

BVGer B-7401/2006 vom 24. Mai 2007

Bundesverwaltungsgericht, 2007-05-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-7401_2006

FR: TAF B-7401/2006 du 24 mai 2007

IT: TAF B-7401/2006 del 24 maggio 2007

Regeste

Absolute Ausschlussgründe

Erwägungen

E. 1

Der Entscheid der Vorinstanz vom 10. Mai 2006 stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1 Bst. c). Diese Verfügung kann im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen der Bundesverwaltungsrechtspflege beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 44 ff. VwVG i.V.m. Art. 31 ff. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, VGG, SR 173.32). Gemäss Art. 53 Abs. 2 VGG übernimmt das Bundesverwaltungsgericht bei Zuständigkeit die Beurteilung der beim Inkrafttreten des Verwaltungsgerichtsgesetzes am 1. Januar 2007 bei Eidgenössischen Rekurs- oder Schiedskommissionen oder bei Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittel, wobei die Beurteilung nach neuem Verfahrensrecht erfolgt.

E. 2

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 48 ff. VwVG). Auf die Verwaltungsbeschwerde ist daher einzutreten.

E. 3

Nach der Legaldefinition von Art. 1 Abs. 1 MSchG ist die Marke ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Art. 1 Abs. 2 MSchG zählt Beispiele von Markenformen auf. Danach können Marken aus Wörtern, Buchstaben, Zahlen, bildlichen Darstellungen, dreidimensionale Formen oder Verbindungen solcher Elemente untereinander oder mit Farben bestehen.

E. 4

Vom Markenschutz ausgeschlossen sind nach Art. 2 Bst. a MSchG Zeichen, die Gemeingut sind, da ihnen die erforderliche Unterscheidungskraft fehlt oder an ihnen ein Freihaltebedürfnis besteht. Dies gilt auch für dreidimensionale Marken, die in der Form der gekennzeichneten Ware selbst bestehen können ("Formmarken"), sowie für Kombinationen solcher Formen mit zweidimensionalen Bestandteilen. Ob in ihrem Zusammenspiel der unterscheidungskräftige Teil dominiert, hängt nach einer Formulierung des Bundesgerichts

davon ab, ob die angemeldete Form durch ihre Eigenheiten auffällt, vom Gewohnten und Erwarteten abweicht und so im Gedächtnis der Abnehmer haften bleibt (BGE 120 II 310 E. 3b The Original, BGE 129 III 525 E. 4.1 Lego). Eine nur individuelle und erinnerbare aber im Sinne dieser Formel nicht auffällige, ungewohnte oder unerwartete Form wird das Publikum in der Regel nicht als Hinweis auf eine betriebliche Herkunft der entsprechenden Ware oder Dienstleistung ansehen, da Waren und Dienstleistungen stets durch Leistung geformter Gegenstände geliefert oder erbracht werden (P. Heinrich/A. Ruf, Markenschutz für Produktformen?, sic! 2003, 402, M. Streuli-Youssef, Zur Schutzfähigkeit von Formmarken, sic! 2002, 796, BGE 130 III 334 E. 3.5 Swatch).

