

BVGer B-7419/2006 vom 5. Dezember 2007

Bundesverwaltungsgericht, 2007-12-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-7419_2006

FR: TAF B-7419/2006 du 5 décembre 2007

IT: TAF B-7419/2006 del 5 dicembre 2007

Regeste

Absolute Ausschlussgründe

Erwägungen

E. 1

Die Entscheide des Instituts für Geistiges Eigentum vom 2. Oktober 2006 stellen Verfügungen im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1 Bst. c). Diese Verfügungen können 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. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügungen durch diese beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 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. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerden ist daher einzutreten.

E. 2

Nach der Legaldefinition von Art. 1 Abs. 1 des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11) ist die Marke ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Marken können insbesondere in dreidimensionalen Formen bestehen (Art. 1 Abs. 2 MSchG). Dreidimensionale Marken können einerseits plastische Kennzeichen sein, die zumindest gedanklich von Ware und Verpackung ohne Funktionsverlust getrennt werden können (Formmarken im weiteren Sinn). Andererseits kann es sich dabei um die kennzeichnende Formgebung der Ware selbst oder ihrer Verpackung handeln (Formmarken im engeren Sinn), das heisst um kennzeichnende Formen, die unmittelbar in der Ware oder in der Verpackung verkörpert sind (BGE 129 III 516 E. 2.1 Lego).

E. 3

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 (Peter Heinrich/ Angelika Ruf, Markenschutz für Produktformen?, sic!, 2003, S. 402; Magda Streuli-Youssef, Zur Schutzfähigkeit von Formmarken, sic!, 2002, S. 796; BGE 130 III 334 E. 3.5 Swatch).

E. 3.1

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 (BGer 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 (Martin Luchsinger, Dreidimensionale Marken, Formmarken und Gemeingut, sic!, 1999, S. 196; Christoph Willi, Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, N. 124 zu Art. 2 MSchG; RKGE in sic! 2004, 502 Eistorte). In einzelnen Produktgattungen mag sich das Publikum stärker an die Unterscheidung herkunftsbestimmender Produktformen gewöhnt haben (Streuli-Youssef, a.a.O., S. 797). Einfache und banale Formen sind dem Verkehr aber grundsätzlich freizuhalten (Heinrich/Ruf, a.a.O., S. 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. 3.2

Der in den in Frage stehenden Waresegmenten vorzufindende Formenschatz ist bei der Beurteilung einer Formmarke insofern von Bedeutung, als es bei grosser Formenvielfalt schwieriger ist, eine nicht banale Form zu schaffen, die von den Abnehmern als betrieblicher Herkunftshinweis und nicht als dekoratives Element oder technisches Beiwerk verstanden wird. Diese Auffassung findet ihre Stütze in der Praxis, von der abzuweichen

vorliegend kein Anlass besteht (vgl. dazu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-333/2007 vom 2. Oktober 2007 E. 6.1 Milchmäuse mit Verweis auf BGE 133 III 342 E. 3.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7379/2006 vom 17. Juli 2007 E. 4.3 Leimtube mit Verweis auf den Entscheid der RKGE vom 15. Dezember 2004, in sic! 2005, 471 E. 6 Wabenstruktur und Streuli-Youssef, a.a.O., S. 796).

E. 3.3

Eine markenfähige Form kann auch durch die Kombination von zwei- und dreidimensionalen Gestaltungsmitteln oder durch Einschränkung auf bestimmte Farben begründet werden (Willi, a.a.O, N. 125 zu Art. 2 MSchG). 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. Damit eine an sich gewöhnliche Form, die zusätzlich zwei oder dreidimensionale Gestaltungselemente enthält, als Marke geschützt werden kann, muss deren Kombination derart originell und kennzeichnungskräftig sein, dass sie im Gedächtnis der Abnehmer haften bleibt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7379/2006 vom 17. Juli 2007 E. 4.3 Leimtube mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 4A.6/1999 vom 14. Oktober 1999, in sic! 2000, 286 E. 3c Runde Tablette; Entscheid der RKGE vom 12. Februar 1998, in sic! 1998, 300 f. E. 6 Blaue Flasche). Entscheidend ist, ob mit dem zusätzlichen Element ein Bezug zur betrieblichen Herkunft der Ware geschaffen wird und die Form deshalb unterscheidungskräftig wirkt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7379/2006 vom 17. Juli 2007 E. 4.3 Leimtube, mit Hinweisen).

