



Urteil vom 30. Oktober 2013

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),
Richter Pietro Angeli-Busi,
Richter Hans Urech,
Gerichtsschreiber Corrado Bergomi.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Robert Flury,
Zulauf Bürgi Partner, Wiesenstrasse 17,
Postfach 1258, 8034 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Teilweise Zurückweisung des Markeneintragungsgesuches
Nr. 56867/2011 - toppharm Apotheken (fig.);
Wort-/Bildmarke.

Sachverhalt:

A.

Am 9. Juni 2011 hinterlegte die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz das folgende Zeichen



als Wort-/Bildmarke ohne Farbanspruch. Die Marke wird für folgende Waren und Dienstleistungen der Klassen 3, 5, 9, 10, 16, 35, 36, 39, 41, 42, 43 und 44 gemäss dem Abkommen von Nizza über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken (Nizza-Klassifikation, SR 0.232.112.9) beansprucht:

Klasse 3: Seifen; Parfümerien; ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer; Zahnputzmittel; Alle vorgenannten Waren therapeutischer Wirkung.

Klasse 5: Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse und Babykost für medizinische Zwecke; Pflaster und Verbandsmaterial für medizinische Zwecke; Desinfektionsmittel.

Klasse 9: Wissenschaftliche Wäge-, Mess-, Kontrollapparate und -instrumente.

Klasse 10: Chirurgische, ärztliche, zahn- und tierärztliche Instrumente und Apparate, orthopädische Artikel; chirurgisches Nahtmaterial.

Klasse 16: Druckereierzeugnisse; Lehr- und Unterrichtsmaterial (ausgenommen Apparate).

Klasse 35: Werbung; Detailhandelsdienstleistungen; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Unternehmensberatung; Büroarbeiten.

Klasse 36: Immobilienwesen.

Klasse 39: Organisation und Durchführung von Reisen.

Klasse 41: Ausbildung und Weiterbildung.

Klasse 42: Durchführung von Qualitätskontrollen für Apotheken.

Klasse 43: Verpflegung; Beherbergung von Gästen.

Klasse 44: Gesundheits- und Schönheitspflege.

B.

Die Vorinstanz beanstandete das Eintragungsgesuch mit Schreiben vom 20. September 2011. Sie hielt fest, das gesamte Zeichen werde ohne Gedankenaufwand als "Apotheken mit / für super Pharmazeutika" verstanden. Für die Waren der Klassen 3, 5, 10, 16 und die Dienstleistungen der Klassen 41, 42 und 44 stelle die Zeichenkombination eine rein beschreibende Angabe dar, sei zum Gemeingut zu zählen und freihaltebedürftig. Die graphischen Elementen seien zudem schwach und genügten nicht, um dem Zeichen in seiner Gesamtheit einen unterscheidungskräftigen Charakter zu verleihen. Für die restlichen Waren der Klasse 9 und die Dienstleistungen der Klassen 35, 36, 39 und 43 sei das Zeichen indessen nicht direkt beschreibend und könne zum Markenschutz zugelassen werden.

C.

Am 4. November 2011 bestritt die Beschwerdeführerin die Auffassung der Vorinstanz und machte geltend, dass es sich beim hinterlegten Zeichen um ein Fantasiewort handle, für dessen Entschlüsselung die beteiligten Verkehrskreise eine beträchtliche Gedankenarbeit aufwenden würden. Die fantasievolle Buchstabenfolge, kombiniert mit einer komplexen Grafik, müsste zur Eintragungsfähigkeit des Zeichens führen. Schliesslich verwies die Beschwerdeführerin auf die im Jahre 2001 erfolgte Eintragung der Wort-/Bildmarke "toppharm" für identische Waren und Dienstleistungen, weshalb das vorliegende Zeichen auch aus Gründen der Gleichbehandlung einzutragen sei.

D.

Mit Stellungnahme vom 2. Februar 2012 hielt die Vorinstanz an der teilweisen Zurückweisung des Zeichens fest. Der bekannte Bedeutungsinhalt des vorliegenden Zeichens liege in den Begriffen "top" und "pharm". Je nach Zusammenhang zu den beanspruchten Waren und Dienstleistungen werde das Zeichen unter anderem als "hervorragende Pharmazie von Apotheken" und "Pharmazeutika von höchster Güte von Apotheken" verstanden. Im Zusammenhang mit den zum Markenschutz nicht zugelassenen Waren und Dienstleistungen erschöpfe sich das Zeichen in einer direkten sowie allgemein beschreibenden und anpreisenden Aussage. Aus der angeführten Voreintragung könne die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Gleichbehandlung ableiten.

E.

Mit Stellungnahme vom 8. März 2012 änderte die Beschwerdeführerin ihr Markeneintragungsgesuch, insofern als sie neu für die Farben rot, grau und weiss den Markenschutz beanspruchte.

F.

Mit Schreiben vom 31. Mai 2012 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, das hinterlegte Zeichen könne selbst in der neuen Ausgestaltung keinen kennzeichnungskräftigen Gesamteindruck hinterlassen, wobei sie an der teilweisen Zurückweisung des Gesuchs festhielt.

G.

Mit Stellungnahme vom 14. Juni 2012 beantragte die Beschwerdeführerin, das Zeichen sei in der geänderten Form für alle angemeldeten Waren und Dienstleistungen einzutragen.

H.

Mit Verfügung vom 13. September 2012 wies die Vorinstanz das Markeneintragungsgesuch für folgende Waren und Dienstleistungen zurück:

Klasse 3: Seifen; Parfümerien; ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer; Zahnputzmittel; Alle vorgenannten Waren therapeutischer Wirkung.

Klasse 5: Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse und Babykost für medizinische Zwecke; Pflaster und Verbandsmaterial für medizinische Zwecke; Desinfektionsmittel.

Klasse 10: Chirurgische, ärztliche, zahn- und tierärztliche Instrumente und Apparate, orthopädische Artikel; chirurgisches Nahtmaterial.

Klasse 16: Druckereierzeugnisse; Lehr- und Unterrichtsmaterial (ausgenommen Apparate).

Klasse 35: Werbung; Detailhandelsdienstleistungen; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Unternehmensberatung; Büroarbeiten.

Klasse 41: Ausbildung und Weiterbildung.

Klasse 42: Durchführung von Qualitätskontrollen für Apotheken.

Klasse 44: Gesundheits- und Schönheitspflege.

Für die folgenden Waren und Dienstleistungen wurde das Markeneintragungsgesuch zugelassen:

Klasse 9: Wissenschaftliche Wäge-, Mess-, Kontrollapparate und -instrumente.

Klasse 35: Werbung; Detailhandelsdienstleistungen; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Unternehmensberatung; Büroarbeiten.

Klasse 36: Immobilienwesen.

Klasse 39: Organisation und Durchführung von Reisen.

Klasse 43: Verpflegung; Beherbergung von Gästen.

Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, das vorliegende Zeichen lasse sich ohne Weiteres in die einzelnen Elemente "top", "pharm" und "Apotheken" aufteilen. Aufgrund der Bedeutung dieser Einzelteile gemäss Praxis der Vorinstanz werde das gesamte Zeichen als "top Pharmazie / Top Pharmazeutika Apotheke" verstanden. In Verbindung mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen mache einzig die Bedeutung "top" für "Super" und "pharm" für "Pharmazie, pharmazeutisch" einen klaren Sinn. Die von der Hinterlegerin vorgebrachten Varianten "topp" und "harm" im Sinne von "höchster Schaden" oder "Topf-Arm" im Sinne von "Griff oder Stil eines Topfes" seien nicht naheliegend. Da eine Grosszahl der beanspruchten Waren und Dienstleistungen sich auf den pharmazeutischen und/oder medizinischen Bereich beziehe, verstünden die massgebenden Verkehrskreise, bestehend aus Durchschnittsabnehmern und Fachleuten im Bereich Medizin und Pharmazie, diese Kombination ohne Gedankenaufwand. Indem der Ausdruck "toppharm" ein Versprechen abgebe, im Sinne von Apotheken, die Produkte anbieten würden, die auf einer top Arzneimitteltunde basierten, stelle das Zeichen zudem eine anpreisende Angabe dar. Im Zusammenhang mit den abgewiesenen Waren und Dienstleistungen beschreibe das Zeichen die Art (Klassen 3, 5, 10, 35) Qualität (Klassen 3, 5, 16, 35, 41), Erbringungs- bzw. Verkaufsort (Klasse 41, 42, 44) und Zweck (Klassen 42 und 44) derselben. Aufgrund des direkt beschreibenden Gehalts der Begriffskombination "toppharm Apotheken" erkannten die angesprochenen Abnehmer in diesen Wortelementen keine betriebliche Herkunft. Die neuen grafischen Gestaltungselemente seien je für sich und in ihrer Summe ungenügend und könnten den Gesamteindruck nicht wesentlich beeinflussen. Im Ergebnis kam die Vorinstanz zum Schluss, dem Zeichen fehle die geforderte Unterscheidungskraft und in diesem Fall könne die Frage des Freihaltebedürfnisses offen gelassen werden. Ebenso wenig sei der Beschwerdefüh-

rerin ein Anspruch auf Gleichbehandlung aufgrund der vor ihr angeführten Voreintragungen zuzuerkennen.

I.

Mit Eingabe vom 9. Oktober 2012 erhob die Rekurrentin Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte, die Verfügung der Vorinstanz sei insofern aufzuheben, als das Markeneintragungsgesuch zurückgewiesen wurde und die Vorinstanz sei anzuweisen, das Markeneintragungsgesuch für sämtliche beanspruchten Waren und Dienstleistungen einzutragen.

Zur Begründung machte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, das angemeldete Zeichen bestehe aus den Worten "toppharm" und "Apotheken", wobei "toppharm" mehrdeutig und grundsätzlich schutzfähig sei. Sie gehe ferner davon aus, dass zwischen dem Zeichen und den zurückgewiesenen Waren und Dienstleistungen kein unmittelbarer oder konkreter Zusammenhang bestehe, so dass Durchschnittskonsumenten und Fachpersonal im fraglichen Zeichen nur mit grossem Fantasiaufwand eine beschreibende Angabe erblicken dürften. Zur Eruiierung des Bedeutungsinhaltes des angemeldeten Zeichens seien sieben Gedankenschritte erforderlich, was zur Schutzfähigkeit des Zeichens führe (vgl. E. 4.2). Die graphischen Elemente des angemeldeten Zeichens begründeten durch ihre Vielzahl und Komplexität die Unterscheidbarkeit des Zeichens. Zudem würde die Eintragung des Zeichens in das Markenregister die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Verfahren B-1643/2007 "basilea PHARMACEUTICA" nicht tangieren. Schliesslich sei der Ausschluss des angemeldeten Zeichens vom Markenschutz weder durch ein Freihaltebedürfnis noch durch ein sonstiges öffentliches Interesse gerechtfertigt.

J.

Innert verlängerter Frist liess sich die Vorinstanz mit Eingabe vom 7. Januar 2013 vernehmen. Sie beantragte, die Beschwerde sei unter Kostenfolge vollumfänglich abzuweisen. Sie verweist im Wesentlichen auf die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung.

K.

Mit Verfügung vom 29. Januar 2013 wurde der Schriftenwechsel unter Vorbehalt allfälliger Instruktionsverfügungen oder Parteieingaben geschlossen.

L.

Mit Schreiben vom 2. Mai 2013 reichte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin seine Kostennote ein.

M.

Auf weitere Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, im Rahmen der folgenden Erwägungen eingegangen.

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]). Als Markenanmelderin und Adressatin der angefochtenen Verfügung ist die Beschwerdeführerin durch diese beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an ihrer 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), und der Vertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG).

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

Nach Art. 2 Bst. a MSchG sind Zeichen, die zum Gemeingut gehören, vom Markenschutz ausgeschlossen, sofern sie sich nicht im Verkehr als Marke für die Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben, für welche sie beansprucht werden. Zum Gemeingut zählen zum einen Zeichen, denen die für die Individualisierung der Ware oder Dienstleistung des Markeninhabers erforderliche Unterscheidungskraft fehlt, und zum anderen Zeichen, die für den Wirtschaftsverkehr freizuhalten sind (s. anstelle vieler: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2225/2011 vom 7. Mai 2012 E. 2.1 EIN STÜCK SCHWEIZ, mit Hinweisen; vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts 4A_343/2012 vom 19. September 2012 E. 2.1 EIN STÜCK SCHWEIZ).

2.1 Die Antwort auf die Frage, ob ein Zeichen aufgrund fehlender Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft zum Gemeingut gehört, richtet sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vorwiegend nach dem Kriterium des beschreibenden Charakters des Zeichens. Als beschreibende Angaben gelten sachliche Hinweise hinsichtlich der Waren oder Dienstleistungen; diese werden von den betroffenen Verkehrskreisen nicht als individualisierende Hinweise auf eine bestimmte betriebliche Herkunft verstanden (fehlende Unterscheidungskraft; vgl. BGE 134 II 223 E. 3.4.4 SEAT auto emoción). Zum Gemeingut gehören somit insbesondere Sachbezeichnungen sowie Hinweise auf Eigenschaften wie namentlich die Beschaffenheit, die Bestimmung, den Verwendungszweck, die Zeit der Erzeugung oder die Wirkungsweise der Waren oder Dienstleistungen, für welche das Zeichen hinterlegt wurde, sofern solche Hinweise seitens des angesprochenen Publikums ohne besondere Denkarbeit sowie ohne Fantasiaaufwand verstanden werden und sich nicht in blossen Anspielungen erschöpfen (BGE 135 II 359 E. 2.5.5 ["akustische Marke"]; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8058/2010 vom 27. Juli 2011 E. 3.1 IRONWOOD, B-985/2009 vom 27. August 2009 E. 2 BIOSCIENCE ACCELERATOR, und B-7245/2009 vom 29. Juli 2010 E. 2 LABSPACE, je mit Hinweisen). Als Gemeingut nicht schutzfähig sind auch Zeichen, die sich ausschliesslich in allgemeinen Qualitätshinweisen oder reklamehaften Anpreisungen erschöpfen (Urteil des Bundesgerichts 4A.161/2007 vom 18. Juli 2007 E. 4.3 we make ideas work; BGE 129 III 225 E. 5.1 Masterpiece I).

Massgebend für die naheliegende Erkennbarkeit des beschreibenden Charakters sind die konkret beanspruchten Waren und Dienstleistungen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8058/2010 vom 27. Juli 2011 E. 3.1 IRONWOOD; EUGEN MARBACH, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, Markenrecht, 2. Aufl., Basel 2009, N. 209 ff.).