E. 5

Als gewohnt und erwartet - und damit als nicht unterscheidungskräftig im Sinne der vorstehenden Ausführungen - hat die Rechtsprechung einerseits technisch beeinflusste Formen und Merkmale bezeichnet, deren Originalität nicht genügend über die technischen Gestaltungsvorgaben hinausgeht (BGE 129 III 519 E. 2.4.3-4 Lego, BGE 131 III 129 E. 4.3 Smarties). Andererseits wurden Gewohnheiten und Erwartungen der Formgestalt auch mit kulturellen Zusammenhängen und Gebrauchskonventionen der gekennzeichneten Ware begründet (BGE 131 III 130 E. 4.4 Smarties, RKGE in sic! 2004, 675 E. 5 Eiform, RKGE in sic! 2003, 499 E. 9 Weissblaue Seifenform, RKGE in sic! 2003, 805 E. 5 Zahnpastastränge, RKGE in sic! 2001, 129 E. 7 Baumkuchen). Die Gewohnheiten und Erwartungen sind in einem repräsentativen Branchenquerschnitt abstrakt zu ermitteln, ohne dass die angemeldete Form mit einzelnen Konkurrenzprodukten verglichen wird (BGE 131 III 134 E. 7.2 Smarties, RKGE in sic! 2005, 472 E. 8 Wabenstruktur, RKGE in sic! 2000, 299 E. 4 Fünfeckige Tablette), und die ästhetischen Merkmale der Form sind in ihrem Zusammenspiel im Gesamteindruck zu würdigen (BGE in sic! 2000, 286 E. 3b Runde Tablette, BGE 120 II 311 E. 3c The Original, RKGE in sic! 2006, 265 E. 7 f. Tetrapack, RKGE in sic! 2000, 702 E. 4 Tablettenform). An das Mass des Herkunftsbezugs sind dabei keine übertriebenen Anforderungen zu stellen. Vielmehr kann sich dieser auch aus einer Kombination an sich gemeinfreier Elemente ergeben (M. Luchsinger, Dreidimensionale Marken, Formmarken und Gemeingut, sic! 1999, 196, C. Willi, Markenschutzgesetz, Zürich 2002, N. 124 zu Art. 2 MSchG; RKGE in sic! 2004, 502 E. 9 Eistorte). In einzelnen Produktgattungen mag sich das Publikum stärker an die Unterscheidung herkunftsbestimmender Produktformen gewöhnt haben (M. Streuli-Youssef, a.a.o., 797). Einfache und banale Formen sind dem Verkehr aber grundsätzlich freizuhalten (P. Heinrich/A. Ruf, a.a.o., 401 m.w.H., BGE 131 III 130 E. 4.4 Smarties). Auch besteht ein absolutes Freihaltebedürfnis bei Formen, die das Wesen der Ware ausmachen oder die technisch notwendig sind (BGE 129 III 518 E. 2.4.1-2 Lego, Art. 2 Bst. b MSchG).

E. 6

Die Schutzfähigkeit eines Zeichens ist nach Massgabe des Hinterlegungsgesuches zu prüfen (RKGE in sic! 2006, 265 E. 5 Tetrapack). Die hinterlegte Form besteht aus einem quaderähnlichen Gebilde mit offenen Stirnseiten und leicht nach aussen gewölbten Seitenwänden. An den Oberkanten befinden sich jeweils zwei Schlitze, welche der Fixierung der beiden Einzelportionen dienen. Die Oberseite und ca. 20 % der Seitenflächen sind mit einem grünweissen Karo- bzw. Vichy-Muster überzogen. Ebenfalls ist auf der oberen Fläche in einer der Ecken in denselben Farben der Schriftzug "Bonne Maman" angebracht. Die Vorinstanz hat der hinterlegten Verpackungsform den Markenschutz im Wesentlichen mit der Begründung verweigert, dass die Form als solche funktional bedingt

und somit banal sei, woran die zweidimensionalen Elemente mangels Unterscheidungskraft nichts ändern könnten. Im Bereich der beanspruchten Waren würde eine Vielfalt an Darreichungs- bzw. Verpackungsformen existieren. Auch sei durchaus üblich, mehrere Einzelportionen als eine Einheit darzureichen, wobei es mannigfaltige Möglichkeiten der Zusammenfassung der einzelnen Portionen gebe. Beim vorliegenden Zeichen seien die gewölbten Seitenwände und die Schlitze funktional bedingt. Das Vichy-Muster sei im beanspruchten Warenssegment in jeglichen Farben üblich, weshalb es als banal zu gelten habe. Der Abnehmer sehe im Muster lediglich ein ästhetisches Element und erkenne darin keinen Hinweis auf die betriebliche Herkunft des Zeichens. Im Übrigen sei der Schriftzug "Bonne Maman" nicht genügend lesbar und beeinflusse, da er lediglich auf einer Seite angebracht sei, den Gesamteindruck der Form nicht wesentlich.

