

BVGer B-6304/2016 vom 24. Juli 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-07-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6304_2016

FR: TAF B-6304/2016 du 24 juillet 2018

IT: TAF B-6304/2016 del 24 luglio 2018

Regeste

Absolute Ausschlussgründe

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31 und 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Als Markenmelderin hat die Beschwerdeführerin am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung, mit der ihrer Marke der Schutz teilweise verweigert wurde, besonders berührt und beschwert (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]). Da die Beschwerde im Übrigen frist- und formgerecht erhoben (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet wurde (Art. 63 Abs. 4 VwVG), ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2.1

Nach Art. 2 Bst. a des Bundesgesetzes vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG, SR 232.11) sind Zeichen, die zum Gemeingut gehören, vom Markenschutz ausgeschlossen, sofern sie sich nicht im Verkehr als Marke für bestimmte Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben. Als Gemeingut gelten einerseits Zeichen, die für den Wirtschaftsverkehr freizuhalten sind, andererseits Zeichen, welchen die für die Individualisierung der Ware oder Dienstleistung des Markeninhabers erforderliche Unterscheidungskraft fehlt (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] vom 17. Februar 2003, in: sic! 2003 S. 495 E. 2 "Royal Comfort"; Eugen Marbach, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, Markenrecht, 2. A. 2009, Rz. 116 ff.).

E. 2.2

Die Unterscheidungskraft beurteilt sich aus Sicht der Abnehmer; neben Endabnehmern zählen zu diesen auch Marktteilnehmer vorgelagerter Stufen (Urteile des BGer 4A_528/2013 vom 21. März 2014 E. 5.1 "ePostSelect"; 4A_6/2013 vom 16. April 2013 E. 3.2.3 "Wilson"). Die Freihaltebedürftigkeit beurteilt sich aus der Sicht der aktuellen und potentiellen Konkurrenten des Markenanmelders, die mindestens ein virtuelles Interesse daran haben, das Zeichen ebenfalls für entsprechende Waren oder Dienstleistungen zu verwenden (Urteile des BVGer B-3549/2013 vom 8. Oktober 2014 E. 4 "Palace [fig.>"; B-4763/2012 vom 16. Dezember 2013 E. 2.2 "Betonhülse"; Marbach, a.a.O., Rz. 258).

E. 2.3

Die Unterscheidungskraft fehlt Sachbezeichnungen sowie Zeichen, die beschreibend sind. Beschreibende Zeichen sind Angaben, die sich in einem direkten Bezug zum gekennzeichneten Gegenstand erschöpfen, also von den massgeblichen Verkehrskreisen unmittelbar und ausschliesslich als Aussage über bestimmte Eigenschaften der zu kennzeichnenden Waren oder Dienstleistungen verstanden werden. Hierunter fallen namentlich Wörter, die geeignet sind im Verkehr als Hinweis auf Art, Zusammensetzung, Qualität, Quantität, Bestimmung, Verwendungszweck, Wert, Wirkungsweise, Inhalt, Form, Verpackung oder Ausstattung der beanspruchten Ware oder Dienstleistung aufgefasst zu werden (BGE 128 III 447 E. 1.5 "Première"; Matthias Städeli/Simone Brauchbar Birkhäuser, in: Lucas David/Markus Frick [Hrsg.], Markenschutzgesetz, Basler Kommentar, 3. A. 2016, Art. 2 N. 84; Marbach, a.a.O., Rz. 247, 313 f.). Zum Gemeingut gehören ferner Inhaltsangaben für Waren, die vor allem ihres thematischen Inhalts und nicht ihrer materiellen Komponenten wegen nachgefragt werden (Urteil des BVGer B-7995/2015 vom 15. März 2017 E. 3.1 "Touch ID"; Städeli/Brauchbar Birkhäuser, a.a.O., Art. 2 N. 106).

E. 2.4

Der Umstand, dass die Marke Gedankenassoziationen weckt oder Anspielungen enthält, die nur entfernt auf die Waren oder Dienstleistungen hindeuten, macht ein Zeichen noch nicht zum Gemeingut. Der gedankliche Zusammenhang mit den Waren oder Dienstleistungen muss vielmehr derart sein, dass der beschreibende Charakter der Marke für einen erheblichen Teil der schweizerischen Markenadressaten ohne besondere Denkarbeit oder besonderen Aufwand an Fantasie zu erkennen ist (BGE 128 III 447 E. 1.5 "Première"; 127 III 160 E. 2b/aa "Securitas"; Urteil des BVGer B-4697/2014 vom 16. Dezember 2016 E. 4.2 "Apotheken Cockpit").

E. 2.5

Bei Waren wie Medien und Druckerzeugnissen, die ihres thematischen Inhalts und nicht ihrer äusseren Merkmale wegen nachgefragt werden, werden Titel und Überschriften nicht ohne weiteres als Kennzeichen einer betrieblichen Herkunft verstanden. Da nahezu alle Begriffe einen möglichen Inhalt beschreiben können, sind jedoch keine übertrieben hohen Anforderungen an die Unterscheidungskraft von Marken für inhaltsbezogene Waren zu stellen (Urteile des BVGer B-3528/2012 vom 17. Dezember 2013 E. 5.2.3 "Venus [fig.]"; B-2642/2008 vom 30. September 2009 E. 5.3 "Park Avenue"; B-1759/2007 vom 28. Februar 2008 E. 3.4 "Pirates of the Carribean"). Die Unterscheidungskraft wird folglich nicht mit jedem denkbaren thematischen Bezug beseitigt, der sich zwischen Marke und Ware herstellen lässt, vielmehr muss dieser hinreichend bestimmt sein (Urteil des BVGer B-3815/2014 vom 18. Februar 2016 E. 4.3.1 "Rapunzel" m.w.H.). Erschöpft sich der Sinngehalt des Zeichens in der unmittelbaren Beschreibung eines möglichen Inhalts, ohne dass dieses weitere Elemente enthält, die ihm konkrete Unterscheidungskraft verleihen, gehört es zum Gemeingut (Urteile des BVGer B-3528/2012 E. 5.2.3 "Venus [fig.]"; B-3331/2010 vom 3. November 2010 E. 6.3.2 "Paradies").

E. 2.6

Mit der zusätzlichen Prüfung eines Freihaltebedürfnisses an Marken, die allein in einem Sinnbezug auf den Inhalt, die Form oder Gestalt der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen bestehen, wird der Verbreitung und Häufigkeit des Motivs oder Themas am Markt und damit dem konkreten Verwendungsinteresse der Mitanbieter Rechnung

getragen (Urteile des BVGer B-1759/2007 E. 4 "Pirates of the Caribbean"; B-5996/2013 E. 5.3 "Froschkönig"). Freihaltebedürftig sind Wortmarken, die auf Gestaltungsmotive hinweisen, welche für die Waren allgemein üblich oder durch den Gebrauchszweck in naheliegender Weise vorgegeben sind (Urteile des BVGer B-5996/2013 E. 3.3 "Froschkönig"; B-3815/2014 E. 4.4 "Rapunzel"; Städeli/Brauchbar Birkhäuser, a.a.O., Art. 2 N. 160). Anspielungen auf verbreitete Gestaltungselemente sind indes schutzfähig, wenn sie derart unbestimmt gefasst sind, dass sie keinen Konkurrenten daran hindern, seinerseits die gleichen Gestaltungselemente zu nutzen (BGE 106 II 245 E. 2.d "Rotring"; Urteile des BVGer B-5996/2013 E. 3.3 "Froschkönig"; B-3815/2014 E. 4.4 "Rapunzel"; MARBACH, a.a.O., Rz. 314). Bei Wortmarken für inhaltsbezogene Waren oder Dienstleistungen ist das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses der Konkurrenten am Thema, das die Marke beschreibt, zu prüfen. Es ist insbesondere dann anzunehmen, wenn aktuell mit entsprechenden Publikationen zu rechnen ist und das Thema einen von den involvierten Personen unabhängigen Gegenstand der Kultur oder Wissenschaft betrifft (Urteile des BVGer B-1759/2007 E. 4 "Pirates of the Caribbean"; B-3815/2014 E. 4.4 "Rapunzel").