2.2 Ob ein Zeichen als Marke in Betracht kommt, bestimmt sich nach dem Gesamteindruck, den es bei den massgebenden Adressaten in der Erinnerung hinterlässt (BGE 134 III 547 E. 2.3.1 Stuhl ["3D"], mit Rechtsprechungshinweisen). Das Gericht hat daher vorab die massgeblichen Verkehrskreise zu bestimmen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4519/2011 [B-4523/2011, B-4525/2011] vom 31. Oktober 2012 E. 3.6 RHÄTISCHE BAHN, BERNINABAHN und ALBULABAHN, mit Hinweisen). Für die Beurteilung der Unterscheidungskraft entscheidend ist die Sicht des angesprochenen Abnehmerkreises für die beanspruchten Wa-

ren oder Dienstleistungen, wobei auch das Verständnis betroffener Fachkreise zu berücksichtigen ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8058/2010 vom 27. Juli 2011 E. 3.3 IRONWOOD, mit Hinweisen). Dabei genügt es zur Annahme von Gemeingut, dass nur ein bestimmter Kreis der Adressaten, z.B. der Kreis der Fachleute, das Zeichen als beschreibend erachtet (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-985/2009 vom 27. August 2009 E. 3 BIOSCIENCE ACCELERATOR, mit Hinweisen).

2.3 Im Einzelfall kann durch Verbindung beschreibender Worte der beschreibende Charakter entfallen. Ob eine Wortverbindung oder ein einheitlich zu betrachtendes Zeichen vorliegt, richtet sich nach der Auffassung der relevanten Verkehrskreise. Bei Wortverbindungen ist zunächst der Sinngehalt der einzelnen Bestandteile zu ermitteln und sodann zu untersuchen, ob sich aus der Kombination ein beschreibender, unmittelbar verständlicher Sinn ergibt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5518/2007 vom 18. April 2008 E. 4.2 Peach Mallow; Entscheid der Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] vom 9. September 2002 veröffentlicht in: sic! 2/2003, 134 Cool Action, mit Hinweisen; Entscheid der RKGE vom 24. Mai 2000 veröffentlicht in: sic! 7/2000, 592 Clearcut).

Wenn Wortverbindungen eine unmittelbare Aussage über die betreffenden Waren und Dienstleistungen zu entnehmen ist, sind sie nicht markenfähig (Entscheid der RKGE vom 10. März 2005 veröffentlicht in: sic! 2005, 652 E. 3 Niteview). Regt eine Wortverbindung hingegen erst zum Nachdenken an, ist nicht von einem beschreibenden Zeichen auszugehen (CHRISTOPH WILLI, in: Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 2 N. 88). Das ist namentlich bei Mehrdeutigkeit der Fall (Urteil des Bundesgerichts vom 10. September 1998 veröffentlicht in: sic! 1/1999, 30 E. 4 Swissline; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 90). Erkennen die massgeblichen Verkehrskreise im Wortbestandteil einer Marke grundsätzlich verschiedene Bedeutungen, ist zu klären, welche im konkreten Zusammenhang dominiert. Wenn ein beschreibender Sinn eindeutig ist sowie ohne Gedankenaufwand erkannt wird, vermag die Möglichkeit weiterer, weniger nahe liegender Deutungen die Zugehörigkeit der Marke zum Gemeingut nicht aufheben (Urteil des Bundesgerichts 4A_492/2007 vom 14. Februar 2008 veröffentlicht in: sic! 10/2008, 737 E. 3.4 Gipfeltreffen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7427/2006 vom 9. Januar 2009 E. 3.4 Chocolat Pavot [fig.]; Entscheid

der RKGE vom 17. Februar 2003 veröffentlicht in: sic! 6/2003, 496 Royal Comfort; MARBACH, a.a.O., N. 306).

2.4 Die Markenprüfung erfolgt in Bezug auf alle vier Landessprachen. Dabei kommt jeder Sprache der gleiche Stellenwert zu. Eine Eintragung kann bereits dann verweigert werden, wenn das Zeichen in einem einzigen Sprachgebiet der Schweiz als beschreibend verstanden wird (BGE 131 III 495 E. 5 – Felsenkeller, 128 III 447 E. 1.5 – *Première*, 127 III 160 E. 2b.aa – *Securitas*). Englischsprachige Ausdrücke werden im Rahmen der schweizerischen Markenprüfung berücksichtigt, sofern sie für einen erheblichen Teil der massgeblichen Verkehrskreise verständlich sind (BGE 129 III 225 E. 5.1 – *Masterpiece*; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-5786/2011 vom 23. November 2012 E. 2.3 – *Qatar Airways*, B-1561/2011 vom 28. März 2012 E. 3.4 – *Together we'll go far* und B-8005/2010 vom 22. März 2011 E. 2.4 – *Cleantech Switzerland*).

2.5 Um ein Zeichen vom Markenschutz auszuschliessen, muss es nicht zwingend in einem Wörterbuch erwähnt sein (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-4762/2011 vom 28. November 2012 E. 5.2 *MYPHOTOBOOK*, und B-985/2009 vom 27. August 2009 E. 4.2.1 *BIO-SCIENCE ACCELERATOR* [je mit Rechtsprechungshinweis]). Soweit sie nach dem Sprachgebrauch oder den Regeln der Sprachbildung von den beteiligten Verkehrskreisen als Aussage über bestimmte Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung aufgefasst werden, können auch neue, bislang ungebräuchliche Ausdrücke beschreibend sein (auch zum folgenden Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-985/2009 vom 27. August 2009 E. 4.2.1 *BIO-SCIENCE ACCELERATOR*, und B-7245/2009 vom 29. Juli 2010 E. 4 *LABSPACE* [je mit Hinweisen]). Für den beschreibenden Charakter reicht es aus, wenn das Wort zwar heute noch nicht allgemein gebraucht wird, dessen Sinn aber für diejenigen Kreise, an welche es sich richtet, auf der Hand liegt.

2.6 Auch grammatikalische Unregelmässigkeiten verhindern nicht per se, dass die massgebenden Verkehrskreise ein Zeichen als Aussage über bestimmte Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung verstehen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-985/2009 vom 27. August 2009 E. 4.2.1 *BIO-SCIENCE ACCELERATOR*, mit Rechtsprechungshinweis; MARBACH, a.a.O., N. 285).

2.7 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Grenzfall im Bereich der Zeichen des Gemeingutes einzutragen und die endgültige Entschei-

dem Zivilrichter zu überlassen (BGE 130 III 328 E. 3.2 *Swatch-Uhrband*, BGE 129 III 225 E. 5.3 *Masterpiece I*).

3.

Bei den beanspruchten Waren und Dienstleistungen, für welche das Markeneintragungsgesuch zurückgewiesen wurde (vgl. die Auflistung in Bst. H des Sachverhalts), handelt es sich um Mittel der Schönheits-, Gesundheitspflege und Körperhygiene (Klasse 3, 44), sowie um Produkte und Dienstleistungen im Bereich der Pharmazie, Medizin und Chirurgie (Klasse 5, 10, 16, 35, 41, 42 und 44).