E. 7

Massgebend für die Beurteilung eines Zeichens ist stets die Wahrnehmung der von ihm angesprochenen Verkehrskreise. Vorliegend sind dies insbesondere die Endverbraucher von Lebensmitteln. Aus ihrem Blickwinkel ist zu entscheiden, ob die hinterlegte Form vom im fraglichen Warenssegment Gewohnten und Erwarteten abweicht. Die beanspruchten Waren werden gewöhnlich in Plastikbechern oder in Gläsern vertrieben. Dabei werden oft - dies ist insbesondere bei Desserts wie Yoghurts, Cremes und Puddings üblich - mehrere Einzelportionen zu grösseren Verkaufseinheiten zusammengefasst. Dazu werden die einzelnen Behälter in der Regel entweder mittels gemeinsamer Deckelfolie zusammengehalten oder sie werden miteinander in einem Kartonquader verpackt, wobei Aussparungen an den Oberkanten der Verpackung der Fixierung der Becheroberländer dienen. Beim hinterlegten Zeichen handelt es sich um ein quaderähnliches Gebilde. Es unterscheidet sich von einem Kubus durch seine bauchigen Seitenwände sowie der gegenüber der Unterseite schmalere Oberseite. Die abgerundete Form entspricht den gewölbten Gläsern der beinhalteten Einzelportionen. Die kleinere Oberseite dient in Verbindung mit den an der Oberkante angebrachten Schlitzlöchern der Fixierung der beiden Becher. Diese Bestandteile sind allesamt funktionell und verfügen kaum über Kennzeichnungskraft. Es bleibt somit zu prüfen, ob die zweidimensionalen Elemente den dreidimensionalen Gesamteindruck wesentlich beeinflussen können. In früheren Zeiten dienten mit dicken Stoffnetzen verschlossene Gläser der Lagerung von selber eingemachtem. Heutzutage ist es bei Konfitüren und Gelée immer noch verbreitet, über den Deckel entweder ein Tüchlein zu spannen oder diesen mit dem bei Stoffen geläufigen Karomuster zu bedrucken. Damit soll wohl dem Konsumenten suggeriert werden, dass das jeweilige Produkt mit der Qualität von hausgemachten Erzeugnissen mithalten könne. Zumindest auf Marmeladegläsern erkennt demnach der Abnehmer im Vichy-Muster lediglich ein ästhetisches Element und keinen Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Ware. Das Karomuster findet man in vielen Farbtönen, insbesondere Rot, Blau, Grün und Gelb sind in Kombination mit der Farbe Weiss sehr verbreitet. Der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Farbanspruch Grün ist daher nicht geeignet, die Unterscheidungskraft wesentlich zu verstärken. Des Weiteren lässt sich nur schwer erkennen, dass das Muster bei der hinterlegten Form leicht verzogen ist. Auch kommt der Schriftzug "Bonne Maman" auf Grund seiner geringen Grösse sowie der verwendeten Farben Grün und Weiss auf dem Karomuster kaum zur Geltung. Selbst wenn sich das Argument der Beschwerdeführerin, wonach bei der Produktplatzierung insbesondere die Oberseite zur Geltung komme, nicht ganz von der Hand weisen lässt, so beeinflusst der Schriftzug doch das Zeichen im Gesamteindruck nicht wesentlich. Es lässt sich demnach

festhalten, dass auch die verwendeten zweidimensionalen Elemente als solche kaum unterscheidungskräftig sind.

E. 8

Wie das Bundesgericht im Entscheid *Runde Tablette* ausgeführt hat, müsste die Originalität bei einer aus gemeinfreien Elementen zusammengesetzten Marke "zumindest in der Verbindung der einzelnen Elemente liegen, indem mehrere gemeinfreie Elemente in überraschender Weise kombiniert werden" (BGer in sic! 2000, 286 E. 3c *Runde Tablette*; vgl. RKGE in sic! 2000, 702 E. 4 *Tablettenform*). Karomuster werden häufig auf Marmeladegläserdeckel aufgedruckt oder auf runden Tüchlein über die Deckel gespannt. Vorliegend ist das Muster auf die die Gläser beinhaltende Kartonverpackung geprägt. Die Kombination des als Qualitätshinweis dienenden Vichymusters mit einer gängigen, quaderähnlichen Verpackungsform erzeugt jedoch keinen unterscheidungskräftigen Gesamteindruck. Die hinterlegte Verpackungsform ist für das beanspruchte Warenssegment üblich und weicht nicht vom Erwarteten und Gewohnten im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ab. Sie weist somit über kein charakteristisches Gesamterscheinungsbild auf, das im Gedächtnis haften bleibt. Daraus kann gefolgert werden, dass die hinterlegte dreidimensionale Form insgesamt als banal beurteilt werden muss.