E. 2.7

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 beschreibend verstanden wird (BGE 131 III 495 E. 5 "Felsenkeller"; 128 III 477 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").

E. 2.8

Im Bereich der Zeichen des Gemeingutes sind Grenzfälle einzutragen und ist die endgültige Entscheidung dem Zivilrichter zu überlassen (BGE 130 III 328 E. 3.2 "Swatch-Uhrband"; 129 III 225 E. 5.3 "Masterpiece").

E. 3.1

Vorab sind die massgeblichen Verkehrskreise zu bestimmen, wobei diejenigen Waren und Dienstleistungen, die an Fachleute und Endkonsumenten zugleich vertrieben werden, aus der Sicht der weniger markterfahrenen und grösseren Gruppe der Letztabnehmer zu beurteilen sind (Urteile des BVGer B-2609/2012 vom 28. August 2013 E. 4.1 "Schweizer Fernsehen"; B-3541/2011 vom 17. Februar 2012 E. 4.2 "Luminous").

E. 3.2

Die in Klasse 14 beanspruchten Schmuckwaren und Uhren werden von einem breiten Publikum nachgefragt und, obschon nicht täglich erworben, mit einer durchschnittlichen Aufmerksamkeit geprüft. Die Fachkreise, darunter Uhrmacher, Juweliere und Goldschmiede, prüfen die Waren mit erhöhter Aufmerksamkeit. Die übrigen aus Edelmetall gefertigten Waren wie Schlüsselanhänger, Zierknöpfe usw. werden mit tiefer bis durchschnittlicher Aufmerksamkeit nachgefragt, während Skulpturen als seltene Anschaffungen besonders aufmerksam geprüft werden. Die in Klasse 28 beanspruchten Spielwaren richten sich einerseits an Endabnehmer aller Bevölkerungsschichten, schwerpunktmässig an Kinder und Jugendliche, andererseits an Fachkreise wie Hersteller und Händler von Spielen mit entsprechendem Fachwissen. Die Waren werden gewöhnlich auf ihre Altersempfehlung hin geprüft und mit leicht erhöhter Aufmerksamkeit nachgefragt.

E. 4.1

Zunächst ist der Sinngehalt des Zeichens strittig.

E. 4.2

Folgt man der Beschwerdeführerin, verstehen die Verkehrskreise das Zeichen APPLE im Zusammenhang mit beliebigen Waren, von Lebensmitteln abgesehen, infolge dessen notorischer überragender Bekanntheit bzw. markenrechtlicher Berühmtheit als betrieblichen Herkunftshinweis und nicht als beschreibende Angabe. Die Adressaten verbänden es gedanklich unweigerlich mit der Beschwerdeführerin, ohne an einen Apfel zu denken. Mithin habe die Berühmtheit der Marke APPLE einen Bedeutungswandel herbeigeführt und den Übersetzungsvorgang von "apple" zu "Apfel" überlagert. Ähnlich denke ein Abnehmer bei SHELL auch nicht an eine Muschel, sondern an das Mineralöl/Erdgas-Unternehmen; bei NIKE nicht an die griechische Göttin, sondern an den Sportartikelhersteller; bei WINDOWS nicht an Fenster, sondern an Betriebssysteme. Die Vorinstanz habe indessen nicht APPLE, sondern "Apfel" und damit das falsche Zeichen geprüft. In ihrer Argumentation, wonach die Berühmtheit einer Marke den Sprachgebrauch bzw. das Verständnis der Verkehrskreise beeinflusse, sieht die Beschwerdeführerin keinen Anwendungsfall von Art. 15 MSchG und damit auch keine Durchbrechung des Spezialitätsprinzips.

E. 4.3

Die Vorinstanz verneint einen in der Zwischenzeit erfolgten Bedeutungswandel des Begriffs "apple". Sie bringt vor, die behauptete Berühmtheit bzw. bereits erfolgte Benutzung der Marke APPLE sei bei der Prüfung der originären Unterscheidungskraft im Markeneintragungsverfahren unbeachtlich, soweit nicht die Eintragung als durchgesetzte Marke beantragt werde. Die Berühmtheit einer Marke führe zur Ausdehnung der Abwehrrechte des Markeninhabers nach Art. 15 MSchG, indem das Spezialitätsprinzip durchbrochen und der Marke Schutz ausserhalb des Gleichartigkeitsbereichs gewährt werde. Im Eintragungsverfahren gelange Art. 15 MSchG nicht zur Anwendung, weshalb die Berühmtheit einer Marke für bestimmte Waren nicht zur Überwindung von - im beschreibenden Charakter des Zeichens liegenden - absoluten Schutzhindernissen in Bezug auf andere Waren führe. Entsprechend könne die Frage, ob es sich bei APPLE um eine berühmte Marke handle, offen bleiben und sei es nicht gerechtfertigt, dem Zeichen eine andere als die lexikalische Bedeutung beizumessen.

E. 4.4

Ein Zeichen gilt als originär unterscheidungskräftig, wenn es aufgrund einer minimalen ursprünglichen Unterscheidungskraft abstrakt geeignet ist, die gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu individualisieren (Art. 1 Abs. 1 MSchG; BGE 137 III 403 E. 3.3.2 "Wellenverpackung [3D]"). Bei der Prüfung der originären Unterscheidungskraft ist das Zeichen abstrakt zu betrachten, wie es vom Hinterleger angemeldet worden ist, wobei die Auswirkungen des bereits erfolgten oder künftigen Zeichengebrauchs auf die Wahrnehmung durch die Verkehrskreise ausser Betracht bleiben. Eine allfällige Bekanntheit der Marke ist unbeachtlich (BGE 140 III 109 E. 5.3.2 "ePost select [fig.]"; Urteil des BGer vom 7. Februar 2017 4A_363/2016 E. 3.3.2 "Rote Damenschuhsohle"; Urteil des BVer B-7046/2015 vom 20. Dezember 2016 E. 6.1.4 "Ipad Mini"). Wird einem Zeichen die originäre Unterscheidungskraft abgesprochen, stellt sich erst die Frage, ob es infolge Verkehrsdurchsetzung durch langdauernden oder intensiven Gebrauch derivativ

Kennzeichnungskraft erlangt hat und als durchgesetzte Marke geschützt werden kann (Art. 2 Bst. a MSchG; BGE 140 III 109 E. 5.3.2 "ePost select [fig.]"; vgl. Marbach, a.a.O., Rz. 208). Die Beschwerdeführerin macht keine Verkehrsdurchsetzung ihrer Marke geltend und kann sich nach dem Gesagten nicht auf die Berühmtheit der Marke APPLE bzw. ein durch den bisherigen Markengebrauch beeinflusstes Verständnis der Verkehrskreise berufen. Es braucht denn auch nicht auf die Aussagekraft ihrer Internetrecherche mit Suchwort "Apple" eingegangen zu werden. Zurecht hat die Vorinstanz das zum englischen Grundwortschatz gehörende Zeichen APPLE in dessen lexikalischer Bedeutung geprüft und mit "Apfel" übersetzt.

