

BVGer B-5182/2015 vom 1. Februar 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-02-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5182_2015

FR: TAF B-5182/2015 du 1 février 2017

IT: TAF B-5182/2015 del 1 febbraio 2017

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. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Als Markenmelderin und Adressatin der an-gefochtenen 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 in Verbindung mit Art. 22a Abs. 1 Bst. c VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die Rechtsvertreter haben sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

E. 2.1

Die Bundesrepublik Deutschland und die Schweiz sind beide Mitgliedsstaaten sowohl der Pariser Übereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 (PVÜ, SR 0.232.04) als auch des Protokolls zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken vom 27. Juni 1989 (MMP, SR 0.232.112.4). Gemäss der neuen Fassung des Protokolls vom 1. September 2008 gilt nur zwischen Staaten, welche sowohl das Protokoll als auch das Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 (MMA, SR 0.232.112.3), unterzeichnet haben, dass die Schutzverweigerung innerhalb von zwölf Monaten nach dem Datum der Notifikation durch die Organisation mondiale de la propriété intellectuelle zu erklären ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 Bst. a und b in Verbindung mit Art. 9sexies Abs. 1 Bst. a und b MMP). Da die Bundesrepublik Deutschland sowohl das Madrider Abkommen als auch das Protokoll zum Madrider Abkommen unterzeichnet hat, gilt vorliegend eine Frist von 12 Monaten für die Erklärung der Schutzverweigerung. Die am 22. März 2012 beginnende Frist ist daher mit Erklärung der Schutzverweigerung vom 19. März 2013 eingehalten.

E. 2.2

Als Zurückweisungsgrund kann die Vorinstanz angeben, dass die Marke jeder Unterscheidungskraft entbehre oder ausschliesslich aus Zeichen oder Angaben zusammengesetzt sei, die "im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Werts, des Ursprungsorts der Erzeugnisse oder der Zeit der

Erzeugung dienen könnten oder im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten des Schutzlandes üblich" seien (Art. 5 Abs. 1 MMP in Verbindung mit Art. 6quinquies Bst. b Ziff. 2 PVÜ). Dieser zwischenstaatlichen Regelung entspricht Art. 2 Bst. a des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11). Lehre und Praxis zu dieser Norm können somit herangezogen werden (Urteil des Bundesgerichts 4A_492/2007 vom 14. Februar 2008 E. 2 "Gipfeltreffen").

E. 3

Zu den Zeichen des Gemeinguts gehören jene, die vom Publikum nicht als Hinweis auf eine bestimmte Betriebsherkunft verstanden werden und damit nicht hinreichend unterscheidungskräftig sind, sowie Zeichen, die aus anderen Gründen für den Wirtschaftsverkehr freizuhalten sind (vgl. BGE 131 III 126 f. E. 4.1 "Smarties [3D] / M&M's [3D]"; Eugen Marbach, Markenrecht, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] Bd. III/1, 2. Auflage, Basel 2009, N. 247 [zit. Marbach, SIWR]; Christoph Willi, Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 2 N. 34).

E. 3.1

Als Formen des Gemeinguts gelten insbesondere 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 133 III 345 E. 3.1 "Trapezförmiger Verpackungsbehälter [3D]" mit Hinweis u.a. auf BGE 129 III 524 f. E. 4.1 "Lego [3D]"). Entscheidend ist stets die Frage, ob der Konsument im fraglichen Zeichen (originär) einen Hinweis zur Identifikation des Produktherstellers sieht (Urteile des BVGer B-6050/2007 vom 20. Februar 2008 E. 6 "Freischwinger Panton [3D]", und B-564/2007 vom 17. Oktober 2007 E. 6 "Behälter für Körperpflegemittel [3D]", 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 193, S. 200; vgl. Magda Streuli-Youssef, Zur Schutzfähigkeit von Formmarken, in: sic! 2002 794, 797). Hingegen genügt es nicht, wenn die zur Frage stehende Form Merkmale aufweist, anhand derer die beanspruchte Ware sich lediglich von anderen Produkten unterscheiden lässt (Michael Noth, in: Michael G. Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], Bern 2009, Art. 2 lit. b N. 72, mit weiteren Hinweisen). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Abnehmerkreise in einer Waren- oder Verpackungsform grundsätzlich die Gestaltung der Ware bzw. der Verpackung selber sehen und nicht einen betrieblichen Herkunftshinweis (Urteil des BGer 4A.15/2006 vom 13. Dezember 2006 E. 5 "Wellenflasche [3D]" mit Hinweis auf BGE 130 III 334 E. 3.5 "Uhrenarmband [3D]"). Der betriebliche Herkunftshinweis einer Waren- oder Verpackungsform geht aber über funktionale oder ästhetische Aspekte hinaus: Formen, die das Publikum aufgrund der Funktion des Produkts oder wegen der ästhetischen Attraktivität (unter dem Gesichtspunkt des Designs) erwartet, erreichen die Unterscheidungskraft nicht (vgl. BGE 120 II 310 E. 3b "The Original [3D]"; Peter Heinrich/Angelika Ruf, Markenschutz für Produktformen?, in: sic! 2003 395, 402). Eine Form wird als Herkunftshinweis im Sinne des Markenrechts verstanden, wenn sie sich von sämtlichen im beanspruchten Waren- oder Dienstleistungssegment im Zeitpunkt des Entscheids über die Eintragung im Markenregister üblichen Formen auffällig unterscheidet, was insbesondere

bei grosser Formenvielfalt im beanspruchten Segment in der Regel nicht der Fall ist (BGE 134 III 553 E. 2.3.4 "Freischwinger Panton [3D] II", BGE 133 III 346 E. 3.3 "Trapezförmiger Verpackungsbehälter [3D]"). Farben bilden grundsätzlich Gemeingut, da sie für den Verkehr freihaltebedürftig sind (Marbach, SIWR, N. 348).

E. 3.2

Ob ein Zeichen gemeinfrei ist, beurteilt sich stets nach dem Gesamteindruck. Daraus folgt, dass ein Zeichen nicht bereits deshalb vom Markenschutz ausgeschlossen ist, weil es einen gemeinfreien Bestandteil enthält. Entscheidend ist vielmehr, dass die Marke als Ganzes (in Kombination aller Elemente) nicht von gemeinfreien Elementen geprägt wird (Willi, a.a.O., Art. 2 MSchG N. 124 mit Hinweis auf BGE 120 II 310 "The Original [3D]"). Die Originalität muss bei einer aus gemeinfreien Elementen zusammengesetzten Marke "zumindest in der Verbindung der einzelnen Elemente liegen, indem mehrere gemeinfreie Elemente in überraschender Weise kombiniert werden" (Urteil des BGER 4A_6/1999 vom 14. Oktober 1999, in: sic! 2000 286 E. 3c "Runde Tablette [3D]", vgl. das Urteil des BGER 4A_129/2007 vom 18. Juli 2007 E. 3.2.5 "Lindor-Kugel [3D]" und das Urteil des BVGer B-7419/2006 vom 5. Dezember 2007 E. 3.3 "Feuchttücherbehälter [3D]" mit Hinweisen).

E. 3.3

Auch die Kombination von Form und Farbe kann unterscheidungskräftig sein (vgl. Urteil des BVGer B-7379/2006 vom 17. Juli 2007 E. 4.4 "Leimtube [3D]"; Marbach, SIWR, N. 485; Willi, a.a.O., Art. 2 MSchG N. 125; Noth, a.a.O., Art. 2 lit. b N. 30, mit weiteren Hinweisen). Mit der Geltendmachung eines Farbanspruchs bringt der Hinterleger zum Ausdruck, dass er den Schutz der von ihm beanspruchten Marke nur in einer bestimmten Farbausführung beansprucht. Wie bei Formmerkmalen (vgl. E. 3.1 hiervor) ist dabei zu differenzieren, ob die Farbe als Gestaltungs- oder Unterscheidungsmerkmal wahrgenommen wird. Eine durch die Farbgebung bedingte Spezifizierung im Erinnerungsbild ist zudem nicht mit einer Individualisierung im markenmässigen Sinn gleichzustellen (vgl. Marbach, SIWR, N. 488 f.). In diesem Zusammenhang ist bei einer aus Form und Farbe kombinierten Marke im Einzelfall zu prüfen, bei welchem Element eher ein Herkunftsbezug erwartet wird. Es fragt sich weiter, inwieweit sich die beiden Elemente gegenseitig beeinflussen: Damit die Kombination im Gedächtnis der Abnehmer haften bleibt, muss der unterscheidungskräftige Teil dominieren. Umgekehrt darf er zur Unterscheidungskraft der Marke in ihrem Gesamteindruck nicht durch das banale Element relativiert werden (Urteile des BVGer B-1165/2012 vom 5. Februar 2014 E. 5.3.2 "Mischgeräte [3D]" und B-2828/2010 vom 2. April 2011 E. 4.2 "Roter Koffer [3D]").