Die beanspruchten Waren der Klassen 3, 5 und 44 stellen Waren des täglichen Gebrauchs dar, die sich nicht nur an Fachpersonen, wie Kosmetiker, Drogisten, Detailhändler, sondern auch an Durchschnittskonsumenten richten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6307/2010 vom 7. Februar 2011 E. 4 VERY IMPORTANT PHARMACY). Die beanspruchten Waren und Dienstleistungen der Klassen 10, 16, 35, 41 und 42 beziehen sich – wie erwähnt – auf die Bereiche Pharmazie, Medizin und Chirurgie. Diese können sich entweder an Fachleute richten, die auf den erwähnten Gebieten behandelnd oder beratend tätig sind, mit den beanspruchten Waren Handel betreiben oder für die medizinische und pharmazeutische Versorgung zuständig sind und entsprechende Dienstleistungen anbieten. Andererseits können Durchschnittskonsumenten genauso gut angesprochen sein, welche bei Fachleuten die Waren beziehen oder die von ihnen angebotenen Dienstleistungen teilweise in Anspruch nehmen.

Bei Waren, die zugleich an Fachleute und Endkonsumenten vertrieben werden, wird praxisgemäss davon ausgegangen, dass die Letztabnehmer die grösste Gruppe des relevanten Abnehmerkreises ist, weshalb bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft insbesondere auf das Verständnis der Endkonsumenten abgestellt wird (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-6307/2010 vom 7. Februar 2011 E. 4; B-681/2011 vom 3. Dezember 2011 E. 5.1). Neuerdings hat das Bundesgericht die generell formulierte Aussage des Bundesverwaltungsgerichts, wonach für die Unterscheidungskraft die Auffassung der Endverbraucher massgebend sei, "wenn diese die grösste Teilmenge der massgeblichen Verkehrskreise bilden" (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6831/2011 vom 16. November 2012 E. 2.8), für missverständlich erachtet. "Denn sie erweckt den Eindruck, es komme stets nur darauf an, welcher Adressatenkreis mengenmässig am grössten sei.", was dazu führe, dass die allen-

falls ebenfalls angesprochenen, aber mengenmässig kleineren Fachkreise oder weitere Adressatengruppen unberücksichtigt blieben (Urteil des Bundesgerichts 4A_6/2013 vom 16. April 2013 E. 3.2.2).

In Anbetracht der Kritik des Bundesgerichts und mit Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen kann vorliegend sowohl auf das Verständnis der Durchschnittsabnehmer als auch auf dasjenige der Fachleute abgestellt werden. Selbst wenn die Fachkreise im geringeren Masse als die Endabnehmer angesprochen sein sollten, ist ihr Verständnis mit zu berücksichtigen. Deshalb kann die Beschwerdeführerin mit ihrer pauschal formulierten und nicht weiter belegten Aussage, wonach sich die fraglichen Waren und Dienstleistungen zu 98% an Durchschnittsabnehmer richteten, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

4.

Das strittige Zeichen "toppharm Apotheken" setzt sich aus den Wortelementen "toppharm" und "Apotheken" zusammen. Wie in der angefochtenen Verfügung zutreffend angeführt, bestehen die figurativen Elemente aus einer leicht kursiv gehaltenen Schrift für den ersten Begriff "toppharm". Dabei ist der erste Teil "top" in grauer Farbe, der zweite Teil "pharm" in roter Farbe geschrieben. Das zweite Wort "Apotheken" erscheint in weisser Schrift in einem grauen Rahmen geschrieben, wobei der linke Rand des Rahmens schräg und der rechte Rand halbrund gestaltet ist.

4.1 Die Vorinstanz hat die Eintragungsfähigkeit der vorliegenden Wort-/Bildmarke den Schutz für die beanspruchten Waren der Klassen 3, 5, 10, 16, 35, 41, 42 und 44 verneint. Sie geht davon aus, dass das vorliegende Zeichen sich ohne besonderen Gedankenschritt in die einzelnen Elemente "top", "pharm" und "Apotheken" aufteilen lasse und als top Pharmazie / top Pharmazeutika Apotheke verstanden werde. Zudem sei im Ausdruck "toppharm" ein Versprechen mitenthalten, "nämlich Apotheken, die Produkte anbieten, die auf einer top Arzneimittelkunde basieren", womit das Zeichen auch eine anpreisende Angabe darstelle. Das Zeichen beschreibe die Qualität und den Verkaufsort bzw. den Erbringungsort der Dienstleistungen. In Verbindung mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen mache einzig die Bedeutung "top" für super und "pharm" für "Pharmazie, pharmazeutisch" einen klaren Sinn, weshalb die von der Hinterlegerin vorgebrachten Varianten nicht naheliegend seien. Die figurativen Elemente seien ungenügend, um einen unterscheidungskräftigen Gesamteindruck zu hinterlassen.

4.2 Die Beschwerdeführerin bestreitet die Auffassung der Vorinstanz, wonach sich das Zeichen ohne Weiteres in die einzelnen Elemente "top", "pharm" und "Apotheken" aufteilen lasse. Gemäss der lexikalischen Semantik könnten "toppharm" und "Apotheken" in die Einzelteile "top", "topp", "harm", "pharm" und "Apotheken" zerlegt werden. Ausserdem komme es manchmal vor, dass die Adresse der Beschwerdeführerin auf "meistens handgeschriebenen" Briefen "Topf-Arm" oder "Topf-Farm" laute. Indem die Vorinstanz und die Kombinationen "topp" und "harm" sowie "Topf-Arm" für nicht naheliegend erachtet habe, setze sie sich in Widerspruch mit der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in den Verfahren B-1717/2008 SWISTEC und B-6068/2007 BIOROM. Um die Bedeutung des angemeldeten Zeichens zu entschlüsseln, seien sieben Gedankenschritte notwendig: - die Feststellung, dass es sich bei "toppharm Apotheken" um ein zusammengesetztes Substantiv aus zwei Worten handle; - die Feststellung, dass "toppharm" falsch geschrieben sei, da es als Bestandteil eines Substantivs gross hätte geschrieben werden müssen; - die Scheidung des Wortes "toppharm" in die Bestandteile "topp" und "harm"; - die Feststellung, dass "toppharm" "maximales Leid" heissen könnte; - die Scheidung des Wortes "toppharm" in die Bestandteile "top" und "pharm"; - die Feststellung, dass "toppharm" "top Pharmazie" heissen könnte; - die Feststellung der Bedeutung von "top", "pharm" und "Apotheken" als Ganzes. Somit ergebe sich, dass das Wort "toppharm" als Fantasiebegriff in Kombination mit dem Wort "Apotheken" bereits für sich, also ohne Berücksichtigung der grafischen Elemente, schutzfähig sei.

4.3 Nachfolgend gilt zu beurteilen, ob die Zeichenkombination "toppharm Apotheken" gemäss ihrem Gesamteindruck einen beschreibenden Charakter aufweist. In einem ersten Schritt ist der Sinngehalt der einzelnen Bestandteile zu ermitteln und sodann zu prüfen, ob das Zeichen nach dem Gesamteindruck einen Sinn ergibt, der von den angesprochenen Verkehrskreisen ohne besondere Denkarbeit oder besonderen Fantasiaufwand als beschreibend aufgefasst wird (vgl. vorne E. 2.1).