E. 5.1.1

Die Vorinstanz hat dem Zeichen den Markenschutz für einen Teil der beanspruchten Waren mit der Begründung verweigert, es werde als beschreibender Hinweis auf die Ausstattung verstanden. Zunächst beschreibe es die Form der Waren Schmuckwaren, Uhren, Armbanduhren, Manschettenknöpfe, Schlüsselringe, Waren aus Edelmetallen oder damit plattiert; Zierschmuck, Krawattennadeln, Krawattenhalter, kurze Schlüsselanhänger und Verzierungen, Zierknöpfe, Schmuckklammern, Kästen, Schmuckverzierungen und Skulpturen (aus Edelmetall oder damit plattiert) in Klasse 14 sowie Spielzeug und Spielwaren, elektronisches Spielzeug und Spielwaren, Musikspielzeug und -spielwaren, Spielzeugtongeräte, Spielzeugspieldosen, batteriebetriebenes Spielzeug und interaktives Computerspielzeug in Klasse 28. Die Apfelform sei für diese Waren bereits mehrfach angeboten worden und nicht unerwartet. Im Zusammenhang mit den Waren Schmuckwaren, Uhren, Armbanduhren, Manschettenknöpfe, Waren aus Edelmetallen oder damit plattiert, Anstecknadeln, Zierschmuck, Abzeichen, Halsketten, Medaillen, kurze Schlüsselanhänger und Verzierungen sowie Schmuckverzierungen (aus Edelmetall oder damit plattiert) in Klasse 14 sowie Spielzeug und Spielwaren, elektronisches Spielzeug und Spielwaren, Musikspielzeug und -spielwaren, Spielzeugtongeräte, Spielzeugspieldosen, batteriebetriebenes Spielzeug, interaktives Computerspielzeug und Spielkarten in Klasse 28 werde das Zeichen als Hinweis auf ein Motiv verstanden. Das Apfelmotiv sei für diese Waren allgemein üblich. Schliesslich bildeten Äpfel eine übliche dreidimensionale Ausstattung der Waren Schmuckwaren, Waren aus Edelmetallen oder damit plattiert, Anstecknadeln, Zierschmuck, Armbänder, Halsketten, kurze Schlüsselanhänger und Verzierungen, Schmuckverzierungen, Skulpturen (aus Edelmetall oder damit plattiert) in Klasse 14 sowie Spielzeug, Spiele, Spielwaren in Klasse 28. Bezüglich Waren, die in erster Linie um ihrer Form bzw. des Motivs wegen gekauft und entsprechend unter Bezugnahme auf dieses Motiv vermarktet würden, seien nicht nur Hinweise auf Formen vom Markenschutz auszunehmen, die typisch, sondern bereits solche, die nicht unerwartet seien. Begriffe, die eine mögliche Ausstattung bezeichneten, seien nur unter der Voraussetzung unterscheidungskräftig, dass die beschriebene Warenform als solche unterscheidungskräftig, mithin originell sei, indem sie sich hinreichend von den üblichen und gewohnten Formen unterscheide. Eine uferlose Ausweitung des Gemeingutbestands von Art. 2 Bst. a MSchG sei nicht zu befürchten, da selbst bei grosser Formenvielfalt nicht jede Form zwangsläufig als nicht unerwartet zu qualifizieren sei. Zudem bestehe die Möglichkeit, mittels Einschränkung der Waren- und Dienstleistungsliste ein bestimmtes Motiv der beanspruchten Waren auszunehmen. Die betroffenen Waren in Klasse 14 würden überwiegend ihrer Ausstattung bzw. ästhetischen Gestaltung wegen erworben, wobei sinntragende Motive besonders beliebt seien. Das Motiv bzw. die Form des Apfels als Symbol des ewigen Lebens, aber auch der Verführung und Fruchtbarkeit, sei in diesem

Warenbereich weder originell noch unerwartet. Im Urteil B-2054/2011 vom 28. November 2011 "Milchbärchen" habe das BVGer den Hinweis auf eine zwar nicht übliche, aber zumindest nicht unerwartete Form als Gemeingut bewertet. Diese Kriterien seien zu begrüßen, da sie sich in die Rechtsprechung zu Formmarken eingliederten. In seiner neueren Rechtsprechung (Urteile B-5996/2013 vom 9. Juni 2015 "Froschkönig" und B-3815/2014 vom 18. Februar 2016 "Rapunzel") habe das BVGer hingegen wieder auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 116 II 609 "Fioretto") Bezug genommen, wonach ein gemeinfreier Ausstattungshinweis nur angenommen werde, wenn die beschriebene Ausstattung typisch sei oder einen verwendungsmässigen Vorteil darstelle. Im Interesse der Rechtssicherheit sei es nicht angezeigt, den "Milchbärchen"-Entscheid durch nachfolgende Urteile wieder rückgängig zu machen. Waren, die in Form eines bestimmten Motivs gestaltet seien, würden üblicherweise mit dem Hinweis auf ebendieses Motiv vermarktet. Mit der Eintragung eines generischen Begriffs als Marke werde der Hinweis auf das Motiv als solches monopolisiert. Das Freihaltebedürfnis sei folglich nicht auf Begriffe zu beschränken, die eine typische oder charakteristische Form bezeichnen. Zur Bezeichnung der Frucht "Apfel" existierten keine gleichwertigen Synonyme, entsprechend könne das schützenswerte Interesse an der freien Verwendung des die Form beschreibenden Wortzeichens nicht abgesprochen werden. Ein absolutes Freihaltebedürfnis stehe indessen nicht zur Frage.