E. 3.4

Die Marke soll die gekennzeichnete Ware individualisieren und die Abnehmer dadurch in die Lage versetzen, ein einmal geschätztes Produkt in der Menge des Angebots wiederzufinden. Für die Beurteilung der Unterscheidungskraft kommt es auf die Auffassung der Abnehmer an (BGE 134 III 551 E. 2.3.1 "Freischwinger Panton [3D] II" mit weiteren Hinweisen; Marbach, SIWR, N. 212).

E. 4

Vorab hat das Gericht die massgeblichen Verkehrskreise zu bestimmen (Marbach, Verkehrskreise, S. 3). Vorliegend ist die Marke für "Implants pour ostéosynthèses, endoprothèses et substituts d'organes, ancrés pour endoprothèses, produits de substitution de surface articulaire, produits d'écartement osseux; sphères d'articulations coxo-fémorales,

cupules acétabulaires, fosses acétabulaires" der Klasse 10 strittig. In ihrer Beurteilung geht die Vorinstanz davon aus, dass sich diese Waren an Zwischenabnehmer (z.B. Produzenten von Implantaten) und Spezialisten wie Ärzte, Chirurgen und Orthopäden richten (angefochtene Verfügung, S. 3, Ziff. 3). Damit sei die Sicht der Fachkreise massgebend. Die Beschwerdeführerin schränkt die Abnehmerkreise ebenfalls ausschliesslich auf ein spezifisches Fachpublikum ein (Beschwerde, S. 12, Rz. 29 f.). Es sind dies ihrer Ansicht nach einerseits Implantat-Hersteller, welche die Produkte der Beschwerdeführerin zukaufen, um sie in ihr eigenes Implantat-System einzubauen, sowie andererseits Fachärzte der Fachrichtung "Orthopädische Chirurgie und Traumatologie" (Beschwerde, S. 12, Rz. 29 f.). Die Beschwerdeführerin bemerkt in diesem Zusammenhang, dass es sich vorliegend mit einzig 600 Ärzten dieser Fachrichtung in der Schweiz um einen "quantitativ und qualitativ äusserst eng definierten Personenkreis von Fachpersonen" handle (Beschwerde, S. 12, Rz. 30 ff.; Vorakte 5, Beilage 3). An der unstrittigen Beurteilung, wonach sich die beanspruchten Waren ausschliesslich an Fachkreise (Fachärzte der Orthopädie und Traumatologie sowie Implantatshersteller) richten, ist auch aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts festzuhalten.

E. 5

Wie die massgeblichen Verkehrskreise eine hinterlegte Marke verstehen und welchen Sinn sie ihr beilegen, ist nicht abstrakt, sondern im Verwendungszusammenhang des strittigen Zeichens als Marke und mit Bezug auf die Waren und Dienstleistungen zu beurteilen, für welche es beansprucht wird (BGE 133 III 345 f. E. 3.2 "Trapezförmiger Verpackungsbehälter [3D]"; Marbach, SIWR, N. 209). Die Schutzfähigkeit eines Zeichens ist nach Massgabe des Hinterlegungsgesuchs zu prüfen (BGE 120 II 310 E. 3a "The Original [3D]", Entscheid der Rekurskommission für Geistiges Eigentum [RKGE], in: sic! 2006 264 E. 5 "Tetrapack [3D]"). Nachfolgend ist daher zu untersuchen, ob der hinterlegten Form aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise für die beanspruchten Waren die erforderliche Unterscheidungskraft zukommt.

E. 5.1

Die dreidimensionale Marke um deren Schutz ersucht wird, stellt eine mögliche Form der beanspruchten Ware und damit eine Formmarke im engeren Sinn dar (BGE 120 II 309 E. 2a "The Original [3D]" mit Hinweisen; vgl. auch E. 3 hiervor). Konkret zeigt die abgebildete Form eine rosa eingefärbte Halbkugel, in welcher mittig eine Einbuchtung angebracht ist. Die Hinterlegerin macht den Farbanspruch "Rose (Pantone 677 C, édition 2010)" geltend. Dass es sich um die Abbildung eines Hüftgelenkkopfes handelt, ist jedenfalls unbestritten.

E. 5.2

Den Gemeingutcharakter des Zeichens begründet die Vorinstanz mit dessen beschreibendem Charakter. Im Zusammenhang mit den strittigen Waren stelle das Zeichen deren naturgetreue Wiedergabe bzw. eines wesentlichen Elements davon dar (angefochtene Verfügung, S. 3, Ziff. 4). Die massgeblichen Verkehrskreise würden sofort erkennen, dass es sich beim Zeichen um ein übliches Implantat, eine Prothese, Endoprothese, ein Prothesenelement usw. handle (angefochtene Verfügung, S. 3, Ziff. 8). Die hinterlegte Form hebe sich nicht in entscheidendem Masse vom Üblichen und Gewohnten ab (angefochtene Verfügung, S. 3, Ziff. 6). Daran ändere die Farbgebung bzw. den Farbanspruch nichts, denn rosarote bzw. hautähnliche Farben seien für diese Art von Waren üblich (angefochtene Verfügung, S. 4, Ziff. 6). Folglich würden die Abnehmer in der

gewählten Farb- und Formkombination keinen betrieblichen Herkunftshinweis erkennen (angefochtene Verfügung, S. 4, Ziff. 7). Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, die hinterlegte Form stelle eine unterscheidungskräftige Marke dar: Im sehr spezifischen Marktsegment der Hüftgelenksgugeln bestehe nämlich die besondere Kennzeichnungsgewohnheit, unübliche Farben als betrieblichen Herkunftshinweis einzusetzen. Aufgrund der prägenden Farbgebung hebe sich das hinterlegte Zeichen deutlich von anderen im Warenssegment vorzufindenden Farbgebungen ab. Gesamthaft stelle die Form und Farbgebung ein unterscheidungskräftiges Zeichen dar.

E. 5.3

Das Zeichen beansprucht Schutz im Zusammenhang mit "Implants pour ostéosynthèses, endoprothèses et substituts d'organes, ancrés pour endoprothèses, produits de substitution de surface articulaire, produits d'écartement osseux; sphères d'articulations coxo-fémorales, cupules acétabulaires, fosses acétabulaires". Endoprothesen sind Implantate, welche dauerhaft im Körper bleiben und den geschädigten Körperteil ganz oder teilweise ersetzen (Definition "Endoprothese" in: Duden Wörterbuch medizinischer Fachbegriffe, 8. überarbeitete und ergänzte Auflage, 2007, S. 265). Darunter fallen insbesondere Hüft- und Knieprothesen (Definition "Endoprothese" in: Pschyrembel Klinisches Wörterbuch 2013, 264. Aufl., S. 581 und 2107; Beschwerdebeilage 13, S. 18). Wird lediglich die Oberfläche des Gelenkkopfes entfernt und ersetzt, spricht man von Oberflächenersatz (produit de substitution de surface articulaire) (vgl. <http://www.orthoklinik-lueneburg.de/neupage/>; http://www.implantcast.ch/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=956&Itemid=161&lang=de, zuletzt besucht am 5. Oktober 2016). Der Oberflächenersatz eines Hüftgelenks kann aus einer Hüftkappe und einer Hüftpfanne bestehen (vgl. http://www.implantcast.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=47%3Aaccis-hueftsystem&catid=28%3Ahueftkappensystem&Itemid=19&lang=de, zuletzt besucht am 5. Oktober 2016). Entsprechend können die Waren "produits de substitution de surface articulaire" aus den Waren "sphères d'articulations coxo-fémorales, cupules acétabulaires, fosses acétabulaires" (Hüftgelenksgugeln, Hüftgelenksschalen/-pfannen) bestehen. Als Organersatz (substitut d'organes) werden medizintechnische Vorrichtungen bezeichnet, welche die Funktionen von Organen temporär oder dauerhaft unterstützen oder gar übernehmen können (vgl. Definition "Organersatz" in: Glossar der Transplantationsmedizin, abrufbar unter: <http://www.bag.admin.ch/transplantation/index.html?lang=de> > Wissen > Forschung > Künstliche Organe und Gewebe > Glossar). Darunter fallen unterschiedliche Systeme wie technische Systeme, welche sich ausserhalb des Körpers befinden (z.B. Dialyseapparat), Implantate (z.B. ein Herzschrittmacher oder Knochenersatz) sowie Technologien mit lebenden Zellen (z.B. Apparaturen, welche die Funktionen der Leber übernehmen können und hierfür biologischen Material verwenden) (vgl. <http://www.bag.admin.ch/transplantation/00698/02593/index.html?lang=de>). Knochenimplantate können folglich als Organersatz qualifiziert werden, was wiederum dazu führt, dass die Waren "substituts d'organes" Knochenimplantate wie einen Hüftgelenkshopf bzw. eine Hüftgelenkspfanne mitumfassen.

