in Formen des Gemeinguts erschöpfen (BGE 129 III 514 E. 2.4.4 – Lego; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7397/2006 vom 4. Juni 2007 E. 5 – Gitarrenkopf), weshalb das Bundesverwaltungsgericht auch bei einer allfälligen technischen Mitbeeinflussung der angemeldeten Formen nicht umhin kommt, deren Gemeingutcharakter zu prüfen. Im Rahmen dieser Prüfung wird auch zu untersuchen sein, ob diese Formen als funktional und insofern als erwartet gelten (vgl. BGE 120 II 310 E. 3b - The Original).

4.3.2 Das angemeldete Zeichen besteht zur Hauptsache aus einem aufrecht stehenden Zylinder und somit aus einem einfachen geometrischen Grundelement, das zum Gemeingut zu zählen ist (RKGE in sic! 2007 S. 529 E. 5 – Verdrehte Flasche [3D]).

Die anschliessende taillenförmige Verengung der Flasche ist insofern als funktional zu qualifizieren, als die Flasche dem Benutzer dank dieser Verengung besser in der Hand liegt und weniger gut wegrutschen kann, wenn er die Sprühfunktion des Behälters mittels Herabdrücken des zweckmässig angebrachten weissen Hebels betätigt. Im Weiteren ist die Ausrichtung der Verschlusskappe nach schräg oben aus folgenden Gründen praktisch, wenn - wie zu vermuten ist - das herauszusprühende Mittel am oberen Ende hinaustritt. Denn wenn sich im Behälter eine Flüssigkeit zum Beduften der Luft o.ä. befindet, ist es von Vorteil, wenn sich die Flüssigkeit - bedingt durch die Ausrichtung der Verschlusskappe nach schräg oben - zunächst im oberen Bereich des zu beduftenden Raumes verteilt, bevor sie sich dem Gesetz der Schwerkraft folgend nach unten bewegt. Wenn sich im Behälter dagegen beispielsweise WC-Reinigungsmittel befindet, kann der Behälter waagrecht zum Reinigen des inneren WC-Randes benutzt werden, ohne dass sich der Benutzer mit dem Reinigungsmittel selbst bespritzt.

Nicht von funktionaler Bedeutung, sondern ästhetischer Natur ist die Art, wie die Verschlusskappe auf dem Behälter angebracht ist: Sie scheint über die Flasche gestülpt worden zu sein, und zwar im hinteren Bereich weiter hinunter als im vorderen Bereich – ähnlich wie eine über den Kopf gezogene Badekappe aus Gummi. Die Vorinstanz beschreibt diese Gestaltung als zungenförmiges Auslaufen des unteren Deckelabschlusses. Sie weist zu Recht darauf hin, dass der obere und untere Deckelabschluss parallel verlaufen und daher die Gestaltung des unteren Deckelabschlusses vom Aspekt des Designs her nicht unerwartet wirkt. Ausserdem läuft die Verschlusskappe derart um den Behälter herum, dass sie sich der Auflagefläche der den Behälter haltenden Hand anpasst. Mit anderen Worten zieht sich die Verschlusskappe dort weiter nach unten, wo der Handballen auf dem Behälter aufliegt, während der Deckel dort, wo die weniger Fläche beanspruchenden Finger hingehalten werden, weiter oben seinen Abschluss findet. Der Durchschnittskonsument wird eine derart gestaltete und – wie bereits ausgeführt – funktional geformte Verschlusskappe demnach als zweckmässigen, und doch schön gestalteten Griff wahrnehmen. Für ihn ist die Gestaltung der Verschlusskappe somit nicht derart

unerwartet, dass sie der Form Unterscheidungskraft zu verleihen vermag.

Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin erkennt das Bundesverwaltungsgericht in der Verschlusskappe keinen Tier-, respektive Vogelkopf. Mit einiger Fantasie lässt sich – anschliessend an die von der Beschwerdeführerin als „Hals“ bezeichnete taillenförmige Verengung der Flasche – die Silhouette eines stilisierten Entenkopfes ausmachen. Doch da der Kopf sehr gedrunken und ein Schnabel nur ansatzmässig zu erkennen ist – im Gegensatz etwa zum auffällig geformten Hals und Schnabel der „WC-Ente“ (vgl. Beilage 7 S. 5 der angefochtenen Verfügung) – wird sich die Assoziation mit einem Tierkopf beim Durchschnittskonsumenten nicht aufdrängen.

Die verschiedenen Elemente des strittigen Zeichens sind auch nicht in ungewöhnlicher Art und Weise so zusammengefügt, dass sich das Zeichen im Gesamteindruck vom gewöhnlichen Formenschatz abheben würde.