E. 5.1.2

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin kommt ihrem Zeichen Unterscheidungskraft zu. Nicht eintragungsfähig seien nach ständiger, nach wie vor geltender Rechtsprechung nur Angaben zu Form, Verpackung oder Ausstattung, die für die betreffenden Waren allgemein üblich, mithin charakteristisch und typisch seien. Das treffe im Zusammenhang mit den strittigen Waren nicht auf die Apfelform zu. Apfelförmige Ausgestaltungen seien, wenn überhaupt, nur im Segment der Fantasie-Uhren oder des Fantasie-Schmucks anzutreffen, richteten sich lediglich an einen limitierten Teil der Verkehrskreise und begründeten keine Allgemeinüblichkeit. Diesbezüglich sei die Beweisführung der Vorinstanz unzureichend, da sich diese auf undatierte Internetrecherchen zumeist ohne Bezug zur Schweiz gestützt habe, ohne darzulegen, dass die auf ausländischen Webseiten aufgefundenen Waren in der Schweiz angeboten oder vom Publikum wahrgenommen würden. Vereinzelt Suchtreffer und personalisierte Produkte belegten keine Allgemeinüblichkeit einer Form. Sodann sei die von der Vorinstanz vorgenommene Abgrenzung der Waren, mit Bezug auf welche das Zeichen beschreibend sei, von denjenigen Waren, für die es als Marke eingetragen werden könne, willkürlich und nicht nachvollziehbar. Dass eine Wortmarke im Hinblick auf die Ausstattung der Waren unerwartet oder originell erscheine, sei nicht erforderlich. Die Einschätzung der Vorinstanz beruhe auf einer unsachgemässen Vermischung der Prüfungsmaßstäbe, indem sie die für Formmarken geltenden, strengeren Kriterien auf Wortmarken übertrage und einem Zeichen die Unterscheidungskraft bereits dann abspreche, wenn die bezeichnete Form im Zusammenhang mit der beanspruchten Ware "nicht unerwartet" sei. Dies führe zu einer uferlosen Ausweitung des Gemeingutbestands von Art. 2 Bst. a MSchG und ergebe sich insbesondere nicht aus dem von der Vorinstanz zitierten "Milchbärchen"-Entscheid B-2054/2011 des BVGer. Vielmehr sei das hinterlegte Zeichen in casu aufgrund der Kombination einer möglichen Form mit einer häufig verwendeten Zutat als beschreibend beurteilt worden. Indem die Vorinstanz die Frage des Freihaltebedürfnisses in der angefochtenen Verfügung ausdrücklich offengelassen und erst im Beschwerdeverfahren aufgebracht habe, sei sie über den Streitgegenstand

hinausgegangen. Im Übrigen sei ein Freihaltebedürfnis nur bei Hinweisen auf allgemein übliche bzw. charakteristische Ausstattungsmerkmale anzunehmen, was nicht auf den Apfel zutrefte. Die Eintragung der Wortmarke hindere Konkurrenten nicht daran, die Apfelform in dekorativer oder beschreibender Weise zu benutzen, Schmuck mit Apfelmotiven zu produzieren und darauf hinzuweisen. Der markenrechtliche Abwehranspruch beschränke sich auf den kennzeichenmässigen Gebrauch der Wortmarke APPLE, weshalb keine Monopolisierung von Apfelform und -motiv zu befürchten sei. Das Zeichen sei folglich nicht Freihaltebedürftig.

E. 5.2.1

Die Vorinstanz hat sich bei der Begründung, weshalb das Zeichen APPLE zum Gemeingut gehöre, namentlich auf den "Milchbärchen"-Entscheid des BVGer B-2054/2011 gestützt und daraus abgeleitet, Hinweise auf Formen und Motive seien bereits dann vom Markenschutz auszunehmen, wenn diese im betroffenen Warenbereich nicht unerwartet seien. Sie sieht Klärungsbedarf im Hinblick auf die Position des BVGer zu Ausstattungshinweisen bzw. die fortgesetzte Geltung der unter dem aMSchG entwickelten "Fioretto"-Rechtsprechung des BGer.

E. 5.2.2

Nach ständiger Rechtsprechung des BGer sind Angaben zu Form, Verpackung oder Ausstattung nicht schutzfähig, wenn diese im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren allgemein üblich sind oder damit auf verwendungsmässige Vorteile hingewiesen wird (BGE 106 II 245 E. 2c "Rotring"; 116 II 609 E. 2b "Fioretto"; Urteil des BGer vom 3. September 2009 4A_330/2009 E. 2.3.2 "Magnum"). Als allgemein üblich gelten Formen, die charakteristisch oder typisch sind oder warenspezifische Assoziationen wecken (BGE 116 II 609 E. 2c "Fioretto"; 106 II 245 E. 2c "Rotring"). Der beschreibende Bezug zwischen Marke und Ausstattung der Ware muss ohne besondere Denkarbeit oder Fantasiaufwand erkennbar sein (BGE 103 Ib 268 E. 3a "Red & White"; 116 II 609 E. 2c "Fioretto"; 106 II 245 E. 2a "Rotring"). Dass ein Ausstattungsmerkmal zwar möglich, aber nicht üblich ist, macht den entsprechenden Hinweis noch nicht zur Beschaffenheitsangabe (BGE 103 Ib 268 E. 2a "Red & White"; 106 II 245 E. 2c "Rotring"). Mithin kann bei grosser Formenvielfalt nicht jeder Begriff, der auf eine bestimmte Form Bezug nimmt, wegen beschreibenden Charakters vom Markenschutz ausgenommen werden (BGE 116 II 609 E. 2c "Fioretto"). Die Sperrwirkung einer Wortmarke, die auf ein Ausstattungsmerkmal hinweist, beschränkt sich auf die Verwendung des Wortes und erstreckt sich nicht auf die Verwendung der bezeichneten Ausstattung, farblichen oder grafischen Gestaltung oder Form an sich (BGE 103 Ib 268 E. 2a, E. 3b "Red & White"; 106 II 245 E. 2b, E. 2d "Rotring"; 116 II 609 E. 2c, 2d "Fioretto"). Hinweise auf die Verpackung werden strenger beurteilt als Gestaltungshinweise, da jedenfalls die Namen technisch einfacher und billiger Verpackungsformen freizuhalten sind (Urteil des BGer 4A_330/2009 E. 2.3.2 "Magnum"; BGE 103 Ib 268 E. 3b "Red & White"; 116 II 609 E. 2d "Fioretto"). In Anwendung dieser Grundsätze befand das BGer die Wortmarken "Rotring", "Red & White" und "Fioretto" für schutzfähig, obwohl eine Ausstattung mit einem roten Ring (Werkzeug), einer rot-weissen Verpackung (Tabak) oder in Blumenform (Süsswaren) denkbar gewesen wäre; als Gemeingut beurteilte es hingegen "Zöpfli" für spiralförmig gedrehte Nudeln (BGE 87 I 142), "Gold Band" für Tabakwaren (PMMBl 1967 I 37) und "Magnum" für Getränke in übergrossen Flaschen (BGer 4A_330/2009).

E. 5.2.3

Mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zählt auch das BVGer diejenigen Angaben zu Form, Verpackung und Ausstattung zum Gemeingut, die im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren allgemein üblich sind oder auf verwendungsmässige Vorteile hinweisen (Urteile des BVGer B-2514/2008 vom 15. Mai 2009 E. 3.2 "Magnum"; B-5168/2011 vom 13. März 2013 E. 2.5 "Black Label"; B-7196/2015 vom 3. Oktober 2017 E. 2.4 "Magenta"; B-3815/2014 vom 18. Februar 2016 E. 4.4 "Rapunzel"; B-2668/2016 vom 3. August 2017 E. 4.5 "Croco [fig.]/Miss Croco"; B-6068/2014 vom 1. Februar 2016 E. 2.2 "Goldbären"). Als "allgemein üblich" gelten charakteristische, typische oder verbreitete Ausstattungsmerkmale (Urteile des BVGer B-7196/2015 E. 4.5 "Magenta"; B-2642/2012 vom 7. Mai 2013 E. 6.1.2 "Lotus [fig.]/Lotusman [fig.]; B-2668/2016 E. 4.5 "Croco [fig.]/Miss Croco"; B-6068/2014 E. 5.4 "Goldbären"). Ein Zeichen ist nicht bereits deshalb vom Markenschutz auszunehmen, weil es auf eine mögliche Form, Verpackung oder Ausstattung Bezug nimmt; vielmehr muss der beschreibende Bezug zwischen Marke und Ausstattung ohne besondere Denkarbeit erkennbar sein (Urteil des BVGer B-6068/2014 E. 2.2 "Goldbären"; B-5168/2011 E. 3.4 "Black Label"; B-2642/2012 E. 6.1.1 "Lotus [fig.]/Lotusman [fig.]; B-3815/2014 E. 4.2 "Rapunzel"; B-5996/2013 vom 9. Juni 2015 E. 3.2 "Froschkönig").