E. 9

Ist das zur Diskussion stehende Zeichen als Gemeingut zu qualifizieren, bleibt zu prüfen, ob es allenfalls infolge Verkehrsdurchsetzung einzutragen ist. Verkehrsdurchsetzung bedeutet, dass eine bestimmte Form Kennzeichnungskraft erlangt hat, dass sie von einem erheblichen Teil der Adressaten im Wirtschaftsverkehr als individualisierender Hinweis auf bestimmte Produkte eines bestimmten Unternehmens verstanden wird (BGE 130 III 331 E. 3.1 *Swatch*). Je banaler ein Zeichen ist, desto höhere Anforderungen sind an den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung zu stellen (vgl. BGE 130 III 333 E. 3.4 *Swatch*; M. Schneider in sic! Sondernummer 125 *Jahre Markenhinterlegung*, Zürich 2005, 62).

E. 10

Die Vorinstanz hat die Verkehrsdurchsetzung mit den Argumenten verneint, dass kein markenmässiger Gebrauch des Zeichens nachgewiesen sei und die geltend gemachte Gebrauchsdauer ebenfalls nicht genüge. Dieser Auffassung kann sich das Bundesverwaltungsgericht anschliessen. Einerseits weisen die auf den Durchsetzungsbelegen der Beschwerdeführerin abgebildeten Verpackungsformen im Gegensatz zum hinterlegten Zeichen auf mindestens einer der beiden weissen Seitenwände neben beschreibenden Zusatzinformationen gut lesbar den unbestrittenermassen kennzeichnungskräftigen Schriftzug "Bonne Maman" auf. Andererseits lassen sich den Belegen keine Hinweise entnehmen, wieso sich die angemeldete Form entgegen ihrer Banalität bereits nach einer Gebrauchsdauer von lediglich rund drei Jahren durchgesetzt haben sollte. Die Beschwerdeführerin konnte die Verkehrsdurchsetzung folglich nicht glaubhaft machen.

E. 11

Im Übrigen gilt es anzumerken, dass dem Eintrag einer Gemeinschaftsmarke keine präjudizielle Wirkung zukommt. Er gilt lediglich als Indiz für die Eintragbarkeit in der Schweiz (BGE 129 III 229 E. 5.5 *Masterpiece*). Die Eintragung von Formmarken hängt von individuellen Gewohnheiten und Erwartungen in der Schweiz ab, über die ausländische Eintragungen nichts aussagen (RKGE in sic! 2003 S. 136 E. 7 *Cool Action*).

E. 12

Die Beschwerde ist abzuweisen und die Verfügung der Vorinstanz zu bestätigen, womit sich eine materielle Behandlung deren Sistierungsgesuches erübrigt. Bei diesem Ausgang hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

E. 13

Die Spruchgebühr (Gerichtsgebühr) ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien zu bestimmen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006 [VGKE, SR 173.320.2]). In Markeneintragungsverfahren ist dafür das Interesse der beschwerdeführenden Partei am Aufwand einer neuen Markeneintragung und an der Vorbereitung der Markteinführung im Fall der Rückweisung der hängigen Markenmeldung zu veranschlagen. Es würde allerdings zu weit führen und könnte im Verhältnis zu den relativ geringen Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens abschreckend wirken, wenn dafür stets konkrete Aufwandsnachweise im Einzelfall verlangt würden. Mangels anderer streitwertrelevanter Angaben ist der Streitwert darum nach Erfahrungswerten auf Fr. 25'000.-- festzulegen (J. Zürcher, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsprozess, sic! 2002 S. 505; L. Meyer, Der Streitwert in Prozessen um Immaterialgüterrechte und Firmen, sic! 2001 S. 559 ff., Lucas David, in: Roland von Büren / Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/2, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Basel 1998, S. 29 f.). Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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