4.4 Da es auch bei der Beurteilung einer Formmarke letztlich auf den optischen Gesamteindruck ankommt, bleibt zu prüfen, ob die von der Beschwerdeführerin angemeldeten Farbansprüche etwas am soeben Ausgeführten zu ändern vermögen. Zunächst ist festzuhalten, dass die Farbgebung entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin von der Vorinstanz nicht „völlig vernachlässigt“ worden ist. Sie widmete sich diesem Thema in den Ziffern B.16, B.17 und B.20 der angefochtenen Verfügung zwar nicht ausführlich, doch ausreichend.

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin bewirkt die „raffinierte“ Anordnung der Farben auf der Sprühvorrichtung, dass die nach oben gereckte Sprühvorrichtung als Tierkopf, in erster Linie als Vogelkopf, wahrgenommen wird. Dies ergebe sich nicht zuletzt aus dem Umstand, dass viele Vögel auf ihrem Kopf ein mehrfarbiges Federkleid hätten.

Bei Reinigungs- und Waschmitteln sowie Waren im Bereich der Körper- und Schönheitspflege sowie deren Verpackungen ist die farbliche Ausgestaltung oft weniger auf ästhetische Gründe zurückzuführen, sondern weist vielmehr auf Eigenschaften, den Verwendungszweck oder das Vorhandensein von Wirk- oder Duftstoffen hin. So wird die Verwendung von Blau und Weiss bei Reinigungsmitteln als nicht kennzeichnungskräftig erachtet, weil in diesem Warenssegment verschiede-

ne Farben einen Hinweis auf die im Reinigungsmittel enthaltenen Wirkstoffe geben (RKGE in sic! 2003 S. 498 E. 10 - Weissblaue Seifenform [fig.]; vgl. auch RKGE in sic! 2004 S. 674 E. 5 – Eiform [3D]). Bei Waschmitteln steht die Farbe Weiss für die zu erzielende Reinheit, Blau und Grün sind Farben des Wassers, wobei Grün auch auf die Umweltverträglichkeit hinweist (Urteil des Bundesgerichts 4A.6/1999 vom 14. Oktober 1999 E. 3c, in sic! 2000 S. 286 – Runde Tablette). Gelb steht für Zitronenfrische, und bei Babyprodukten sind häufig Pastellfarben anzutreffen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7419/2006 vom 5. Dezember 2007 E. 6.2 – minituarisierte Toilette).

Diese Grundsätze können vollumfänglich auf das vorliegend beanspruchte Warenssegment – Mittel für die Textilpflege, zum Putzen und zum Beduften respektive Neutralisieren der Luft oder von Textilien – übertragen werden. Das von allen angemeldeten Marken beanspruchte Weiss ist demnach ein Zeichen für Reinheit (von Textilien, Räumen, Luft etc). Blau und das ihm verwandte Türkis stehen für Wasser und möglicherweise auch für eine maritime Duftnote. Auch bei den im Weiteren beanspruchten Farben pink, orange und grün wird der Konsument eine bestimmte Duftnote vermuten: Pink lässt auf Rosenduft, Orange auf Orangenduft und Grün auf Apfel-, Wiesen- oder Waldduftnoten schliessen (vgl. Beilage 11 zur Vernehmlassung). Die Behälter sind nicht derart eingefärbt, dass sie Assoziationen zu einem Tierkopf, insbesondere einem Vogelkopf, wecken. So hebt sich beispielsweise bei Vögeln die Farbe des Schnabels regelmässig von der Farbe des Gefieders ab (vgl. etwa www.vogelwarte.ch / Vögel der Schweiz / Pirol). Beim vorliegend zu beurteilenden Behälter ist dagegen nicht der vordere Teil, sondern der „Kopfteil“ des Sprühkopfes andersfarbig.

Hinsichtlich des Arguments der Beschwerdeführerin, an vergleichbaren Behältern sei die Farbe pink (Markenanmeldung Nr. 60570/2006), blau (Markenanmeldung Nr. 60571/2006), orange (Markenanmeldung Nr. 60573/2006) respektive türkis (Markenanmeldung Nr. 60574/2006) selten anzutreffen, die Farbkombinationen pink, blau und türkis (Markenanmeldung Nr. 60570/2006), blau, grün, türkis (Markenanmeldung Nr. 60571/2006) respektive orange, blau und türkis (Markenanmeldung Nr. 60573/2006) noch seltener, ist festzuhalten, dass nach einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts bei Verpackungen für Mittel zur Textilpflege, Putz-, Polier- und Fettentfernungsmittel der Klasse 3 diverse knallige respektive leuchtende Farben und auffällige Farbkombinationen verbreitet sind (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

B-7419/2006 vom 5. Dezember 2007 E. 6.2 – minituarisierte Toilette). Das Bundesverwaltungsgericht hat auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung keine Veranlassung, im vorliegenden Fall von dieser Meinung abzurücken.