E. 5.2.4

Sowohl das BGer als auch das BVGer verfolgen eine konstante Rechtsprechung hinsichtlich Ausstattungshinweisen. Eine Praxisänderung lässt sich entgegen Ansicht der Vorinstanz nicht aus dem Urteil des BVGer B-2054/2011 "Milchbärchen" ableiten. Jenes für Lebensmittel (Eis, Schokolade, Back- und Zuckerwaren) hinterlegte Zeichen wurde nicht nur deswegen zurückgewiesen, weil es mit dem Bestandteil "Bärchen" auf die Form der beanspruchten Waren hinwies, sondern auch deshalb, weil der Bestandteil "Milch" eine wichtige Zutat sämtlicher Waren beschrieb (Urteil B-2054/2011 E. 5.5.1). Dem Urteil lag somit ein aus zwei beschreibenden Bestandteilen zusammengesetztes Zeichen zugrunde, weshalb es nicht als Referenzurteil für Ausstattungshinweise gelten kann. Insbesondere hat es keine Verschärfung der bisherigen Praxis herbeigeführt, wonach der Hinweis auf eine Warenform bereits dann zum Gemeingut zählen soll, wenn diese für die angemeldeten Waren möglich und nicht unerwartet ist. Dass der Entscheid nach Ansicht der Vorinstanz mit der Rechtsprechung zu Formmarken vereinbar ist, tut insofern nichts zur Sache, als eine Wortmarke, die auf eine Form hinweist, nicht geprüft werden kann, als ob sie eine Formmarke wäre (vgl. Urteil des BVGer B-7196/2015 E. 4.5 "Magenta", BGE 103 Ib 268 E. 2a "Red & White" und 106 II 245 E. 2a "Rotring" zu Farb- und Wortmarken). Mit einer auf eine Form Bezug nehmenden Wortmarke wird nicht die Form an sich monopolisiert. Entsprechend ist die von der Vorinstanz zitierte, zu Formmarken ergangene Rechtsprechung zur Beurteilung des vorliegenden Zeichens nicht einschlägig. Auch die Lehre zählt mit Verweis auf die Praxis nur Hinweise auf eine allgemein übliche, gebräuchliche Ausstattung zum Gemeingut, ohne bereits Begriffe vom Markenschutz auszunehmen, die auf eine nicht unerwartete Form verweisen (vgl. Christoph Willi, MSchG, Kommentar, 2002, Art. 2 N. 83 f.; Marbach, a.a.O., Rz. 314; Städeli/Brauchbar Birkhäuser, a.a.O., Art. 2 N. 157; Ivan Cherpillod, Le droit suisse des marques, 2007, S. 79).

E. 5.2.5

Zusammenfassend zählen nach ständiger Praxis des BVGer Hinweise auf eine für die betreffenden Waren allgemein übliche Ausstattung zum Gemeingut. Unterscheidungskraft kommt einem Zeichen nicht erst bei einer besonderen Originalität der beschriebenen Form zu und wird einem Zeichen nicht bereits dann abgesprochen, wenn die Form für die beanspruchten Waren nicht unerwartet ist.

E. 5.3.1

Die Vorinstanz führte zur Abklärung des Vorkommens von Apfelformen und -motiven auf dem Markt eine Internetrecherche durch, wobei sie sich mehrheitlich auf ausländische Webseiten stützte (Aliexpress, Ebay, Etsy, Amazon, Dawanda). Die Beschwerdeführerin rügt einerseits den fehlenden Bezug zur Schweiz, andererseits die fehlende Datierung der Belege. Die Vorinstanz verweist auf den Zeitpunkt des Eintragungsentscheids und bringt vor, zur Beurteilung der Formvielfalt auf dem schweizerischen Markt liessen sich auch ausländische Webseiten heranziehen, soweit diese für die massgeblichen Verkehrskreise in der Schweiz relevant seien.

E. 5.3.2

Für den Vergleich des Zeichens mit den bestehenden Formen bzw. Gestaltungen auf dem Markt ist der Zeitpunkt des Eintragungsentscheids massgeblich (Urteil des BGer 4A_363/2016 E. 2 "Rote Damenschuhsohle"; BGE 137 III 403 E. 3.3.3 "Wellenverpackung [3D]"; Urteil des BVGer B-1165/2012 vom 5. Februar 2014 E. 5.4 "Mischgeräte [fig.]). Da die Üblichkeit von Warenformen nicht abstrakt, sondern nur anhand einer konkreten Untersuchung der Marktverhältnisse beurteilt werden kann, ist es durchaus wesentlich, in welchem Zeitraum und mit welcher Häufigkeit eine bestimmte Warenform auf dem Markt aufgetaucht ist und ob sie sich halten können. Mit mehrheitlich undatierten Screenshots ist es damit, entgegen Ansicht der Vorinstanz, nicht getan, da bloss gemutmasst werden kann, die Internetrecherche sei anlässlich der Entscheidungsbegründung durchgeführt worden. Der Verfügung wurden aber auch einzelne Auszüge älteren Datums (2014) beigelegt. Allein aufgrund der fehlenden Datierung kann den Belegen der Vorinstanz die Beweiskraft nicht abgesprochen werden, geht es doch vorliegend nicht um die Beurteilung der Neuheit eines Schutzrechts; doch erweist sich ein Teil der Belege aus anderen Gründen als mangelhaft.

E. 5.3.3

Ausländische Webseiten können nach ständiger Praxis zur Beurteilung des Gemeingutcharakters eines Zeichens herangezogen werden, soweit sie für die Verkehrskreise in der Schweiz relevant sind (vgl. Urteile des BVGer B-181/2007 vom 21. Juni 2007 E. 4.4 "Vuvuzela"; B-5484/2013 vom 22. Juli 2014 E. 4 "Companion"). Die Beweiswürdigung hat im Hinblick auf die zu untermauernde Tatsache zu erfolgen, wobei der Sinngehalt eines bestimmten Begriffs im Verständnis der Verkehrskreise nach anderen Gesichtspunkten beurteilt wird als die Üblichkeit einer Warenform auf einem konkret definierten Markt in der Schweiz. Mit Bezug auf Ausstattungsmerkmale kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass im Ausland angebotene Waren sich auch auf dem hiesigen Markt befinden, weshalb eine kritische Würdigung der Suchresultate angebracht ist (Urteil des BVGer 2016 B-6219/2013 vom 27. April E. 5.2.3.2 "Rote Damenschuhsohle" m.w.H.). Der Nachweis, dass die auf ausländischen Seiten aufgefundenen Waren in der Schweiz angeboten oder von den Abnehmern wahrgenommen werden, obliegt der Vorinstanz, die sich auf die entsprechenden Belege stützt (Urteil des BVGer B-1920/2014