4.3.1 Der erste Wortbestandteil des fraglichen Zeichens "toppharm" stellt eine Wortneuschöpfung dar. Der Umstand, dass sich "toppharm" in keinem Wörterbuch finden lässt, schliesst eine allfällige Zuordnung zum Gemeingut aber nicht aus (vgl. vorne E. 2.5).

Strittig ist vorliegend, ob "toppharm" grundsätzlich Raum für eine mögliche Aufteilung in Wortelemente bietet und im bejahenden Fall welche Aufteilungsmöglichkeiten in Frage kommen können. Bei der Gesamtwürdi-

gung der einzelnen Bestandteile einer Marke ist eine zergliedernde, analytische Betrachtungsweise nicht unbedingt zielführend, zumindest dann nicht, wenn die Aufgliederung für den Verkehr nicht naheliegend ist. Eine Unterteilung eines einzelnen Worts in weitere Einzelteile ist dort nicht hilfreich, wo das Worтеlement für sich allein die einzige sinngebende Lesart des Zeichens darstellt oder wenn für die angesprochenen Verkehrskreise kein Anlass besteht, das Zeichen in weitere Bestandteile zu zerlegen (vgl. Urteil der RKGE vom 14. Juli 1999 in: sic! 5/1999 559 E. 5 Dystar und Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6068/2007 vom 18. September 2008 BIOROM). Kommt einem Zeichen als Einheit keine Bedeutung zu, versucht der Abnehmer in einem nächsten Schritt, sich aus Teilen des Zeichens einen Sinn zu erschliessen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1710/2008 vom 6. November 2008 E. 3.3 f. SWISTEC). Soweit sich ein Zeichen ohne Weiteres in zwei (oder mehr) verständliche Wortteile zerlegen lässt, stellt die Zerlegung an sich - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - noch keinen speziellen Gedankenaufwand dar, der die Qualifizierung des Zeichens als direkt beschreibend entgegenstehen würde (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4053/2009 vom 11. November 2009 E. 4.1 easyweiss).

Im Wort "toppharm" muss nicht ein einheitliches Wort erkannt werden und eine Unterteilung drängt sich angesichts des notorisch bekannten "top" in Alleinstellung als Adjektiv oder als anpreisendes vorangestelltes Wortelement geradezu auf. In erster Linie lässt sich "toppharm" in die Zeichenelemente "top" und "pharm" zerlegen. Abstrakt betrachtet und allein mit Bezug auf das Worтеlement ist eine Zergliederung in "topp" und "harm" insofern nicht ganz von der Hand zu weisen, als Teile des Publikums das Wort "top" möglicherweise auch mit zwei "p" schreiben bzw. kennen könnten. Gegen eine solche Lesart spricht jedoch die grafische Gestaltung des Zeichens, in welcher der Zeichenbestandteil "top" in grauer und das Element "pharm" in roter Farbe gehalten sind. Trotz dieser farblichen, unmissverständlichen Zerlegung des Worts "toppharm" in "top" und "pharm" behauptet die Beschwerdeführerin, die Trennung des Wortes in die Bestandteile "topp" und "harm" sei naheliegend, weil die Verdoppelung des "p" aus visuellen Gründen leicht untergehe und weil der Buchstabe "h" wie ein Grossbuchstabe in Erscheinung trete. Diese Argumentation wirkt tatsächlich künstlich und vermag die durch die farblichen Gestaltungselemente optisch klar erkennbare Zergliederung in "top" und "pharm" nicht in Zweifel zu ziehen. Zudem argumentiert die Beschwerdeführerin nicht kohärent, wenn sie sich einerseits unter Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6068/2007 vom 18. Sep-

tember 2008 (BIOROM) gegen eine Zergliederung von "toppharm" in mögliche Einzelteile ausspricht, andererseits mögliche Aufteilungsvarianten von "toppharm" vorschlägt.

Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist davon auszugehen, dass sich den Verkehrskreisen die Aufgliederung des hinterlegten Zeichens in die Wortelemente "top", "pharm" und "Apotheken" bereits aufgrund der grafischen Darstellung des Zeichens aufdrängt. Das hat die Vorinstanz zutreffend erkannt (vgl. zudem hinten E. 4.3.2).

4.3.2 Das Präfix "top-" weist in Verbindung mit einem Substantiv und Adjektiv auf eine Verstärkung hin und drückt aus, dass etwas als ausgezeichnet, hervorragend angesehen wird bzw. dass jemand oder etwas als besonders gut, höchststrangig, als qualitativ erstklassig angesehen wird (vgl. www.duden.de/rechtschreibung/top__ausgezeichnet_sehr; sinngemäss ähnliche Definitionen sind in italienisch- bzw. französischsprachige Wörterbüchern zu finden: www.treccani.it/vocabolario/top/, www.larousse.fr/dictionnaires/francais/top/). Die im Duden enthaltene Definition stimmt mit der Prüfungspraxis der Vorinstanz überein, wonach "top" einen Qualitätshinweis mit der Bedeutung "höchst-, best-, Spitzen-" darstellt (vgl. angefochtene Verfügung E. 4). Indessen ist der Bestandteil "pharm" kein lexikalisch erfasstes Wort. Die sich im Duden befindenden Einträge "Pharmaindustrie, Pharmakant, Pharmakantin, Pharmakologe, Pharmakologie; pharmakologisch, Pharmakon, Pharmakopöe, Pharmareferent, Pharmareferentin, Pharmazeut, Pharmazeutik, Pharmazeutikum, Pharmazeutin, pharmazeutisch, Pharmazie" lassen ohne Weiteres den Schluss zu, dass es sich dabei um die übliche Abkürzung für die Begriffe Pharmazeutik, Pharmazie oder pharmazeutisch im Sinne der Prüfungspraxis der Vorinstanz handelt. Der Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach der Begriff "pharm" aufgrund der fehlenden Einträge in einem Wörterbuch nicht zur Standardsprache gehört, kann indessen nicht gefolgt werden. Denn schon nur die Abkürzung "Dr. pharm" für doctor pharmacie, zu Deutsch Doktor der Arzneikunde bzw. Pharmazie, dürfte einem erheblichen Teil der Abnehmer geläufig sein. Schliesslich befindet sich das Wort "Apotheke" in jedem Wörterbuch (vgl. statt vieler die Definition im Duden on line: "Geschäft, in dem Arzneimittel verkauft und zum Teil auch hergestellt werden").