E. 3.4

Massgeblich bei der Beurteilung einer Formmarke ist stets der Registereintrag und nicht der tatsächliche Gebrauch der Marke (BGE 120 II 310 E. 3a The Original). Formmarken sind im Gesamteindruck aus der Sicht der Abnehmerkreise zu beurteilen, an die das Angebot der Waren gerichtet ist (Lucas David, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz / Muster- und Modellgesetz, Basel 1999, MSchG Art. 2 N. 8; Eugen Marbach, in: Roland von Büren / Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III, Kennzeichenrecht, Basel 1996, Markenrecht, S. 35; BGE 127 III 168 E. 2b/cc Securitas), wobei es für die Zurückweisung genügt, wenn der Marke die Unterscheidungskraft nur bei einem Teil der Verkehrskreise fehlt (David, a.a.O., MSchG Art. 2 N. 9; BGE 128 III 451 E. 1.5 Premiere, BGE 99 II 404 E. 1c Biovital). In Grenzfällen sind Marken jedoch einzutragen und allenfalls der weitergehenden Prüfung durch den Zivilrichter zu überlassen (Marbach, a.a.O., S. 32; BGE 129 III 229 E. 5.3 Masterpiece, BGE 130 III 332 E. 3.2 Swatch; vgl. auch Art. 66 MSchG).

E. 4

Vorliegend wurden die Zeichen als Bildmarken unter Beanspruchung der Farben Schwarz, Violett, Orange, Blau (52511/2005) bzw. Schwarz, Violett, Grün, Blau (52515/2005) bzw. ohne Farbanspruch (52517/2005) angemeldet. In den Markeneintragungsgesuchen wurde indessen vermerkt, dass es sich bei den Zeichen um dreidimensionale Marken handle. Das Bundesverwaltungsgericht teilt deshalb die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Zeichen als Formmarken zu betrachten sind.

E. 5

Die Form, für welche die Beschwerdeführerin um Schutz ersucht, besteht aus einem quaderförmigen, hohlen Körper mit abgerundeten Ecken und Kanten. Unter diesem Körper

befindet sich ein leicht vorstehender Sockel, dessen Ecken ebenfalls abgerundet sind. Die Oberseite des Körpers weist eine kreisrunde, von einem nach oben etwas vorstehenden Ring umgebene Öffnung mit einem Deckel auf. Dieser weder eindeutig runde noch eindeutig eckige, am Körper befestigte Deckel, der auf der Innenseite eine dem soeben erwähnten Ring entsprechende kreisförmige, leicht hervorstehende Ausbuchtung aufweist, springt nach Betätigen einer sich ebenfalls auf der Oberseite des Behälters, vor der Öffnung befindenden Pressvorrichtung auf. Bei den Anmeldungen mit Farbanspruch ist der quaderförmige Körper des Behälters in violetter (52511/2005 und 52515/2005) Farbe gehalten. Sockel und Deckel weisen eine leuchtend orange (52511/2005) resp. leuchtend grüne (51515/2005) Farbe auf. Die Pressvorrichtung und der innere Ring sind türkisblau (52511/2005, 52515/2005). Im Übrigen lautet der von der Beschwerdeführerin beantragte Farbanspruch in den Gesuchen Nrn. 52511/2005 und 52515/2005 auf Schwarz. Die Beschwerdeführerin brachte an der öffentlichen Verhandlung vor, sie habe die Behälter vor schwarzem Hintergrund angemeldet, weil damit die Farben besser zur Geltung kämen. Nach der Praxis der Vorinstanz sei sie verpflichtet, Schwarz zu nennen, wenn der Hintergrund schwarz sei. Die Vorinstanz bestreitet dies und hält dafür, dass Schwarz nicht Teil des Schutzobjektes sei (mit Ausnahme in Gesuch Nr. 52511/2005 die Öffnung). Bei den angemeldeten Marken handelt es sich um Formmarken, die Frage, ob Schwarz mitbeansprucht werden muss, ist insofern hier nicht relevant; die Beschwerdeführerin ist indessen bei ihren Aussagen zu behaften.