E. 5.4.1

Wie die Beschwerdeführerin ausführt, ist allen Formen von Gelenkkugeln die runde, glatte Aussenseite des Kugelkopfes gemein (Beschwerde, S. 14, Rz. 37). Dennoch bestehe - so die Beschwerdeführerin - eine Vielfalt an möglichen Formen für Hüftgelenksgugeln

(Beschwerde, S. 14, Rz. 36). Diese Formenvielfalt zeige sich insbesondere in den Gestaltungen der jeweiligen Öffnung bzw. der Unterseite des Kugelkopfes (Beschwerde, S. 14, Rz. 37). Zum Formenschatz ist festzuhalten, dass ein Gelenkskopf naturgemäss rund bzw. abgerundet sein muss. Eine quadratische Form ist daher ausgeschlossen. Entsprechend entspricht die Grundform einer Gelenkskugel einer gefüllten Kugel, wobei die Kugel jeweils an einem Ende abgeflacht und an dieser Seite mittig eine Öffnung angebracht ist. Wie die Beschwerdeführerin ausführt, ergibt der Vergleich der existierenden Warenformen, dass deren Unterschiede in erster Linie in der Gestaltung der jeweiligen Öffnung liegen (Beschwerde, S. 14, Rz. 36), wobei dies an der soeben beschriebenen Grundform nichts ändert.

E. 5.4.2

In Bezug auf die farbliche Gestaltung solcher Waren stimmen die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz dahingehend überein, dass eine monochrome Einfärbung der Waren üblich ist (Beschwerde, S. 14, Rz. 37 und S. 18, Rz. 48; angefochtene Verfügung, S. 4 f., Ziff. 8 f.). Farblich sind diese Waren je nach Material unterschiedlich gestaltet (Beschwerde, S. 14, Rz. 36 sowie S. 18, Rz. 48). Im Zusammenhang mit der Farbgestaltung bringt die Beschwerdeführerin vor, es herrsche im betreffenden Warenssegment quasi ein Kennzeichnungsnotstand (Beschwerde, S. 15, Rz. 40 ff.). Aufgrund der glatten Oberflächengestaltung der Implantatskomponenten könne einzig die Farbgestaltung als zur Form hinzukommendes Identifizierungsmerkmal dienen (Beschwerde, S. 15, Rz. 40). Ausserdem handle es sich bei Hüftgelenkskugeln um Zuliefererware, welche ausschliesslich an Prothesenhersteller verkauft werde, die ihrerseits daraus vollständige Prothesensysteme herstellen und unter ihrer einheitlichen Kennzeichnung vermarkten (Beschwerde, S. 15, Rz. 41). Entsprechend seien die Hersteller von Hüftgelenkskugeln dazu übergegangen, ihre Waren mit ungewöhnlichen Farben einzufärben (Beschwerde, S. 16, Rz. 42 f.). Mit Hinweis auf die eidesstaatlichen Erklärungen zweier neuseeländischer Fachärzte (Beschwerdebeilagen 10 und 11) erklärt die Beschwerdeführerin, sie sei die weltweit einzige Herstellerin, welche ihre Waren im beanspruchten Farbton einfärbe (Beschwerde, S. 16, Rz. 42 f.). Die betroffenen Abnehmer würden die Farbgebung daher klar als betrieblichen Hinweis auf die Beschwerdeführerin verstehen (Beschwerde, S. 19, Rz. 51). Dem hält die Vorinstanz anhand von Bildrecherchen entgegen, dass die rosafarbene Einfärbung von Gelenkkugeln üblich sei (angefochtene Verfügung, S. 5, Ziff. 9 f. mit Hinweis auf Beilagen 4-12). Hierzu ist festzuhalten, dass aus den vorgebrachten Belegen jedenfalls hervorgeht, dass Gelenkkugeln aus Metall meist silbern und nicht mit einer zusätzlichen Farbschicht erhältlich sind. Keramische Kugeln sind hingegen üblicherweise monochrom eingefärbt, nämlich weiss- bzw. cremefarben. Demzufolge kann vorliegend festgestellt werden, dass eine Einfärbung der Kugeln per se üblich ist.

E. 5.4.3

Im beanspruchten Warenssegment ist die Formenvielfalt gemäss der Beschwerdeführerin (Beschwerde, S. 14, Rz. 36) gross. Die Vorinstanz bestreitet diese Einschätzung nicht direkt und weist darauf hin, dass es bei grosser Formenvielfalt schwieriger sei, eine nicht banale sondern unterscheidungskräftige Form zu schaffen (angefochtene Verfügung, S. 4, Ziff. 6). Jedenfalls kann vorliegend festgehalten werden, dass sich die strittige Formmarke grundsätzlich weder von der Grundform noch von der Grundgestaltung unterscheidet: Die Unterseite der in der Formmarke abgebildeten, monochrom eingefärbten Form ist flach und bis auf die Öffnung ausgefüllt.

E. 5.5

Die Formmarke stellt unstreitig einen möglichen Hüftgelenkskopf bzw. eine Hüftgelenkskugel dar, weshalb die Waren "cupules acétabulaires, substituts d'organes, produits de substitution de surface articulaire" in der Formmarke direkt abgebildet sind. Weiter beschreibt die hinterlegte Form einen möglichen Bestandteil der Waren "endoprothèses, ancrés pour endoprothèses, sphères d'articulations coxo-fémorales, fosses acétabulaires". Eine Hüftprothese ist nämlich aus mehreren Komponenten aufgebaut. Je nachdem, ob es sich um eine Totalendprothese oder eine Teilprothese handelt, werden verschiedene Komponenten eingesetzt. Grundsätzlich besteht eine Totalendprothese der Hüfte aus einem Prothesenschaft, einem Hüftkopf (wie in der strittigen Formmarke abgebildet), einem sogenannten Inlay sowie einer Hüftpfanne (Beschwerdebeilage 13, S. 18; vgl. auch <http://www.operation-endoprothetik.de/huefte/hueft-tep/>, https://gelenk-doktor.de/hueft-gelenk/hueftprothese-huefttotalendprothese#hueftprothese_1, beide zuletzt besucht am 5. Oktober 2016). Sämtliche Elemente sind daher aufeinander abgestimmt. Insofern ist die Formmarke im Zusammenhang mit den Waren "endoprothèses, ancrés pour endoprothèses, sphères d'articulations coxo-fémorales, fosses acétabulaires" zwar nicht die direkte Abbildung der gesamten Waren selbst, aber eines Bestandteils (im Falle der Endoprothesen) bzw. eines Elementes, an welches die Waren (im Falle der Waren "ancrés pour endoprothèses, sphères d'articulations coxo-fémorales, fosses acétabulaires") angepasst sind. Der Vorinstanz ist daher im Zusammenhang mit den Waren "cupules acétabulaires, substituts d'organes, produits de substitution de surface articulaire, endoprothèses, ancrés pour endoprothèses, sphères d'articulations coxo-fémorales, fosses acétabulaires" zu folgen, wenn sie die Formmarke als direkte Beschreibung der beanspruchten Waren bzw. deren Elemente beurteilt.