vom 1. September 2015 E. 5.3 "Nilpferd [fig.]"). Diesen Nachweis hat die Vorinstanz mit Bezug auf einen Teil ihrer Belege nicht erbracht. Ein Presseartikel, wonach immer mehr Schweizer ihre Einkäufe im Ausland tätigen, genügt hierzu nicht. Die Kenntnisnahme durch das schweizerische Publikum erscheint insbesondere beim Angebot von Souvenirshops sowie bei auf Englisch angepriesenen Produkten mit Preisangaben in US-Dollar fraglich. Die entsprechenden Belege haben folglich keine Beweiskraft. Dasselbe gilt für Screenshots von Waren, die von den Kunden selbst gestaltet und in Auftrag gegeben wurden. Individuell gestaltete Geschenkartikel (namentlich des Anbieters zazzle.ch), mit dem Vermerk "personalized" versehene Waren sowie anlässlich eines bestimmten Anlasses verliehene, offensichtlich nicht zum Verkauf bestimmte Medaillen sind kein Indikator für die Üblichkeit eines Ausstattungsmerkmals auf dem Markt und erlauben keine Aussage über den Gemeingutcharakter des hinterlegten Zeichens. Was die übrig bleibenden verwertbaren Belege betrifft, weisen sie für gewisse Waren nur wenige, einzelne oder gar keine Treffer auf. Einige wenige auf dem Internet gefundene Produkte in Apfelform oder mit Apfelmotiv lassen den Schluss nicht zu, dass der Apfel als Ausstattung für die entsprechenden Waren üblich ist. Zurecht weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass eine im Vorherein auf das beanstandete Motiv eingeschränkte Googlerecherche wenig aussagekräftig ist und eine ernsthafte Auseinandersetzung mit dem bestehenden Formenschatz nicht zu ersetzen vermag. Für die in Klasse 14 beanstandeten Waren Uhren, Armbanduhren, Manschettenknöpfe, Schlüsselringe, Zierschmuck, Anstecknadeln, Abzeichen, Medaillen, Krawattennadeln, Krawattenhalter, Schlüsselanhänger und Verzierungen, Zierknöpfe, Kästen, Schmuckverzierungen und Skulpturen ist die Apfelform bzw. das Apfelmotiv nicht allgemein üblich, weshalb das Zeichen APPLE nicht als Ausstattungshinweis verstanden wird, über Unterscheidungskraft verfügt und als Marke einzutragen ist.

E. 5.4.1

Für die in Klasse 14 beanspruchten Schmuckwaren (namentlich Ohrstecker, Fingerringe und Anhänger), Halsketten und Armbänder hat die Vorinstanz eine grössere Anzahl verwertbarer Resultate erzielt. Schmuck lässt sich in allen erdenklichen Formen und mit allen möglichen Motiven gestalten. Trotz der grossen Formenvielfalt gibt es bestimmte Formen und Motive, die besonders verbreitet sind, wobei es sich, wie die Vorinstanz treffend ausführt, oft um symbolbehafte oder sinntragende Motive handelt. Schmuck hat seit jeher eine ästhetische und repräsentative Funktion, indem er einerseits der Zier dient, andererseits die soziale Zugehörigkeit und den Status seines Trägers demonstrieren soll. Entsprechend sind insbesondere Motive beliebt und verbreitet, die mit Schönheit, Sinnlichkeit, Eleganz, Weiblichkeit respektive Männlichkeit, Tradition oder Reichtum assoziiert werden. Dazu gehören neben einfachen geometrischen Formen, religiösen Symbolen, Herzen und Ankern namentlich Naturmotive wie Blumen, Blüten, Blätter, Tropfen, Himmelskörper, Tiere, Vögel, Federn und Früchte (vgl. Schmucksortiment der Anbieter amara.ch, schmuck.ch, urech.com/ch_de, christ-swiss.ch, bulgari.com/de-ch, manor.ch, zalando.ch sowie Googlerecherche mit Suchwort "Schmuck" und Einschränkung auf "Schweiz", abgerufen am 20. Juni 2018). Nicht jedes beliebige Naturmotiv ist für Schmuck verbreitet (als unüblich beurteilt wurde etwa die Lotusblüte, Urteil des BVGer B-2642/2012 E. 6.1.1 "Lotus [fig.]/Lotusman [fig.]"). Unter den Natur- bzw. Fruchtmotiven hat der Apfel jedoch eine besondere Symbolkraft. Er gilt in allen eurasischen Kulturen als Sinnbild für Fruchtbarkeit, Schönheit und Liebe, Leben und Unsterblichkeit; in der christlichen Tradition ist er die Frucht der Erkenntnis und der Verführung zugleich. Der

Apfel taucht in zahllosen Märchen auf, in der Kunst wird er als Sinnbild mit vielfältiger Bedeutung eingesetzt (kunstdirekt.net/Symbole/symbole/fruechte.htm; de.wikipedia.org/wiki/Kulturapfel#Symbolik; symbolonline.de/index.php?title=Apfel; abgerufen am 20. Juni 2018). Im Schmuckbereich hat der Apfel eine lange Tradition, wobei er seine Aussagekraft als Machtsymbol und Ausdruck der Weiblichkeit mittlerweile eingebüsst hat und vor allem in einer verniedlichten Variante angeboten wird. In den Belegen der Vorinstanz sind vorwiegend verspielte Apffel Formen mit kräftiger roter Farbe abgebildet, die sich offensichtlich an Kinder und junge Frauen richten. Dass die Waren vor allem jüngere Abnehmer ansprechen, ändert nichts daran, dass der Apfel als Form und Motiv im Schmuckbereich verbreitet und üblich ist. Im Zusammenhang mit den beanspruchten Schmuckwaren, Halsketten und Armbändern wird das Zeichen APPLE von den Verkehrskreisen ohne besonderen Gedankenaufwand als beschreibender Hinweis auf die Ausstattung verstanden und wurde von der Vorinstanz zurecht zurückgewiesen. Zudem haben die Marktteilnehmer ein erhebliches Interesse, ihre mit einem Apfel ausgestatteten Schmuckwaren entsprechend zu kennzeichnen, mithin den Begriff "apple" zu verwenden. Obwohl die Wortmarke nicht die Apffel Form an sich sperrt, ist der Begriff doch als Ausstattungshinweis freizuhalten. Folglich kann APPLE auch nicht als Marke für die lediglich mit spärlichen Belegen versehenen, jedoch zum Schmuckbereich im engeren Sinn gehörenden Schmuckklammern in Klasse 14 eingetragen werden. Entgegen Ansicht der Beschwerdeführerin gehört das Freihaltebedürfnis - neben der fehlenden konkreten Unterscheidungskraft - als absoluter Ausschlussgrund nach Art. 2 Bst. a MSchG durchaus zum Streitgegenstand der angefochtenen Verfügung. Ein absolutes Freihaltebedürfnis hat die Vorinstanz von Anfang an verneint. Zudem ist das BVGer nicht an die Begründung der Vorinstanz gebunden, sondern kann deren Verfügung auch aus anderen Gründen bestätigen (Motivsubstitution; BVGE 2007/41 E. 2, 2009/61 E. 6.1). Das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin wurde gewahrt, da diese im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ausführlich Gelegenheit hatte, sich zum Freihaltebedürfnis zu äussern.