E. 6

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass für Körper, Deckel und Verschluss der Behälter grundsätzlich genügend alternative Formen zur Verfügung stehen, deren Realisierung auch ohne weiteres zumutbar ist. Mit der Vorinstanz ist daher davon auszugehen, dass die Form der hinterlegten Behälter nicht technisch notwendig und der Ausschlussgrund des Art. 2 Bst. b MSchG demzufolge nicht gegeben ist. Es bleibt somit zu prüfen, ob die hinterlegten Behälter, wie die Vorinstanz geltend macht, zum Gemeingut gehören und daher auf Grund von Art. 2 Bst. a MSchG nicht eintragungsfähig sind.

E. 6.1

Auch bei Formmarken gilt das Spezialitätsprinzip, wonach der Gemeingutcharakter einer Warenform in Bezug auf die konkret beanspruchten Waren und Dienstleistungen zu beurteilen ist (BGer in sic! 2005, 279 E. 3.3 Firemaster). Die "gewohnte und erwartete" Verpackungsform als Vergleichsgrösse im Sinne der erwähnten Rechtsprechung ist, wie sich zeigen wird, vorliegend nicht für alle angemeldeten Waren dieselbe (vgl. auch den Entscheid der RKGE vom 23. Oktober 2006 [MA-AA 07/06] E. 5 f.). Für die Schutzfähigkeit eines Behälters, wie des vorliegenden, als Formmarke ist aber ähnlich wie bei einer Parfümflasche nicht relevant, ob er sich von den anderen auf dem Markt befindenden Behältern genügend unterscheidet. Eine mangelnde diesbezügliche Unterscheidungsmöglichkeit könnte allenfalls einen relativen Schutzausschlussgrund im Sinne von Art. 3 MSchG darstellen (RKGE in sic! 1998, 401 E. 6 Parfümflasche). Auf die Neuheit kommt es für die Beurteilung der markenrechtlichen Schutzfähigkeit ebenfalls nicht an (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7379 vom 17. Juli 2007 E. 5.4 Leimtube; RKGE in sic! 2003, 805 E. 6 Zahnpastastränge). Dagegen ist für die Eintragungsfähigkeit als Formmarke entscheidend, dass die Form durch unterscheidungskräftige Merkmale von gewohnten und erwarteten Formen des betreffenden Warenssegmentes abweicht. Dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist - gleich wie den Urteilen seiner

Vorgängerorganisationen - der Sachverhalt zu Grunde zu legen, wie er sich im Zeitpunkt der Entscheidung verwirklicht hat und bewiesen ist. Dies fließt aus dem Untersuchungsgrundsatz und der freien Kognition in Bezug auf die Überprüfung des Sachverhalts (vgl. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 12 und Art. 49 VwVG; Alfred Közl/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Rz. 615 mit Hinweis; VPB 61.31 E. 3.2.3). Für die Beurteilung, ob die angemeldeten Behälter durch unterscheidungskräftige Merkmale vom Erwarteten und Gewohnten abweichen, ist daher - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin, die darauf hinweist, sie sei mit ihrem Produkt bereits im Februar 2004 auf den Markt gelangt, diverse Konkurrenten seien mit Nachahmerprodukten erst später auf den Markt gestossen, - der Zeitpunkt des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts massgebend. Die von der Beschwerdeführerin an der Verhandlung erwähnten "Plagiate" sind daher hier ebenfalls als Vergleichsgrösse zu berücksichtigen.

