

# **BVGer B-498/2008 vom 23. Oktober 2008**

Bundesverwaltungsgericht, 2008-10-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-498\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-498_2008)

FR: TAF B-498/2008 du 23 octobre 2008

IT: TAF B-498/2008 del 23 ottobre 2008

## **Regeste**

Absolute Ausschlussgründe

## **Erwägungen**

### **E. 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.

### **E. 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.

#### **E. 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).

## **E. 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).

## **E. 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).

## **E. 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).

### **E. 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).

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

### **E. 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-, Fett-entfernungs- und Schleifmittel; Weihrauch; Öle für Parfums und Duftstoffe; Duftwasser für Haushaltzwecke 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.

### **E. 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).

### **E. 4**

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

#### **E. 4.1**

In der angefochtenen Verfügung untersuchte die Vorinstanz zunächst die Formenvielfalt im Bereich der beanspruchten Waren. Sie erklärte hierzu einleitend, der im massgeblichen Warenssegment 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 - miniaturisierte Toilette; MAGDA STREULI-YOUSSEF, a.a.O., S. 796).

#### **E. 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 Lufterfrischungsmittel 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 Lufterfrischungsmitteln 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.

#### **E. 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 anbebrachten Stift, der den Fingern beim Spritzvorgang Halt biete und durch das Zusammendrücken derselben den Spritzvorgang 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.

#### **E. 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).

#### **E. 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 gedrungen 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.

#### **E. 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 Sprühhvorrichtung, dass die nach oben gereckte Sprühhvorrichtung 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 verschiedene 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](http://www.vogelwarte.ch) / Vögel der Schweiz / Pirol). Beim vorliegend zu beurteilenden Behälter ist dagegen nicht der vordere Teil, sondern der "Kopfteil" des Sprühhkopfes 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 Markenmelderin gewählten Farbkombinationen als erwartet zu betrachten sind.

#### **E. 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.

#### **E. 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 blosser 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 Warenssegment 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.

#### **E. 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 Schutzzfähigkeit 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).

#### **E. 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.

#### **E. 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. 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 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).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.