E. 5.4.2

Die obgenannten Schmuckwaren, für die sich das Zeichen als schutzunfähig erweist, fallen unter den ebenfalls in Klasse 14 beanspruchten Oberbegriff Waren aus Edelmetallen oder damit plattiert. Dieser umfasst daneben auch Waren, für die APPLE nicht beschreibend ist. Nach ständiger Praxis ist ein Zeichen indessen bereits dann vom Markenschutz auszuschliessen, wenn es nur für einen Teil der unter den beanspruchten Oberbegriff fallenden Waren oder Dienstleistungen unzulässig ist. Ansonsten liesse sich ein für eine bestimmte Ware bzw. Dienstleistung bestehendes Eintragungshindernis durch einen möglichst weit gefassten Oberbegriff umgehen (Urteil des BGer 4A_618/2016 vom 20. Januar 2017 E. 4.3 "Car-net" m.w.H.; Urteile des BVGer B-8117/2010 vom 3. Februar 2012 E. 6.2.1 "Green Package"; B-283/2012 vom 13. Dezember 2012 E. 7.1.2 "Noblewood"; RKGE, in: sic! 2004 S. 223 E. 12 "smartModule"). Folglich ist dem Zeichen auch mit Bezug auf Waren aus Edelmetallen der Markenschutz zu verweigern.

E. 5.4.3

Was die in Klasse 28 beanspruchten Spielwaren angeht, findet sich in den Belegen der Vorinstanz eine verhältnismässig grosse Anzahl von Produkten in Apffel Form oder mit Apffel Motiv. Aufgrund seiner einfachen, einprägsamen Form und kräftigen Farbe stellt der Apfel ein beliebtes Motiv für Babys und Kinder vornehmlich jüngeren Alters dar, an welche sich die betreffenden Waren richten. Für Spielzeug, Spiele und Spielwaren,

elektronisches Spielzeug und Spielwaren, Musikspielzeug und -spielwaren, Spielzeugtongeräte, Spielzeugspieldosen, batteriebetriebenes Spielzeug und Spielkarten in Klasse 28 ist der Apfel sowohl als Form als auch als Motiv geläufig und üblich, weshalb das Zeichen APPLE als Ausstattungshinweis verstanden wird und über keine Unterscheidungskraft verfügt. Auch mit Bezug auf diese Waren ist aufgrund eines erheblichen Verwendungsinteresses der übrigen Marktteilnehmer ein Freihaltebedürfnis zu bejahen. Dass der Apfel als Motiv für interaktives Computerspielzeug vorkommt, geschweige denn üblich ist, hat die Vorinstanz jedoch mit keiner einzigen Fundstelle belegen können, weshalb es nicht als beschreibender Ausstattungshinweis betrachtet werden kann. Das Zeichen erweist sich diesbezüglich jedoch unter dem Gesichtspunkt des thematischen Inhalts als beschreibend (nachfolgend E. 6.4).

E. 6.1

Mit der Begründung, das Zeichen APPLE beschreibe einen möglichen thematischen Inhalt, wies die Vorinstanz dessen Eintragung für die Waren Spiele, elektronische Spiele, Musikspiele, handbetätigte und elektronische Computerspiele sowie Videospiele (ausgenommen solche zur Verwendung mit einem externen Bildschirm oder Monitor), Spielzeugtongeräte, Spielzeugspieldosen, interaktive Spiele, Spielkarten sowie Teile und Zubehör für die vorgenannten Waren in Klasse 28 zurück. Nach Ansicht der Vorinstanz stellen die Abnehmer ohne besonderen Gedankenaufwand einen hinreichend bestimmten thematischen Bezug zu den betroffenen Waren her, wobei dem Zeichen weder durch grafische Elemente noch weitere Wortelemente Unterscheidungskraft zugefügt werde. Dass das Zeichen aus einem Wort in Alleinstellung bestehe, ändere nichts an seinem beschreibenden Charakter.

E. 6.2

Die Beschwerdeführerin bringt demgegenüber vor, die Unterscheidungskraft dürfe einem Zeichen nicht bereits deshalb abgesprochen werden, weil es möglicherweise einen thematischen Inhalt der Waren beschreibe. APPLE sei aufgrund seiner Unbestimmtheit in Alleinstellung nicht zur Beschreibung eines hinreichend konkreten Inhalts der strittigen Waren geeignet. Der mögliche Inhalt der beanspruchten Waren erscheine im Vergleich zu reinen Datenträgern wie Büchern, Zeitschriften und CDs eingeschränkt.

E. 6.3

Der Gemeingutcharakter des Zeichens APPLE im Zusammenhang mit den Waren Musikspiele, Spielzeugtongeräte und Spielzeugspieldosen wurde bereits unter dem Gesichtspunkt der Ausstattung bejaht (E. 5.4.2). Im Übrigen ist fraglich, ob überhaupt von inhaltsbezogenen Waren die Rede sein und inwiefern ein Apfel deren Thema bilden kann. Diesbezüglich stellt APPLE keine beschreibende Inhaltsangabe dar.

E. 6.4

Auch für die Waren Spiele und Spielkarten wurde das Zeichen als beschreibender Ausstattungshinweis beurteilt (E. 5.4.3). Wie erwähnt ist der Apfel aufgrund seiner einfachen Form und seines häufigen Vorkommens in Märchen ein beliebtes Motiv für Waren, die sich an Kinder richten. In Spielen, die oft in einer märchenhaften Umgebung stattfinden und einprägsame Spielfiguren verwenden, ist der Apfel nicht nur als Motiv verbreitet, sondern wird auch thematisch aufgenommen und entsprechend als Überschrift verwendet. Das gilt nicht nur für Spiele und Spielkarten, sondern auch für elektronische Spiele, handbetätigte und elektronische Computerspiele, Videospiele, interaktive Spiele und

interaktives Computerspielzeug (vgl. Urteil des BVGer B-3815/2014 E. 7.1 "Rapunzel"). Das Zeichen APPLE bildet in Bezug auf diese Waren eine sofort erkennbare Inhaltsangabe und gehört folglich zum Gemeingut. Es ist zudem freihaltebedürftig, da die übrigen Marktteilnehmer darauf angewiesen sind, ihre Spielwaren mit den Begriffen "Apfel" bzw. "apple" zu kennzeichnen. Dass es sich um ein Zeichen in Alleinstellung handelt, vermag entgegen Ansicht der Beschwerdeführerin nichts an seinem beschreibenden Charakter zu ändern (vgl. Urteile des BVGer B-3528/2012, B-3815/2014 und B-3331/2010, worin die Zeichen "Paradies", "Venus" und "Rapunzel" als beschreibende Inhaltsangabe beurteilt wurden). Im Gegenteil verfügt das Zeichen über kein zusätzliches, individualisierendes Element, das den direkten Bezug zu den beanspruchten Waren zu relativieren und ihm Unterscheidungskraft zu vermitteln vermag. Zurecht hat die Vorinstanz das Zeichen für die in Klasse 28 beanspruchten Waren von der Eintragung zurückgewiesen.