E. 5.6

Auch im Zusammenhang mit einem Knochendistanzstück (produits d'écartement osseux) weist die strittige Marke Ähnlichkeiten zu den branchenüblichen Gestaltungen auf. Knochendistanzstücke werden je nach Einsatzgebiet unterschiedlich gestaltet. Während sie in der Knieorthopädie meist flach (plattenartig) sind (vgl. Produkte der Firmen ExacTech, Tecres S.P.A., Orthopaedic Innovation Ltd und OsteoRemedies LLC: <https://www.exac.com/products/spacers/interspace-knee>, http://www.tecres.it/en/products/orthopaedics/preformed-spacers/spacer-for-knee_11, <http://www.orthopaedicinnovation.com/Spacers.asp>, <http://www.osteoremedies.com/remedy-knee>; alle zuletzt am 5. Oktober 2016 besucht), haben Knochendistanzstücke, die in der Hüft- und Schulterorthopädie eingesetzt werden, analog einer Prothese, meist ein Kopfstück (vgl. Beispiele von Knochendistanzstücke für Hüften: <http://www.osteoremedies.com/remedy-hip>, <http://www.orthopaedicinnovation.com/Spacers.asp>, <http://www.tecres.it/en/products/orthopaedics/preformed-spacers/hip-spacer>, <https://www.exac.com/products/spacers/interspace-hip>; vgl. Beispiele für Knochendistanzstücke für Schultern: <https://www.exac.com/products/spacers/interspace-shoulder>, <http://www.tecres.it/en/products/orthopaedics/preformed-spacers/shoulder-spacer>; alle zuletzt am 5. Oktober 2016 besucht). Teilweise können die Köpfe der Knochendistanzstücke auf die Schaftstücke aufgeschraubt werden (vgl. die Produkte unter <http://www.osteoremedies.com/remedy-hip> und

<http://www.osteoremedies.com/remedy-shoulder>, zuletzt am 5. Oktober 2016 besucht). Selbst wenn in der hinterlegten Formmarke keine Rillen sichtbar sind, welche auf einen Schraubmechanismus hinweisen, entsprechen die Formen der auffindbaren Kopfstücke der in der Formmarke abgebildeten Form, nämlich einen halbrunden Kugelkopf mit einer mittig angebrachten Öffnung. Demzufolge beschreibt die hinterlegte Formmarke ein möglicher Bestandteil eines Knochendistanzstückes.

E. 5.7

Gleiches gilt schliesslich auch im Zusammenhang mit "implants pour ostéosynthèses" (Implantate für die Osteosynthese). Die Osteosynthese ist ein operatives Verfahren zur Wiederherstellung der Kontinuität und Funktionsfähigkeit von Knochen mittels mechanischer Hilfsmittel (Definition "Osteosynthese" in: Pschyrembel Klinisches Wörterbuch 2013, 264. Aufl., S. 1535; Definition "Osteosynthese" in: Duden Wörterbuch medizinischer Fachbegriffe, a.a.O., S. 570). Bei diesen Hilfsmitteln handelt es sich - soweit Implantate überhaupt zum Einsatz kommen - mehrheitlich um Schrauben und Platten bzw. Verbindungsstücke, welche an die Knochenfragmente angebracht werden (vgl. Prof. Dr. med. Christoph Eingartner, Vorlesungsskript: Implantate zu Osteosynthese und Gelenkersatz, Studiengang Bachelor of Allied Health, Orthopädie und Unfallchirurgie, Steinbeis Universität Berlin, abrufbar unter <http://www.eingartner.com> > Kompetenzen > Downloads). Die hinterlegte Form entspricht zwar nicht direkt einem Implantat für Osteosynthese, doch sind auch hier die Unterschiede zu den üblichen Formen und namentlich zur naturgegebenen Rundung des Gelenkkopfs (vgl. E. 5.4.1 hiervor) zu gering, um das Zeichen auch insoweit unterscheidungskräftig zu machen (vgl. auch Urteil des BVerG B-5120/2014 vom 20. Dezember 2016 E. 5.9 "élément de prothèse [fig.]").

E. 5.8

Zusammenfassend ist im Zusammenhang mit den strittigen Waren festzustellen, dass vorliegend Schutz für eine übliche Form einer Gelenksgugel und damit für einen Bestandteil dieser Waren beantragt wird. Die strittige Form ist selbst für jene Waren nicht überraschend, welche üblicherweise an die Waren "cupules acétabulaires" angepasst angeboten werden. Damit verleiht die Form an sich dem Zeichen im Zusammenhang mit diesen Waren keine Unterscheidungskraft. Stellt sich folglich die Frage, ob die Farbgestaltung das Zeichen unterscheidungskräftig macht. Dass die Beschwerdeführerin allenfalls die einzige Anbieterin ist (Beschwerde, S. 16, Rz. 42 f.), welche ihre Waren im beanspruchten Farbton "Rose (Pantone 677 C, édition 2010)" einfärbt, kann vorliegend nicht zu ihren Gunsten ausgelegt werden. Denn obschon die Einfärbung einer Endoprothese bzw. deren Bestandteile aufgrund der Tatsache, dass sie im Körper verbleiben, keine gestalterische Funktion übernimmt (Beschwerde, S. 17, Rz. 45 und S. 19, Rz. 50), bleibt die monochrome Einfärbung einer Gelenksgugel an sich üblich (vgl. E. 5.4.2 hiervor). Wie die Beschwerdeführerin selber ausführt (Beschwerde, S. 14, Rz. 36 sowie S. 18, Rz. 48), sind diese Waren je nach Material (Keramik oder Stahl), weiss bzw. cremefarben sowie silbern eingefärbt. Damit hebt sich der beanspruchte Farbton, welcher einem blassen Rosa (<https://www.pantone.com/color-finder?q=677+C>) entspricht, nur wenig von einer üblichen weissen bzw. cremefarbenen Einfärbung ab. In Anbetracht dessen, dass sich die beanspruchte Farbgestaltung des hinterlegten Zeichens kaum von den üblichen Einfärbungen unterscheidet, verhilft der beanspruchte Farbton dem Zeichen selbst bei einer kleinen Formenvielfalt nicht zur originären Unterscheidungskraft. Die hinterlegte Farb- und Formmarke unterscheidet sich nahezu nicht von der Grundform bzw. Grundgestaltung.

E. 6

Nachdem die originäre Unterscheidungskraft des Zeichens verneint wird, ist zu prüfen, ob sich das Zeichen wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht (Beschwerde, S. 20, Rz. 53 ff.), im Zusammenhang mit den strittigen Waren im Verkehr durchgesetzt hat.

E. 6.1.1

Verkehrsdurchsetzung bedeutet, dass ein ursprünglich nicht unterscheidungskräftiges Zeichen dadurch Unterscheidungskraft erlangt, dass es von einem erheblichen Teil der Adressaten im Wirtschaftsverkehr als individualisierender Hinweis auf bestimmte Produkte eines Unternehmens verstanden wird (BGE 130 III 331 E. 3.1 "Swatch"; Urteil des BVGer B-2418/2014 vom 17. Februar 2016 E. 6.1.1 "[bouton] [fig.]"). Zeichen, die Gemeingut sind, können dadurch nachträglich markenrechtlichen Schutz erlangen, sofern an ihnen kein absolutes Freihaltebedürfnis besteht (BGE 134 III 314 E. 2.3.2 "M/M-joy"; Urteil des BVGer B-5169/2011 vom 17. Februar 2012 E. 2.5 "Oktoberfest-Bier"). Ein solches kann insbesondere dann verneint werden, wenn den Konkurrenten eine Vielzahl gleichwertiger Alternativen zur Verfügung steht, so dass die Bezeichnung für den Verkehr nicht unentbehrlich ist (BGE 137 III 82 E. 3.3 "Hotel-Sterne" mit Verweis auf BGE 134 III 321 E. 2.3.3 "M/M-Joy" und BGE 131 III 121 E. 4.4 "Smarties"; Urteil des BGer 4A_370/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 5.1 "Post").