Bei abstrakter Betrachtung kann das hinterlegte Zeichen unter Berücksichtigung der aufgezeigten Bedeutungsinhalte für die Wortbestandteile "top", "pharm" und "Apotheken" ohne besonderen Gedankenaufwand als

"top Pharmazie / top Pharmazeutica Apotheke" verstanden werden. Abgesehen von der grafischen Ausgestaltung des fraglichen Zeichens, welche zu einer Zergliederung in die Bestandteile "top", "pharm" und "Apotheken" Anlass gibt, mag unter abstrakten Gesichtspunkten und rein theoretisch eine Unterteilung in die Bestandteile "topp" und "harm" möglich erscheinen, wobei das Element "topp" "Signalisierung einer Zustimmung" und "oberstes Ende eines Mastes" bedeutet (Auszug aus Wahrig, Beschwerdebeilage 5) und der Begriff "Harm" im Duden mit "Kummer, Leid" definiert wird (Auszug aus Duden, Beschwerdebeilage 6). Inwiefern eine Unterteilung in die Elemente "Topf-Arm" und "Topf-Farm" in Frage kommen könnte, so wie die Adresse der Beschwerdeführerin in handgeschriebenen Briefen angeblich erscheint, lässt sich nicht nachvollziehen und wurde von der Beschwerdeführerin auch nicht näher belegt, so dass sich Weiterungen dazu erübrigen. Bei Mehrdeutigkeit ist jedoch entscheidend zu wissen, welche dieser Bedeutungen der Durchschnittskonsument dem fraglichen Zeichen in Verbindung mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen vorwiegend beimisst, mit anderen Worten welcher Sinngehalt für ihn dominiert. Praxisgemäss ist davon auszugehen, dass bei einem vorherrschenden Sinngehalt die Möglichkeit weiterer, weniger nahe liegender Deutungen den Gemeingutcharakter nicht aufheben (Urteile des Bundesgerichts 4A_370/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 4-3 – Post, und 4A_492/2007 vom 14. Februar 2008 E. 3.4 Gipfeltreffen).

4.3.3 Nachfolgend wird das fragliche Zeichen in Relation zu den Waren und Dienstleistungen gesetzt, für welche die Vorinstanz den Markenschutz verweigert hat.

Mit Bezug auf die Waren der Klassen 3 und 5, welche im Bereich der Körperhygiene, Schönheits-, Gesundheitspflege, Pharmazie, Medizin und Veterinärmedizin anzusiedeln sind, ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass es sich um klassische Produkte handelt, die in einer Apotheke zum Kauf angeboten werden. Die therapeutische Wirkung und den medizinischen Zweck der Produkte gemäss dem jeweiligen Klassenbeschrieb bestätigen den Hinweis auf die Apotheken als Verkaufsort. Der Umstand, dass diese Produkte nicht ausschliesslich in Apotheken sondern mittlerweile auch in Drogerien, Lebensmittelgeschäften bis zu Supermärkten vertrieben werden, vermag daran nichts zu ändern.

Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin, die sich in diesem Punkt auf die pauschale Behauptung des Gegenteils beschränkt, ist nicht ausgeschlossen, dass auch die in Klasse 10 enthaltenen chirurgischen, ärzt-

lichen, zahn- und tierärztlichen Instrumente und Apparate sowie orthopädische Artikel und chirurgisches Material doch auch in einer Apotheke bezogen werden können.

Die in Klasse 16 aufgelisteten "Druckerzeugnisse, Lehr- und Unterrichtsmaterial" können sich selbstverständlich auch auf pharmazeutische Produkte und Apotheken beziehen. Das schliesst selbst die Beschwerdeführerin nicht aus.

Für die Detailhandelsdienstleistungen der Klasse 35 beschreibt das Zeichen die Qualität und die Art des Leistungserbringers. Unter "Detailhandel" wird das Zusammenstellen verschiedener Waren (ausgenommen deren Transport) für Dritte verstanden, um den Verbrauchern Ansicht und Erwerb dieser Waren zu erleichtern (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-516/2008 vom 23. Januar 2009 E. 4.2.1 After hours). Sofern die Beschwerdeführerin Zweifel daran hegt, dass eine Apotheke echte Dienstleistungen für Dritte erbringe, ist ihr zu widersprechen. Gemäss ständiger Praxis der RKGE und des Bundesverwaltungsgerichts bestehen die massgeblichen Verkehrskreise für die Dienstleistung "Detailhandel" aus den Grossisten und Produzenten von Waren, die in ihrem Auftrag von den Detailhändlern verkauft werden (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-516/2008 vom 23. Januar 2009 E. 4.2.1 After hours, B-8240/2010 vom 27. Februar 2012 E. 5 Aus der Region. Für die Region. und B-5668/2011 vom 9. Mai 2012 E. 5 Frankonia). Wie die Vorinstanz in der Vernehmlassung zum Ausdruck bringt, ist durchaus vorstellbar, dass eine Apotheke oder eine Gruppe von Apotheken gegenüber Grossisten und Produzenten Detailhandelsdienstleistungen für in Apotheken gehandelte Waren erbringen.

In Verbindung mit den Dienstleistungen "Ausbildung und Weiterbildung" gemäss Klasse 41 hat die Vorinstanz festgehalten, dass das Zeichen den Erbringungsort darstelle. Der Vorinstanz ist auch in dem Punkt zuzustimmen, dass eine Apotheke Kurse anbieten kann, wie dies zum Beispiel bei einer Rauchberatung der Fall ist. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass Ausbildung und Weiterbildung in Apotheken stattfinden könnten, sondern nur, dass sich die genannten Dienstleistungen nicht mit dem angemeldeten Zeichen beschreiben liessen. Diesbezüglich ist anzumerken, dass zu beschreibenden Angaben solche zählen, die geeignet sind, im Verkehr als Hinweis auf Art, Zusammensetzung, Qualität, Quantität, Bestimmung, Gebrauchszweck, Wirkung, Ursprungsort oder Herstellungsort aufgefasst zu werden (BGE 128 III 447 E. 1.5 – Première, BGE 118 II 181

E. 3b – Duo, mit Hinweisen). Um den beschreibenden Charakter des Zeichens zu bejahen, sollte es genügen, wenn das fragliche Zeichen im Zusammenhang mit den Dienstleistungen "Ausbildung und Weiterbildung" nur einen Hinweis auf den Ort der Dienstleistungserbringung und nicht auch auf die Beschaffenheit der Ware oder Dienstleistung macht.

In Verbindung mit der "Durchführung von Qualitätskontrollen" in Klasse 42 lässt sich sagen, dass das Zeichen einen beschreibenden Hinweis auf den Erbringungsort (Apotheke), Zweck und die Qualität der Dienstleistung enthält. Wie bereits gesehen, kann der Umstand, dass das Zeichen in Verbindung mit der beanspruchten Dienstleistung der Klasse 42 nur eine beschreibende Angabe zum Erbringungsort aber keine zur Beschaffenheit der Dienstleistung enthält, nichts an dessen beschreibendem Charakter ändern.

In Verbindung mit den Dienstleistungen "Gesundheits- und Schönheitspflege" der Klasse 44 macht das Zeichen eine direkte Aussage über die Art und den Zweck solcher Dienstleistungen. Der von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Einwand, wonach die genannten Dienstleistungen nur von Ärzten und nicht von Apothekern erbracht würden, weshalb das Zeichen nicht beschreibend sei, erweist sich als erfolglos. Nach allgemeiner Lebenserfahrung ist es üblich, dass das Messen des Blutdrucks, das Bestimmen von Blutwerten wie Blutzuckerspiegel oder Cholesteringehalt, Ernährungsberatung oder Beratung im Zusammenhang mit der Anwendung von Kosmetika in einer Apotheke durchgeführt werden.

4.3.4 In Verbindung mit den beanspruchten und zurückgewiesenen Waren und Dienstleistungen und nach dem Gesamteindruck aus der Sicht der betroffenen Durchschnittskonsumenten liegt nach dem Gesagten die Bedeutung des Zeichens im Sinne von "top Pharmazie / top Pharmazeutika Apotheken" nahe. Mit Blick auf die genannten Waren und Dienstleistungen treten die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Verständnisvarianten "topp" und "harm" im Sinne von "höchster Schaden" oder "Topf-Arm" im Sinne von "Griff oder Stil eines Topfes" deutlich in den Hintergrund. Diesbezüglich bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass das massgebliche Publikum die aufgeführten Waren und Dienstleistungen mit den Begriffen "topp" und "harm" oder "Topf-Arm" in Verbindung bringen könnte. Wie bereits gesehen, lässt allein die grafische Ausgestaltung des Zeichens eine solche Zergliederung gar nicht zu.