Im Weiteren vermag auch der Umstand, dass im zylinderförmigen Teil des Behälters die Farben ineinanderfliessen, den angemeldeten Formen keine Unterscheidungskraft zu verleihen, da dieses Stilelement im Gesamteindruck zu schwach wirkt (vgl. auch RKGE in sic! 2003 S. 498 E. 10 – Weissblaue Seifenform [fig.]).

Festzuhalten ist daher, dass die konkret beanspruchten Farben alle als beschreibende Hinweise auf die Waren selber aufgefasst werden und die von der Markenanmelderin gewählten Farbkombinationen als erwartet zu betrachten sind.

4.5 Im Gesamteindruck erscheinen die angemeldeten Formen somit nur als – ästhetisch attraktive – Varianten von gewöhnlichen Formen und Farbgebungen von Spritzbehältern. Sie geben dem Konsumenten somit eher einen Hinweis auf die Ware selbst als auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen.

4.6 Im Weiteren argumentiert die Beschwerdeführerin, der angemeldete Behälter sei neu entwickelt und mit Preisen der Verpackungsindustrie ausgezeichnet worden. Zudem finde sich auf den Bildern, die die Vorinstanz bei ihrer Internet-Recherche zu Tage gefördert habe, kein Behälter, der wie der Gegenstand der Anmeldung ausgebildet sei.

Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass Neuheit kein markenrechtliches Kriterium, sondern ein solches des Patent- und Designrechts ist. Entscheidend ist auch nicht, dass die zu beurteilende Form sich von den Konkurrenzprodukten unterscheidet. Denn auch der blosse Umstand, dass eine Form nur durch ein einziges Unternehmen verwendet wird, bewirkt für sich allein nicht, dass sie nicht zum Gemeingut gehört. Massgebend ist einzig, dass die Abweichung von dem im betreffenden Warensegment üblichen Formenschatz für die Abnehmer unerwartet und ungewöhnlich ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8515/2007 vom 9. Juli 2008 E. 7.2 – Abfallhai [3D], mit Verweis auf RKGE in sic! 2005 S. 470 E. 8 - Wabenstruktur, und HEINRICH/RUF, a.a.O., S. 402; Urteil des Bundesgerichts 4A.15/2006 E. 5.2 - Wellenflasche). Dies ist nach dem Gesagten nicht der Fall.

5.

Schliesslich weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die strittigen Formen in Frankreich, Spanien und Deutschland sowie vom Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt als Gemeinschaftsmarken eingetragen worden seien. Sie wertet dies als Indiz für die Schutzfähigkeit der angemeldeten Formen in der Schweiz, insbesondere weil die Markenämter von Deutschland und Frankreich ähnlich streng prüften wie die Vorinstanz.

Ausländische Entscheide haben nach ständiger Praxis keine präjudizielle Wirkung (MARBACH, SIWR III, S. 30). In Zweifelsfällen kann jedoch die Eintragung in Ländern mit ähnlicher Prüfungspraxis ein Indiz für die Eintragungsfähigkeit sein (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6291/2007 vom 28. Mai 2008 E. 9 – *Corposana*, mit Verweis auf RKGE in sic! 2003 S. 903 - *Proroot*). Angesichts des klaren Gemeingutcharakters der strittigen dreidimensionalen Marken haben die ausländischen Voreintragungen indessen keine Indizwirkung für die Schweiz. Es handelt sich nicht um einen Grenzfall, bei dem allenfalls der Blick in die ausländische Prüfungspraxis den Ausschlag für die Eintragung geben könnte (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-7427/2006 vom 9. Januar 2008 E. 8 - *Chocolat Pavot* [fig.], und B-7407/2006 vom 18. September 2007 E. 8 - *Toscanella*; RKGE in sic! 2005 S. 875 E. 9 - *Stars for free*; RKGE 2004 S. 668 E. 8 - *PrimePower*).

6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die angemeldeten dreidimensionalen Marken Gemeingut im Sinne von Art. 2 Bst. a MSchG darstellen. Die Vorinstanz hat ihnen daher zu Recht den Schutz in der Schweiz verweigert.

Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen.

7.

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 Bundesverwaltungsge-

richt [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 mit Hinweisen). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Es sprechen keine konkreten Anhaltspunkte für einen höheren oder niedrigeren Wert der strittigen Marken.

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. 7'500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 8'000.- verrechnet. Der Beschwerdeführerin sind daher nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils Fr. 500.- aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

3.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. Markeneintragungsgesuche 60570/2006, 60571/2006, 60573/2006 und 60574/2006; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Vera Marantelli

Kathrin Bigler

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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 30. Oktober 2008