E. 6.1.2

Die Durchsetzung eines Kennzeichens im Verkehr kann aus Tatsachen abgeleitet werden, die einen Rückschluss auf seine Wahrnehmung durch das Publikum erlauben, zum Beispiel langjährige, bedeutsame Umsätze und intensive Werbeanstrengungen. Sie kann auch durch eine repräsentative Befragung des massgebenden Publikums (demoskopisches Gutachten) belegt werden (BGE 130 III 332 E. 3.1 "Swatch Uhrband", BGE 131 III 131 E. 6 "Smarties"). Da die Behörde in ihrer Beweiswürdigung frei ist, gelten keine festen Beweismittelvorgaben. Deshalb wäre zum Beispiel die Vorgabe unzulässig, ein Nachweis könne in jedem Fall nur mittels eines demoskopischen Gutachtens erbracht werden. Stattdessen sind alle Beweismittel erlaubt, die geeignet sind, die Verkehrsdurchsetzung nachzuweisen (Urteil des BVGer B-4763/2012 vom 16. Dezember 2013 E. 6.2.1 m.w.H. "Betonhülse"; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl. 2013, S. 200 Rz. 3.124; Christoph Auer, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG]*, Zürich 2008, Art. 12, N. 18; Marbach, *SIWR III/1*, Rz. 466). Dementsprechend kann für den Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung nebst dem Nachweis mittels demoskopischem Gutachten auch auf Indizien wie langjährige bedeutsame Umsätze der Marke, intensive Werbeanstrengungen und unangefochtene Alleinstellung abgestellt werden (Marbach, *SIWR III/1*, Rz. 455; David Rüetschi, in: Noth/Bühler/Thouvenin, [Hrsg.], *Markenschutzgesetz [MSchG]*, Bern 2009, Beweisrecht, Rz. 75). Grundsätzlich sind Belege betreffend die ganze Schweiz einzureichen; eine bloss lokale Durchsetzung genügt nicht (BGE 128 III 441 E. 1.2 "Appenzeller", BGE 127 III 33 E. 2 "Brico"). Je weniger unterscheidungskräftig ein Zeichen ursprünglich ist, desto dichter müssen die Indizien für die Verkehrsdurchsetzung dargelegt werden (BGE 128 III 441 E. 1.4 "Appenzeller", BGE 117 II 321 E. 3.a "Valser"), ohne dass dafür ein höherer Beweisgrad oder eine stärkere Verbreitung des Zeichens erforderlich wird. Eine Verkehrsdurchsetzung glaubhaft zu machen, kann schwierig sein (Urteil des BGer vom 30. November 2009 4A_434/2009 E. 3 "Radio Suisse Romande"; Urteil des BVGer

B-2609/2012 vom 28. August 2013 E. 6 f. "Schweizer Fernsehen"). In zeitlicher Hinsicht erwartet die Vorinstanz für das Glaubhaftmachen der Verkehrsdurchsetzung einer Marke in der Regel einen belegbaren Markengebrauch während zehn Jahren (Richtlinien in Markensachen vom 1. Juli 2014, Titel 10, Ziff. 10.2.5, S. 149; Marbach, SIWR III/1, Rz. 459 f.). In besonderen Fällen kann auch eine kürzere Gebrauchsperiode genügen (Urteil des BVGer B-2225/2011 vom 7. Mai 2012 E. 2.3.2 m.w.H. "Ein Stück Schweiz"; Adrian P. Wyss, Die Verkehrsdurchsetzung im schweizerischen Markenrecht, Bern 2013, S. 51 f.).

E. 6.1.3

Vorliegend sind sich Vorinstanz und Beschwerdeführerin einig, dass kein absolutes Freihaltebedürfnis besteht. Das Bundesverwaltungsgericht schliesst sich dieser Beurteilung an, da das Zeichen für den Verkehr nicht unentbehrlich ist und genügend Alternativen zur Verfügung stehen (BGE 131 III 121 E. 4.4 "Smarties"). Die Verkehrsdurchsetzung kann demnach geprüft werden.

E. 6.2

Zur Glaubhaftmachung einer Durchsetzung im Verkehr in der Schweiz legt die Beschwerdeführerin zwei Auswertungen einer demoskopischen Umfrage ins Recht. Ihrer Ansicht nach zeigen diese, dass sich die hinterlegte kombinierte Formmarke in der Schweiz für die beanspruchten Waren im Verkehr durchgesetzt habe. Die Vorinstanz verneint hingegen die Glaubhaftmachung der Verkehrsdurchsetzung der strittigen Formmarke in der Schweiz. Sie bemängelt in erster Linie, dass in der demoskopischen Umfrage kein repräsentativer Anteil der Verkehrskreise in der Schweiz befragt wurde. Weiter würden die zumeist undatierten, ergänzenden Belege keinen langjährigen Gebrauch der strittigen Formmarke in der Schweiz aufzeigen.

E. 6.2.1

Demoskopische Gutachten können die Wahrnehmung des Marktauftritts bis zu einem gewissen Grad abbilden, jedoch sind deren Ergebnisse im Rahmen der Beweiswürdigung für die Gerichte nicht bindend (Urteil des BVGer B-5653/2015 vom 14. September 2016 E. 8.2 m.w.H. "Havana Club [fig.]/Cana Club [fig.]"; Marbach, SIWR III/1, N. 462 ff., 942 ff.). Es ist Aufgabe des Gerichts, die Eignung des Gutachtens zu prüfen sowie festzustellen, ob es korrekt erstellt wurde und ob die Kriterien der Wiederhol-, Überprüf- und Nachvollziehbarkeit beachtet wurden (Urteil des BVGer B-5169/2011 vom 17. Februar 2012 E. 2.8 "Oktoberfest-Bier", mit Hinweis auf Marbach, SIWR III/1, N. 463).

E. 6.2.2

Die vorgelegte demoskopische Umfrage (Beschwerdebeilagen 15 und 16) wurde anlässlich des vom 24. bis 25. Mai 2012 in Berlin veranstalteten 13. EFORT-Kongress zur Bekanntheit der strittigen Formmarke durchgeführt. Gegenstand der Umfrage war die Frage, inwieweit eine den Befragten während des Interviews gezeigte Abbildung für künstliche Hüft- und Kniegelenke als Marke bekannt sei (Beschwerdebeilagen 15 und 16, S. 1). Bei der Abbildung handelte es sich um die im Markeneintragungsgesuch hinterlegte Abbildung der Formmarke (vgl. dazu die Abbildung unter Sachverhaltsziffer A hiervor). Befragt wurden insgesamt 239 Personen. Diese wurden aus dem Passantenstrom der Kongressteilnehmer zufällig ausgewählt (vgl. Beschwerdebeilage 15 und 16, S. 1). Beruflich gehörten die Befragten im weitesten Sinne dem Bereich der orthopädischen Chirurgie an, wobei es sich mehrheitlich um Fachärzte handelte. Die Beschwerdeführerin legt von derselben Umfrage zwei verschiedene Auswertungen ins Recht: Während in der

einen Version einzig die Ergebnisse der deutschsprachigen Teilnehmer (Beschwerdebeilage 15) dargestellt sind, werden in der zweiten Version die Ergebnisse aller europäischer Teilnehmer (Beschwerdebeilage 16) aufgeführt. So waren von den 239 Personen 111 deutschsprachig (Beschwerdebeilage 15, S. 6) und 99 Befragte deutscher Nationalität (Beschwerdebeilage 16, S. 6). Von den gesamthaft 239 befragten Personen waren u.a. 8 Chirurgen der Traumatologie (davon 6 deutschsprachig [Beschwerdebeilage 15, S. 6]), 135 Chirurgen anderer medizinischen Disziplinen (davon 54 deutschsprachig [Beschwerdebeilage 15, S. 6]) und 77 Orthopäden (davon 42 deutschsprachig [Beschwerdebeilage 15, S. 6]).