Demnach ist festzuhalten, dass das fragliche Zeichen in Verbindung mit sämtlichen Waren und Dienstleistungen, für welche die Vorinstanz das Markengesuch zurückgewiesen hat, einen direkt beschreibenden Charakter bezüglich Qualität, Zweck, Verkaufs-, Erbringungsort der Waren und Dienstleistungen sowie Art des Dienstleistungserbringers aufweist. Zusätzlich ist im Bestandteil "toppharm" eine übliche werbemässige anpreisende Angabe erkennbar.

4.4 Als Nächstes gilt noch zu untersuchen, ob der vorliegenden Marke allenfalls durch ihre grafische Ausgestaltung genügende Unterscheidungskraft zukommt.

4.4.1 Beim hinterlegten Zeichen handelt es sich um eine kombinierte Wort-/Bildmarke. Zum Gesamteindruck der Marke gehört nicht nur der Wortbestandteil, sondern auch die grafische Ausgestaltung. Voraussetzung für den Markenschutz ist, dass die unterscheidungskräftigen Elemente den Gesamteindruck wesentlich beeinflussen. Die grafische Gestaltung müsste allerdings so ausgeprägt sein, dass sich das Erscheinungsbild der Marke (in Kombination aller Elemente) von der schutzunfähigen Grundaussage klar unterscheidet. Je beschreibender oder üblicher die Wortelemente sind, desto höhere Anforderungen sind an die grafische Ausgestaltung zu stellen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1643/2007 vom 13. September 2007 E. 7 Basilea PHARMACEUTICA [fig.], B-2514/2008 vom 25. Mai 2009 E. 4.8 MAGNUM [fig.], letzteres bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 4A_330/2009 E. 2.3.6.). In der Rechtsprechung wird diesbezüglich vorausgesetzt, dass sich die Grafik nicht im Naheliegenden erschöpft. Sie bedarf besonderer, charakteristischer Elemente, die im Gegensatz zu den einfachen Zeichen den markenrechtlichen Schutz verdienen (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-7427/2006 vom 9. Januar 2008 E. 3.5 Chocolat Pavot [fig.], B-2514/2008 vom 25. Mai 2009 E. 4.8 MAGNUM [fig.]). Bei folgenden grafischen Darstellungen geht die Praxis davon aus, dass sie nicht geeignet sind, den Gesamteindruck wesentlich zu beeinflussen: eine etikettenhafte Umrahmung eines Wortbestandteils und zugleich ein weiteres Wortelement in kleiner Schriftgrösse (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1643/2007 vom 13. September 2007 E. 7 Basilea Phramaceutica [fig.]), Unterstreichungen (ebenda), übliche Schriftarten, Handschriften (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7427/2006 vom 9. Januar 2008 E. 3.5 Chocolat Pavot [fig.]), Varianten in der Gross/Kleinschreibung (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6352/2007 vom 3. Dezember 2009 E. 9)

sowie Zusammen-/Getrennschreibung (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6257/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 7 STENCILMASTER).

4.4.2 Nachdem sich erwiesen hat, dass die fragliche Wortkombination "toppharm Apotheken" dem Gemeingut angehört und im Zusammenhang mit den zum Markenschutz nicht zugelassenen Waren und Dienstleistungen einen direkt beschreibenden Charakter bzw. eine reklamehafte Anpreisung aufweist, sind mit Bezug auf die Unterscheidungskraft der strittigen Wortbildmarke erhöhte Anforderungen an die grafische Gestaltung zu stellen.

Der Begriff "toppharm" wird in einem kursiven Schriftzug gestaltet, die Buchstaben sind in Kleinschrift aufgeführt, wobei "top" in grauer und "pharm" in roter Schrift dargestellt sind. Das zweite Wort "Apotheken", unter dem Wortteil "harm" von "toppharm" platziert, steht in weisser Schrift in einem grauen ellipsenähnlichen Rahmen. Dessen linker Rand ist durch einen schrägen Strich begrenzt, währenddem der rechte Rand halbrund gestaltet ist. "Apotheken" weist eine kleinere Schriftart als "toppharm" auf und ist in Gross- und Kleinbuchstaben geschrieben.

Aus der Würdigung der geschilderten grafischen Darstellung ergibt sich, dass die verwendeten Schriftarten, die beanspruchten Farben sowie die Form der Umrahmung des Worts "Apotheken" nicht geeignet erscheinen, aus dem Rahmen des Gewöhnlichen und Banalen zu fallen, und für sich allein sowie in ihrer Summe nicht ausreichen können, um dem Zeichen die nötige Unterscheidungskraft zu verleihen. In Anbetracht des beschreibenden Charakters der Wortbestandteile sowie der anpreisenden Angabe im Element "top" müsste die grafische Ausgestaltung weit mehr abgeändert werden, um die mangelnde Unterscheidungskraft der Worтеlemente aufzuwiegen.

4.4.3 Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin durfte die Vorinstanz die ungenügende grafische Gestaltung der strittigen Wortbildkombination sehr wohl aus der von ihr zitierten Rechtsprechung, insbesondere aus dem Beschwerdeverfahren B-1643/2007 (basilea PHARMACEUTICA [fig.]), ableiten. Ähnlich wie vorliegend wurde im letztgenannten Fall erkannt, dass der Wortkombination aufgrund des verständlichen und beschreibenden Sinngehaltes ("Basel Pharmazie" bzw. "Basel Pharmazeutik") die notwendige konkrete Unterscheidungskraft fehle. Wird eine Wortkombination dem Gemeingut zugerechnet, so sind – wie erwähnt – höhere Anforderungen an die grafische Darstellung zu erfüllen. Das Bundes-

verwaltungsgericht hat die dort angemeldeten grafischen Kombinationen – Gross-/Kleinschreibung, verschiedene Schriftarten, eine etikettenhafte Umrahmung in Form einer Kapsel sowie der Farbanspruch "pantone blau 294" – für schwache Gestaltungselemente erachtet, welche keinen kennzeichnungskräftigen Gesamteindruck hinterlassen würden. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern es sich im vorliegenden Fall mit ähnlichen Gestaltungselementen anders verhalten sollte. Eine Zulassung der umstrittenen Wortbildmarke zum Markenschutz würde der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen "basilea PHARMACEUTICA [fig.]", die inzwischen in weiteren Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Wortbildmarken übernommen wurde, komplett zuwiderlaufen (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2514/2008 vom 25. Mai 2009 E. 4.8 MAGNUM [fig.], B-7427/2006 vom 9. Januar 2008 E. 3.5 Chocolat Pavot [fig.], B-3189/2008 vom 14. Januar 2010 E. 6.1 terroir [fig.], B-5659/2008 vom 27. August 2009 E. 3.7 Chocolat Pavot [fig.]).