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin macht einen Anspruch auf Gleichbehandlung gestützt auf mehrere eingetragene Marken geltend, die mit dem Zeichen APPLE vergleichbar seien. Die Vorinstanz verneint die Vergleichbarkeit der Voreintragungen mit dem hinterlegten Zeichen aufgrund des lange zurückliegenden Eintragungsdatums, der unterschiedlichen Zeichenkonstruktion sowie der unterschiedlichen Bedeutung. Im Übrigen sei das symbolträchtige Apfelmotiv ungleich beliebter als andere Früchte oder Tiere.

E. 7.2

Das aus Art. 8 Abs. 1 BV fliessende Gleichbehandlungsgebot besagt, dass juristische Sachverhalte nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich zu behandeln sind. Dieselbe Behörde darf nicht ohne sachlichen Grund zwei rechtlich gleiche Sachverhalte unterschiedlich beurteilen. Nicht erforderlich ist, dass die Sachverhalte in all ihren tatsächlichen Elementen übereinstimmen; es genügt, dass relevante Tatsachen im Hinblick auf die anzuwendenden Normen gleich sind (BGE 112 Ia 193 E. 2b). Demgegenüber besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, insbesondere dann, wenn nur in vereinzelten Fällen vom Gesetz abgewichen wurde. Frühere - allenfalls fehlerhafte - Entscheide sollen nicht als Richtschnur für alle Zeiten Geltung haben müssen (BGE 139 II 49 E. 7.1; 122 II 446 E. 4a; Urteil des BGer 4A_62/2012 vom 18. Juni 2012 E. 3 "Doppelhelix [fig.]" ; Urteil des BVGer B-4848/2013 vom 15. August 2014 E. 5.1 "Couronné"; BVGE 2010/47 E. 10.1 "Madonna"). Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht wird ausnahmsweise anerkannt, wenn eine ständige gesetzwidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und diese zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenke (Urteil des BGer 4A_250/2009 vom 10. September 2009 E. 4 "UNOX [fig.]" ; Urteile des BVGer B-1165/2012 vom 5. Februar 2014 E. 8.1 "Mischgeräte [3D]", B-7427/2006 vom 9. Januar 2008 E. 9.1 "Chocolat Pavot [fig.]"). Im Markenrecht wird das Gleichbehandlungsgebot äusserst zurückhaltend angewendet, da die Eintragungspraxis naturgemäss kasuistisch ist. So müssen die Marken hinsichtlich Zeichenbildung und beanspruchter Waren vergleichbar sein, wobei bereits geringfügige Unterschiede ins Gewicht fallen können (MARBACH, a.a.O., Rz. 232 f.; Urteil des BGer 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3 "Firemaster"; Urteil des BVGer B-7421/2006 vom 27. März 2007 E. 3.4 "we make ideas work").

E. 7.3

Die von der Beschwerdeführerin angeführten Marken CH 572'987 Trois Pommes, CH 608'356 Fast Fruit und CH 647'115 Blooming Rose weisen mit dem zusätzlichen Bestandteil eine andere Zeichenkonstruktion auf. Die Marken CH 579'072 Zimstern, CH 621'168 Sea Turtle und CH 689'171 Shell bezeichnen keine Frucht und verfügen deshalb über einen anderen Sinngehalt. Die Eintragung der auf sinngehaltlicher Ebene vergleichbaren Marken CH P-379753 Raisins (1990), CH 2P-420254 Mango (1996), CH P-499229 Cherry (2002), CH P-520033 Grapes (2004) und CH 575'040 Melagrana (2008) liegt über acht Jahre zurück und spiegelt nicht die aktuelle Eintragungspraxis. Die Marke CH 660'966 Mora wurde zwar 2014 eingetragen, bezeichnet aber mit der Maulbeere eine Frucht, die für die beanspruchten Waren nicht derart verbreitet ist wie der Apfel. Die zitierten Marken sind folglich nicht mit dem Zeichen APPLE vergleichbar und begründen keinen Anspruch auf Gleichbehandlung.

E. 7.4

Soweit sich die Beschwerdeführerin auf die Eintragung ihres Zeichens im Ausland beruft, ist ihr nicht zu folgen. Die Eintragungen in ausländischen Markenregistern sind für die Eintragung des Zeichens in der Schweiz nicht präjudizierend, da die Schutzfähigkeit der Marke nach der schweizerischen Gesetzgebung zu beurteilen ist (BGE 130 III 113 E. 3.2 "Montessori"; 129 III 229 E. 5.5 "Masterpiece"; Urteil des BGer vom 26. September 2007 4A_265/2007 E. 2.5 "American Beauty").

E. 7.5

Schliesslich liegt kein Grenzfall vor, der die Eintragung der Marke rechtfertigen und die definitive Beurteilung dem Zivilrichter vorbehalten würde. Die Rechtslage ist klar.

E. 8

Im Ergebnis ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die Vorinstanz in Abänderung von Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung anzuweisen, das Zeichen für folgende Waren im Markenregister einzutragen: 14: Uhren; Armbanduhren; Manschettenknöpfe; Schlüsselringe; Anstecknadeln (Schmuckwaren) aus Edelmetall oder damit plattiert; Zierschmuck aus Edelmetall oder damit plattiert; Krawattennadeln aus Edelmetall oder damit plattiert; Krawattenhalter aus Edelmetall oder damit plattiert; Abzeichen aus Edelmetall oder damit plattiert; Medaillen aus Edelmetall oder damit plattiert; kurze Schlüsselanhänger und Verzierungen aus Edelmetall oder damit plattiert; Zierknöpfe aus Edelmetall oder damit plattiert; Kästen aus Edelmetall oder damit plattiert; Schmuckverzierungen aus Edelmetall oder damit plattiert; Skulpturen aus Edelmetall oder damit plattierte Waren. Darüber hinausgehend ist die Beschwerde abzuweisen.

E. 9.1

Die Beschwerdeführerin obsiegt bei diesem Verfahrensausgang etwa zur Hälfte. Die Verfahrenskosten sind ihr im entsprechenden Umfang zu ermässigen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die reduzierte Gerichtsgebühr ist 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 73.320.2]). Bei Streitigkeiten betreffend Markeneintragungen sind Vermögensinteressen betroffen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich folglich in erster Linie nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). Die Schätzung des Streitwerts 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 wird (BGE 133 III 490 E. 3.3 "Turbinenfuss [3D]"). Von diesem Erfahrungswert ist auch für das vorliegende Verfahren auszugehen. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind mit Fr. 1'500. zu beziffern und werden dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- entnommen. Der Restbetrag von Fr. 1'500.- ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu erstatten.

E. 9.2

Der teilweise obsiegenden Beschwerdeführerin ist eine gekürzte Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 VKGE). Mangels Kostennote ist die Entschädigung anhand der Akten festzulegen (Art. 8 i.V.m. Art. 14 VGKE). Angesichts des doppelten Schriftenwechsels erscheint eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'000.- (exkl. MWSt.) angemessen. Der Vorinstanz ist als Bundesbehörde keine Parteientschädigung auszurichten (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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