E. 6.2.3

Auf die Frage, ob ihnen das abgebildete Produkt im Zusammenhang mit künstlichen Hüft- oder Kniegelenken bekannt vorkomme oder nicht, antworteten von den 111 deutschsprachigen Kongressteilnehmern (Beschwerdebeilage 15, S. 10) 88 Personen (n=111, 79,3%) mit Ja, 19 Personen mit "ich glaube/kommt mir bekannt vor" (n=111, 17.1%) sowie 4 Personen mit "Nein/weiss nicht" (n=111, 3.6%) (Beschwerdebeilage 15, S. 10). Von den Personen, die das abgebildete Produkt kannten bzw. denen es bekannt vorkam (d.h. 107 Personen), gaben 82 (n=111, 73.9%) bzw. 11 (n=111, 9.9%) Personen an, das Produkte weise auf einen spezifischen Hersteller bzw. mehrere Hersteller hin, wohingegen 14 Personen (n=111, 12.6%) der Meinung waren, das Produkt weise auf keinen spezifischen Hersteller hin. Diejenigen Befragten, die das Produkt kannten oder zu kennen glaubten, und die es einem bzw. mehreren Herstellern zuordnen konnten (d.h. 82 Personen), wurden nach dem Namen des Herstellers gefragt. 78 Personen (n=111, 70.3%) gaben an, den Namen zu kennen und gaben - ohne das ihnen ein Name vorgelegt wurde - zu 46.8% (n=111; wobei es 52 von 78 Personen sind) den Namen der Beschwerdeführerin sowie zu 4.5% (n=111; wobei es 4 von 78 Personen sind) den Markennamen des strittigen Produkts an. Damit gaben 96.4 % der 111 deutschsprachigen befragten Personen an, das abgebildete Produkt im Zusammenhang mit künstlichen Hüft- und Kniegelenk zu kennen bzw. glauben zu kennen. Der Kennzeichnungsgrad beträgt 73.9%. Wiederum - ohne dass ihnen ein Firmenname bzw. eine Marke vorher genannt worden wäre - gaben 54% der Befragten als Herstellerin die Beschwerdeführerin bzw. deren Wortmarke an.

E. 6.2.4

Die Umfrageergebnisse in Bezug auf die europäischen Teilnehmern (Beschwerdebeilage 16) zeigen, dass die Abbildung der hinterlegten Formmarke im Zusammenhang mit Hüft- und Kniegelenken bei den 99 deutschen Teilnehmern einen Bekanntheitsgrad von 96% sowie eine namentliche Zuordnung zur Beschwerdeführerin bzw. ihre Wortmarke von 54.5% auslöst. In Bezug auf die Befragten aus den Ländern Frankreich, Italien, Belgien und Niederlanden zeigen die Ergebnisse einen Bekanntheitsgrad von 100% sowie einen namentlichen Zuordnungsgrad zur Beschwerdeführerin bzw. ihre Wortmarke von 52.4% (vgl. Beschwerdebeilage 16, S. 4).

E. 6.2.5.1

Im Zusammenhang mit der durchgeführten demoskopischen Umfrage ist - unabhängig der jeweiligen Auswertung - festzuhalten, dass die Befragung in Berlin stattgefunden hat. Die Durchsetzung des Zeichens im Verkehr ist grundsätzlich für die ganze Schweiz nachzuweisen, wobei entscheidend ist, dass mindestens die drei grossen Landesteile bzw. Sprachregionen der Schweiz entsprechend ihren Anteilen an der schweizerischen

Gesamtbevölkerung berücksichtigt werden (vgl. Richtlinien des Instituts in Markensachen, Teil 4, Ziff.10.3.5, S. 152). Ist ein Zeichen nicht sprachgebunden, ist unter Umständen eine regional durchgeführte Umfrage für die demoskopische Beweisführung ausreichend (BGE 131 III 121 E. 7.3 "Smarties"). In solch einem Fall ist jedoch glaubhaft zu machen, dass das Zeichen in der ganzen Schweiz auf die gleiche Art verwendet wird und Werbeaufwand wie Umsatzzahlen in allen Landesteilen vergleichbar sind (BGE 131 III 121 E. 7.3 "Smarties"). Vorliegend wurden die Umfragen zwar anlässlich des alljährlich stattfindenden Kongresses der EFORT European Federation of National Associations of Orthopaedics and Traumatology (<https://www.efort.org/>), der auch die Schweizerische Gesellschaft für Orthopädie und Traumatologie angehört, durchgeführt. Dieser international ausgerichtete Kongress findet jeweils in einem der Mitgliedsstaaten, u.a. 2016 in der Schweiz, statt, und zieht so Fachpublikum über die Grenzen hinweg an. Es ist daher anzunehmen, dass schweizerische Fachärzte eine Weiterbildungsveranstaltung auch im Ausland besuchen, auch wenn gemäss dem Veranstaltungskalender der Schweizerischen Gesellschaft für Orthopädie und Traumatologie in der Schweiz je einen jährlichen Fachkongress und Fortbildungstag sowie diverse Vortragsveranstaltungen stattfinden (vgl. <http://www.swissorthopaedics.ch/de/Veranstaltungen/Veranstaltungen-1>). So geht immerhin aus den Ergebnisunterlagen bezüglich der deutschsprachigen Befragten (Beschwerdebeilage 15) hervor, dass mit der Frage "Origin of respondent" vorliegend geklärt wurde, dass von den 111 deutschsprachigen Befragten 99 Personen deutscher und 9 Personen schweizerischer Herkunft waren (vgl. Beschwerdebeilage 15, S. 28). Die Umfrageergebnisse bezüglich der europäischen Teilnehmern zeigen gar keine schweizerischen Ergebnisse und die Ergebnisse der französisch- bzw. italienischsprechenden Teilnehmern wurden nicht gesondert, sondern gemeinsam mit denjenigen der Benelux-Ländern zusammengefasst (Beschwerdebeilage 16, S. 28). Angesichts dessen, dass die Umfrage nicht in der Schweiz stattfand, ist die Nationalität der Befragten nicht mehr als ein Hinweis. Die Herkunft der Teilnehmenden sagt in diesem Zusammenhang auch wenig darüber aus, in welchem Land die Befragten tatsächlich tätig sind. So kann nicht zugunsten der Beschwerdeführerin angenommen werden, die nichtschweizerischen Befragten seien in der Schweiz tätig. Entsprechend ist einzig auf die 9 Personen schweizerischer Herkunft abzustellen, wobei hierbei kritisch anzumerken ist, dass deren Umfrageergebnisse nicht gesondert aufgeführt wurden (Beschwerdebeilage 15). Es besteht daher keine Sicherheit darüber, wie die schweizerischen Befragten das abgebildete Produkt wahrnehmen und ob sie es überhaupt kennen (vgl. zum Beispiel Beschwerdebeilage 15, S. 10 sowie E. 6.2.3 hiervor). Aufgrund dieser Unklarheiten bezüglich dem Verständnis im schweizerischen Markt greift der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach angesichts des zahlenmässig eingeschränkten Verkehrskreises bereits eine geringe Anzahl von Befragten für die Glaubhaftmachung einer Verkehrsdurchsetzung ausreicht (Beschwerde, S. 12, Rz. 31; Replik, Rz. 12), nicht. Selbst wenn angesichts der Tatsache, dass in der Schweiz gemäss einer Übersicht der FMH im Jahr 2013 rund 900 Fachärzte der chirurgischen Orthopädie in der Schweiz tätig waren (Beschwerdebeilage 14, S. 469), sind 9 Personen nicht ausreichend, um eine schweizweite Durchsetzung der Formmarke glaubhaft zu machen. Dies würde selbst dann gelten, wenn es sich bei diesen 9 Personen ausschliesslich um Fachärzte der orthopädischen Chirurgie handelt und diese die Formmarke der Beschwerdeführerin zuordnen könnten.

E. 6.2.5.2

Weiter ist im Zusammenhang mit der Umfrage festzustellen, dass diese auf dem Gelände des gleichentags und gleichenorts stattfindenden kommerziellen Fachkongresses durchgeführt wurde (vgl. Beschwerdebeilagen 15 und 16, jeweils S. 1). Grundsätzlich hat eine demoskopische Umfrage in einem neutralen Umfeld durchgeführt zu werden, da die unmittelbare Nähe zum Objekt zu Verzerrungen des ermittelten Kennzeichnungsgrades führen kann (Wyss, a.a.O., S. 205). Vorliegend geht aus den Unterlagen hervor, dass die Befragten jeweils zufälligerweise aus dem Besucherstrom des Fachkongresses ausgesucht wurden. Diese Personen waren demnach auf dem Weg zum oder aus dem Kongress hinaus. Es ist anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin, welche am EFORT-Kongress des Jahres 2014 einen Stand betrieb (vgl. in diesem Zusammenhang das Urteil des BVGer B-5120/2014 vom 20. Dezember 2016 E. 6.3.4.3 "[fig.] [élément de prothèse]") als deutsches Unternehmen bereits im Jahr 2012 als der Kongress in Berlin stattfand und die Umfrage durchgeführt wurde, einen Stand betrieb. Es kann somit nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Befragten vor der Umfrageteilnahme in der Nähe des Verkaufsstandes der Beschwerdeführerin aufgehalten haben und dadurch in ihrem Antwortverhalten beeinflusst wurden. Es muss jedenfalls festgestellt werden, dass die Umfrage nicht in einem gänzlich neutralen Umfeld stattgefunden hat.