4.4.4 Nach dem Gesagten ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass das Zeichen "toppharm Apotheken" unter Berücksichtigung der Wortelemente und hinsichtlich der zum Markenschutz nicht zugelassenen Waren und Dienstleistungen als direkt beschreibende Angabe mit Bezug auf deren Art, Qualität, Zweck, Erbringungs- und Verkaufsort sowie als reklamehafte Anpreisung zu qualifizieren ist. In der angemeldeten Ausgestaltung vermag das Zeichen auch keinen unterscheidungskräftigen Gesamteindruck zu hinterlassen. Die Wortbildkombination "toppharm Apotheken" ist deshalb als nicht unterscheidungskräftig dem Gemeingut nach Art. 2 Bst. a MSchG zuzurechnen.

4.5 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-3541/2011 vom 17. Februar 2012 E. 5.2 LUMINOUS, B-283/2012 vom 13. Dezember 2012 E. 8 NOBLEWOOD).

4.6 Sogenannte Zeichen des Gemeinguts sind vom Markenschutz ausgeschlossen (Art. 2 Bst. a MSchG). Die absoluten Ausschlussgründe wahren mehrheitlich öffentliche Interessen und diejenigen nach Art. 2 Bst. a MSchG dienen unmittelbar der Umsetzung der Grundfunktionen, wie dies bei der Unterscheidungskraft der Fall ist. Die absolute Geltung dieser absoluten Ausschlussgründe ist in dem Sinne zu verstehen, dass sie von Amtes wegen anzuwenden sind und sich jedermann zum Schutz

gegen eine fremde Marke auf sie berufen kann, sie den Schutz der fremden Marke also gegenüber jedermann, der daran ein Interesse hat, einschränken oder beseitigen (Wirkung erga omnes) (vgl. DAVID ASCHMANN, in: Michael G. Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], Bern 2009, N. 3-5 ad Art. 2 MSchG). Ist die Unterscheidungsfunktion eines Zeichens wie im vorliegenden Fall nicht gewährleistet, bestehen entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin wohl öffentliche Interessen daran, dass dieses nicht zum Markenschutz zugelassen wird.

4.7 Im Verfahren vor der Vorinstanz hat sich die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf verschiedene Voreintragungen auf den Grundsatz der Gleichbehandlung berufen. Die Vorinstanz hat einen allfälligen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Gleichbehandlung verneint, da die von ihr angeführten Marken nicht mit der hier hinterlegten verglichen werden könnten, sei es, weil die genannten Zeichen andere Wort- und grafische Elemente aufwiesen (Eintragungsgesuche 501 754 EXKLUSIVES AUS STADT UND LAND BEST OF SWITZERLAND [fig.]; 625496 Der Schreiner Ihr Macher [fig.]; 625 334 Hair Forum Swiss [fig.]), sei es, weil diese für andere Waren und Dienstleistungen eingetragen sind oder weil es sich um vor über 10 Jahren eingetragene Marken handelt.

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren nimmt die Beschwerdeführerin nicht weiter zum Anspruch auf Gleichbehandlung Stellung und verzichtet sinngemäss, Verletzungen des Gleichbehandlungsgebots im Rechtsmittelverfahren ausdrücklich zu rügen. Sofern sie geltend macht, aus den Ausführungen der Vorinstanz ergebe sich, dass das angemeldete Zeichen derart fantasievoll sei, dass die Voreintragungen mit dem vorliegenden Zeichen nicht vergleichbar seien, kann ihrer Auffassung nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat an der mangelnden Unterscheidungskraft des strittigen Zeichens für die zurückgewiesenen Waren und Dienstleistungen stets festgehalten und dargelegt, welche zusätzliche Wort- oder Grafikelemente, anders als im vorliegenden Fall, zur Schutzfähigkeit der Voreintragungen beigetragen haben.

4.8 Schliesslich erwähnt die Beschwerdeführerin, dass sie im Jahre 2002 eine grafisch wesentlich simplere Version des fraglichen Zeichens unter der Nummer 495891 "toppharm" ins schweizerische Markenregister habe eintragen lassen. Mit dem Verweis auf diese Voreintragung, welche sich auf dieselbe Hinterlegerschaft bezieht, beruft sich die Beschwerdeführerin sinngemäss auf den in Art. 9 BV verankerten Grundsatz von Treu und

Glauben. Dieser verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Vorausgesetzt ist weiter, dass die Person, die sich auf Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann; schliesslich scheitert die Berufung auf Treu und Glauben dann, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen gegenüberstehen (BGE 129 I 170 E. 4.1, mit Verweis u.a. auf BGE 126 II 377 E. 3a und BGE 118 Ia 245 E. 4b; vgl. auch ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER/ FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Zürich / Basel / Genf 2006, N. 622 ff.). Präjudizien, insbesondere Grundsatzentscheide, können eine Grundlage des Vertrauensschutzes bilden. Kein Verlass ist hingegen auf eine schwankende Praxis, die es vermeidet, sich bezüglich einer Streitfrage eindeutig zu äussern (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N. 638, mit Verweis auf BGE 117 Ia 119 E. 2). Bezüglich des Alters der Voreintragungen ist anzumerken, dass deren Zulassung zum Markenschutz in der Schweiz in der Regel nicht länger als acht Jahre zurückliegen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6246/2010 vom 28. Juli 2011 E. 8.1 JumboLine, m. w. H.), damit diese noch als hinreichend repräsentativ erachtet werden können. Bereits in ihrem Schreiben vom 2. Februar 2012 liess die Vorinstanz verlauten, dass die strittige Voreintragung heute anders beurteilt werden könnte. Insofern kann sich die Beschwerdeführerin nicht auf eine ständige Praxis in vergleichbaren Fällen berufen, sondern lediglich auf eine möglicherweise fehlerhafte Eintragung in einem Einzelfall, wodurch kein berechtigtes Vertrauen geschaffen wird (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-1611/2007 vom 7. Oktober 2008 E. 7.2 – Laura Biagiotti Aqua di Roma, B-990/2009 vom 27. August 2009 E. 8.2 BIOTECH ACCELLEARATOR). So ist die angefochtene Verfügung auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

5.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die streitbetroffene Wortbildkombination "toppharm Apotheken" (fig.) hinsichtlich der zurückgewiesenen Waren und Dienstleistungen der Klassen 3, 5, 10, 16, 35, 41, 42 und 44 nicht unterscheidungskräftig ist und Gemeingut im Sinne von Art. 2 Bst. a MSchG darstellt. Aufgrund des direkt beschreibenden Charakters dieser Begriffskombination können die angesprochenen Verkehrskreise darin keinen Hinweis auf eine betriebliche Herkunft erkennen. In Anbetracht des eindeutigen Gemeingutscharakters handelt es sich vorliegend nicht um einen Grenzfall. Die Vorinstanz hat Bundesrecht nicht verletzt,

wenn sie dem genannten Zeichen mangels Unterscheidungskraft den Markenschutz verweigerte. Demnach ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

6.

6.1 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. 4bis 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 Rechtsprechung und Doktrin 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. Die aufgrund vorgenannter Kriterien auf Fr. 2'500.- festzusetzenden Gerichtskosten sind der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen.

6.2 Eine Parteientschädigung ist der Beschwerdeführerin als unterliegende Partei nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens im Umfang von Fr. 2'500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde);
- das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Gerichtsurkunde).

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani

Corrado Bergomi

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: 31. Oktober 2013