E. 6.2.5.3

Damit ist bezüglich der vorgebrachten Umfrage festzuhalten, dass diese nicht geeignet ist, die Verkehrsdurchsetzung des strittigen Zeichens in der Schweiz glaubhaft zu machen. Weder wurde eine repräsentative Anzahl schweizerischer Verkehrsteilnehmer befragt, noch kann zugunsten der Beschwerdeführerin angenommen werden, die nichtschweizerischen Befragten seien in der Schweiz tätig sind und könnten allenfalls dem Verkehrskreis angehören. Zudem ist festzuhalten, dass sich die Beschwerdeführerin im Rahmen einer Verkehrsdurchsetzung nicht auf das Übereinkommen zwischen der Schweiz und Deutschland betreffend den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz (SR 0232.149.136) stützen kann. Einzig im Zusammenhang mit der Frage des rechtserhaltenden Gebrauchs kann sich ein Markeninhaber den Gebrauch der Marke in Deutschland gemäss Art. 5 Abs. 1 des Übereinkommens als rechtserhaltend anrechnen lassen (sofern er die schweizerischen Bedingungen zum rechtserhaltenden Gebrauch erfüllt). So kann eine im Ausland bestehende Verkehrsdurchsetzung sowie lediglich das Ausland betreffende Belege für die Glaubhaftmachung einer Verkehrsdurchsetzung in der Schweiz nicht mehr als eine Indizwirkung haben (Wyss, a.a.O., S. 83f.). Entsprechend hat die vorgebrachte demoskopische Umfrage selbst wenn eine Verkehrsdurchsetzung in Deutschland bejaht würde - was vorliegend ausdrücklich offen bleiben kann -, in der Schweiz nicht mehr als eine Indizwirkung.

E. 6.2.5.4

Schliesslich kann aufgrund des soeben Gesagten offengelassen werden, ob die vorgelegte demoskopische Umfrage, welche vier Monate nach der internationalen Registrierung der Marke durchgeführt wurde, aufgrund dessen überhaupt geeignet wäre, eine Verkehrsdurchsetzung im Zeitpunkt der internationalen Registrierung zu belegen (Urteil des BVGer B-279/2010 vom 3. Februar 2011 E. 4.4 "PARIS RE"; Wyss, a.a.O., S. 122).

E. 6.3.1

Gelingt der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung mittels Demoskopie nicht, kann er sich womöglich aus anderen Belegen ergeben. Werden demoskopische Beweismittel allerdings

mit Belegen kombiniert, muss beachtet werden, dass dies nur geht, solange das demoskopische Beweismittel keine einwandfreien Resultate liefert (Wyss, a.a.O., S. 242). Dass die vorgebrachte Umfrage nicht geeignet ist, für die Verkehrsdurchsetzung des strittigen Zeichens in der Schweiz einwandfreie Resultate zu liefern, wurde soeben festgestellt (vgl. E. 6.2 hiervor). Im vorliegenden Beschwerdeverfahren verwies die Beschwerdeführerin auf die im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Belege (Beschwerdebeilage 9), weshalb vorliegend zu überprüfen ist, ob der Beschwerdeführerin die Glaubhaftmachung der Verkehrsdurchsetzung mittels dieser ergänzenden Belege gelingt.

E. 6.3.2

Diesfalls stellt der markenmässige Gebrauch eine zwingend zu prüfende Voraussetzung des Verkehrsdurchsetzungstatbestands dar (Urteil des BVGer B-2225/2011 vom 7. Mai 2012 E. 2.3.4 "Ein Stück Schweiz"; Wyss, a.a.O., S. 108 f.). Ein zwar kennzeichenmässiger aber nicht markenmässiger Gebrauch genügt nicht (Urteil des BVGer B-8240/2010 vom 27. Februar 2012 E. 2.4 "Aus der Region. Für die Region."; Wyss, a.a.O., S. 182 f.). Dieser legt vielmehr nahe, dass die Abnehmer das Zeichen als Firma oder als reine Beschreibung wahrnehmen (Wyss, a.a.O., S. 183). Damit liegt jedoch kein Nachweis vor, wonach die Abnehmer das Zeichen als Marke wahrnehmen (Wyss, a.a.O., S. 183). Es soll also glaubhaft gemacht werden, dass das Zeichen als Marke wieder erkannt wird, wozu es eines ebensolchen Gebrauchs bedarf. Markenmässig ist der Gebrauch eines Kennzeichens im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren oder Dienstleistungen am entsprechenden Markt, d.h. der produktbezogene Gebrauch der Marke (Urteil des BVGer B-8240/2010 vom 27. Februar 2012 E. 2.4 "Aus der Region. Für die Region."; Wyss, a.a.O., S. 182). Dem steht der rein unternehmensbezogene, ausschliesslich firmenmässige, dekorative oder anderweitig produktunabhängige Gebrauch entgegen (Urteil des BVGer B-8240/2010 vom 27. Februar 2012 E. 2.4 "Aus der Region. Für die Region."). Ein Anbringen der Marke auf der Ware selbst oder deren Verpackung ist nicht erforderlich (Urteil des BVGer B-8240/2010 vom 27. Februar 2012 E. 2.4 "Aus der Region. Für die Region."). Der Zusammenhang von Marke und Produkt kann, sofern der Adressat darin einen spezifischen Produktbezug im Sinne eines Kennzeichens und nicht bloss einen allgemeinen Unternehmensbezug erkennt, auch anders hergestellt werden; so zum Beispiel durch die Verwendung des Zeichens in Angeboten, Rechnungen, Katalogen, Prospekten (Urteil des BVGer B-7405/2006 vom 21. September 2007 E. 6.9.1 "Mobility" mit Verweis auf Urteil des BGer 4C.229/2003 vom 20. Januar 2004 E. 5 "Tripp Trapp"). Insbesondere müssen Durchsetzungsbelege aber glaubhaft machen, dass die Marke auf dem Markt als solchem und so als Zeichen wahrgenommen wurde, wie sie geschützt werden soll (Urteile des BVGer B-958/2007 vom 9. Juni 2008 E. 7.3.1 m.w.H. "Post", B-7405/2006 vom 21. September 2007 E. 6.9.1 "Mobility").

E. 6.3.3

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die im Zeichen abgebildete Ware sei seit ihrer Markteinführung im Jahr 2003 in der hinterlegten Form und Farbgestaltung weltweit über 3 Mio. mal eingesetzt worden (Beschwerdebeilage 9, S. 11, Rz. 34). Sie legt hierzu eine interne Übersicht der Europalieferungen für die Jahre 2006 bis 2010 (Beilage 17 der Beschwerdebeilage 9; Vorakte 17, Beilage 17) ins Recht. Diese Übersicht geht von Zahlen des europäischen Dachverbands für Medizinprodukte-Unternehmen Eucomed aus, und zeigt, dass die Lieferungen von Implantatsköpfen in die Schweiz seit 2006 (rund 6000

Lieferungen) stetig angewachsen sind und 2010 rund 9'200 Lieferungen erfolgten. Auch die Lieferungen von keramischen Pfannenschalen in die Schweiz haben sich von 2006 bis 2010 praktisch verdoppelt, nämlich von nahezu 900 auf rund 1800 Lieferungen. Die Beschwerdeführerin hält fest, dass aus diesen Zahlen auf die Bekanntheit der Produkte der Beschwerdeführerin und damit auch auf die Bekanntheit der sie kennzeichnenden Farb- und Formgestaltung zu schliessen sei (Beschwerdebeilage 9, S. 12 f., Rz. 36 f.). Für die Jahre 2010 und 2011 legt die Beschwerdeführerin einerseits eine Auflistung von Lieferungen an Prothesenhersteller in die Schweiz vor (Beschwerdebeilage 9, S. 15, Rz. 41). Aus diesen Tabellen geht hervor, dass in den Jahren 2010 und 2011 insgesamt 107'519 Kugelköpfe bzw. 36'693 Pfannenschalen in die Schweiz geliefert wurden. Die von der Beschwerdeführerin für diese Jahre ebenfalls ins Recht gelegte eidesstaatliche Versicherung des Vertriebs- und Marketingleiters der Beschwerdeführerin (Beilage 18 der Beschwerdebeilage 9; Vorakte 17, Beilage 18) ist nicht zu beachten, da sie keine Lieferungen in die Schweiz aufführt. Setzt man die Anzahl gelieferter Stücke beispielsweise mit der Anzahl in der Schweiz jährlich eingesetzten Hüft-Totalprothesen, nämlich 16'000 (Stand 2011 gemäss der Schulthess Klinik [Beschwerdebeilage 13, S. 18]), in Verhältnis, zeigt sich, dass insbesondere in den Jahren 2010 und 2011 davon auszugehen ist, dass die Produkte der Beschwerdeführerin in der Schweiz häufig eingesetzt wurden. Jedenfalls weist die Beschwerdeführerin insbesondere in diesen zwei Jahren eine hohe Anzahl an Lieferungen an Implantatshersteller in der Schweiz aus.

E. 6.3.4

Die Beschwerdeführerin gibt weiter an, sie setze die Farb- und Formkombination intensiv auch in der Werbung für die vierte Produktgeneration ihrer Hüftgelenkskugeln und Pfanneninserts ein (Beschwerdebeilage 9, S. 15, Rz. 42). Ihre Angabe, wonach der Werbeetat des massgebenden Geschäftsbereichs der Beschwerdeführerin sich im Jahre 2012 auf ca. 2,3 Mio. Euro sowie im Jahr 2013 auf rund 3 Mio. Euro belaufen habe, belegt sie allerdings nicht. Auch ist nicht erkennbar, ob es sich um den die Schweiz betreffende Werbeetat handelt. Die vorgebrachten Marketingaktivitäten (Beschwerdebeilage 9, S. 19 ff., Rz. 48 ff.) belegt die Beschwerdeführerin ebenfalls nicht. Zwar ist die strittige Formmarke mehrheitlich in den Werbungen abgebildet, und zwar - trotz gemeinsamer Verwendung mit der Wortmarke - stets so, dass sie als solche erkennbar ist. Dennoch sind diese Werbeplakate nicht zu beachten: So ist keines der dargestellten Werbeplakate datiert (Beschwerdebeilage 9, S. 20 f.). Weiter sind die Plakate in Englisch gehalten, was jedenfalls ohne nähere Angaben nicht darauf hindeutet, dass sie auf den schweizerischen Markt fokussieren. Desgleichen gilt für die Werbefilme der Beschwerdeführerin, welche auf der Plattform YouTube aufgerufen werden konnten (Beschwerdebeilage 9, S. 23 ff., Rz. 55). Auch kann aus dem verwendeten Werbeslogan "The Future is Pink!" nicht auf die Bekanntheit der hinterlegten Farb- und Formmarke geschlossen werden. Schliesslich ist in Bezug auf das von der Beschwerdeführerin aufgeführte Marketingmaterial wie USB-Stick, Schlüsselanhänger etc. im Einklang mit der Vorinstanz festzuhalten, dass diese Werbegeschenke (Beschwerdebeilage 9, S. 22, Rz. 52) nicht zu beachten sind, da sie, obschon im hinterlegten Farbton eingefärbt bzw. teils der hinterlegten Farb- und Formkombination entsprechen, keinen markenmässigen Gebrauch des strittigen Zeichens zeigen. Es ist demnach festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin vorliegend keine Belege einreicht, welche Werbeaktivitäten in der Schweiz aufzeigen.

E. 6.3.5

Auch aus den von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Zertifikate und Auszeichnungen in Deutschland (Beschwerdebeilage 9, S. 16, Rz. 43) sowie dem von ihr gestifteten Preis (Heinz-Mittelmeier-Forschungspreis; Beschwerdebeilage 9, S. 21, Rz. 50) ist zur Glaubhaftmachung einer Verkehrsdurchsetzung nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerin abzuleiten. Diese Belege weisen weder einen markenrechtlichen Bezug zum strittigen Zeichen, noch einen Bezug zur Schweiz auf.

E. 6.3.6

Schliesslich legt die Beschwerdeführerin diverse Referenzen (Beschwerdebeilage 9, S. 16 ff., Rz. 45 ff.) ins Recht. Diese in Werbungen verwendeten Aussagen zur Qualität der Waren der Beschwerdeführerin haben zwar einen Bezug zur Schweiz, da es sich um schweizerische Unternehmen handelt, doch sind diese undatiert und als Werbeaussagen von Kunden der Beschwerdeführerin nur bezüglich dem Abnehmerkreis der Implantatshersteller aussagekräftig. Inwiefern diese Abnehmerkreise allerdings die strittige Formmarke als solche erkennen, ist daraus nicht ersichtlich. Dies gilt ebenso für die Referenzliste zur Keramik-Lösungen vom März 2012 (Beschwerdebeilage 9, S. 16, Rz. 45). Darin werden die Produkte der Beschwerdeführerin zwar analysiert bzw. mit solchen anderer Hersteller verglichen (Vorakte 17, Beilage 20; Beilage 20 der Beschwerdebeilage 9). Mehr als einen qualitativen Hinweis auf die Produkte der Beschwerdeführerin enthält diese Liste jedoch nicht.

E. 6.3.7

Nach dem Gesagten ist festzustellen, dass der Beschwerdeführerin die Glaubhaftmachung der Verkehrsdurchsetzung ihres strittigen Zeichens weder mittels einer demoskopischen Umfrage noch in Kombination mit weiteren Belegen gelingt. Inwiefern die vorgebrachte demoskopische Umfrage auf eine allfällige Bekanntheit der hinterlegten Formmarke hinweist, kann offen gelassen werden und sagt nichts über die Wahrnehmung des Zeichens in der Schweiz aus. Die vorgebrachten Belege belegen einzig Lieferungen in die Schweiz für die Jahre 2006-2011. Obschon eine verkürzte Gebrauchsdauer denkbar ist (Urteil des BVGer B-2225/2011 vom 7. Mai 2012 E. 2.3.2 m.w.H. "Ein Stück Schweiz"), gilt diese Regel nur, wenn ein intensiver Gebrauch des Zeichen sowie der aufgewendeten Werbemittel aufgezeigt wird (Urteile des BVGer B-5786/2011 vom 23. November 2012 E. 7.1 "QATAR AIRWAYS", B-3550/2009 vom 26. Mai 2011 E. 4.2.1 "FARMER", B-788/2007 vom 1. April 2008 E. 8 "traveltip DAS MAGAZIN FÜR FERIEN [fig.]"). Vorliegend fehlen insbesondere Belege, welche überhaupt einen Werbeaufwand für die Schweiz aufzeigen. Damit reichen die vorgebrachten Verkaufszahlen für die Jahre 2006 bis 2011 nicht aus (vgl. E. 5.3.3 hiervor), um eine Verkehrsdurchsetzung des Zeichens in der Schweiz glaubhaft zu machen.

E. 7

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen und die vorinstanzliche Verfügung zu bestätigen ist. Der internationalen Registrierung IR 1'109'077 ist der Markenschutz im Zusammenhang mit den Waren "Implants pour ostéosynthèses, endoprothèses et substituts d'organes, ancras pour endoprothèses, produits de substitution de surface articulaire, produits d'écartement osseux; sphères d'articulations coxo-fémorales, cupules acétabulaires, fosses acétabulaires" zu verweigern.

E. 8.1

Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei nach Massgabe ihres Unterliegens (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien; sie beträgt in vermögensrechtlichen Streitigkeiten maximal Fr. 50'000.- (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG). Art. 4 des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) sieht bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten - und als solche gelten markenrechtliche Beschwerdeverfahren - vor, dass sich die Gerichtsgebühr nach dem Streitwert richtet. 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.- anzunehmen ist (BGE 133 III 490 E. 3.3 [Turbinenfuss] [3D]). Von diesem Erfahrungswert ist auch für das vorliegende Verfahren auszugehen und die Gerichtskosten auf Fr. 2'500.- festzusetzen. Angesichts des Verfahrensausgangs sind die Kosten der Beschwerdeführerin vollumfänglich aufzuerlegen. Der von ihr in dieser Höhe einbezahlte Kostenvorschuss ist zur Bezahlung der Gerichtskosten zu verwenden.

E. 8.2

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 und 3 VGKE).

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