E. 6.1.1

Die Beschwerdeführerin ist unter anderem primär am Schutz für "Feuchttücher" interessiert. Unter Feuchttücher können von den hier interessierenden die folgenden Oberbegriffe und Waren fallen: Mittel zur Körper- und Schönheitspflege und mit persönlichen Reinigungs- und/oder Kosmetikmitteln vorimprägnierte Wischtücher in Klasse 3; mit medizinischen Lotionen vorimprägnierte Wischtücher in Klasse 5; Papier, Pappe (Karton) und aus diesen Materialien hergestellte Waren soweit sie in dieser Klasse enthalten sind, Papierprodukte für Haushalt- und Hygienewecke, wie Gesichts- und Reinigungstücher, Toilettenpapier und Wischtücher in Klasse 16. Feuchttücher werden häufig in quadrat- bzw. rechteckförmigen, wiederverschliessbaren Folienpackungen, sowie in runden oder quaderförmigen Boxen und Dosen aus Kunststoff, selten auch aus Edelstahl, angeboten. Die Form des hinterlegten Behälters, welcher aus einem quaderförmigen Körper mit abgerundeten Ecken und Kanten besteht, entspricht somit für Feuchttücher dem Gewohnten und Erwarteten. Sie ist auf Feuchttücher mit entsprechender quadratischer Form zugeschnitten und daher wenig originell. Zudem lässt sich diese Form bei der Lagerung besser stapeln als etwa eine runde Form. Die Ecken und Kanten von solchen Kunststoffbehältern sind dabei selten völlig scharf, sondern aus materialimmanenten Gründen abgerundet. Vom flüchtigen Betrachter wird dies nicht als kennzeichnendes Merkmal gewertet. Der vorstehende Sockel, dessen Ecken ebenfalls abgerundet sind, dient der Stabilität und der Standfestigkeit des Behälters und verhindert, dass der Körper auf einer glatten Oberfläche, wie beispielsweise einem Wickeltisch, kippt oder rutscht. Es handelt sich vorwiegend um ein technisches Element, welches vom hier massgebenden Durchschnittskonsumenten erwartet wird, der beim Wickeln bzw. Pflegen eines Kindes oder auf der Toilette meist nur eine Hand frei hat. Die Pressvorrichtung, die sich auf der Oberseite des Behälters befindet, und bei deren Betätigung der Deckel aufspringt, ermöglicht ebenfalls eine einfache Bedienung mit einer Hand. Sie wird vom Publikum für die Funktion des Produkts vorausgesetzt. Der Deckel dient zwar dem Zweck, die enthaltene Ware bei Nichtgebrauch vor dem Austrocknen zu bewahren und enthält insoweit ebenfalls eine technische Komponente. Die Form des Deckels, die weder rund noch eckig ist, weicht indessen vom üblichen Erscheinungsbild solcher Deckel (von marktüblichen Verpackungen für Feuchttücher) ab, die sich meist der Form ihrer Behälter anpassen, und verleiht ihm eine auffällige Erscheinung. Dieser Eindruck wird verstärkt durch die Wölbung des Deckels und den inneren Ring. Die kreisrunde Öffnung, die sich auf der Oberseite des Behälters befindet, ermöglicht die Entnahme von den im Behälter verstauten Waren. Insofern enthält

sie ein funktionales Element. Die kreisrunde Wirkung der Öffnung wird indessen verstärkt durch die quadratische Form des Behälters und hebt sich stark von diesem ab. Auch weicht sie von gewohnten Öffnungen marktüblicher Behälter ab, die meist oval oder eckig geformt sind. Sie ist daher geeignet, dem Betrachter als ungewöhnlich aufzufallen. Der innere Ring, der die kreisrunde Öffnung umgibt, unterstützt das etwas ungewohnte Erscheinungsbild. In Verbindung mit dem Deckel und der kreisrunden Öffnung kann er wohl bei einigen Betrachtern effektiv den Eindruck eines Sitzrings bei Toiletten entstehen lassen. Da der Ring indessen das Gegenstück zum Deckel bildet und einen dichten Verschluss oder eine mechanische Versteifung des Deckels gewährleisten kann, wird der ungewohnte Eindruck durch das funktionale Element wiederum relativiert. Insgesamt dürfte die von der Beschwerdeführerin gewählte Form daher für Behälter für Mittel zur Körper- und Schönheitspflege und mit persönlichen Reinigungs- und/oder Kosmetikmitteln vorimprägnierte Wischtücher in Klasse 3; mit medizinischen Lotionen vorimprägnierte Wischtücher in Klasse 5; Papier, Pappe (Karton) und aus diesen Materialien hergestellte Waren soweit sie in dieser Klasse enthalten sind, Papierprodukte für Haushalt- und Hygienezwecke, wie Gesichts- und Reinigungstücher, Toilettenpapier und Wischtücher in Klasse 16 für sich allein betrachtet noch nicht ausreichen, um einen Bezug zu einer bestimmten betrieblichen Herkunft herzustellen.

E. 6.1.2

Dasselbe gilt auch im Bezug auf die Verpackungen für Mittel zur Textilpflege, Putz-, Polier- und Fettentfernungsmittel und Parfümeriewaren in Klasse 3; für pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege in Klasse 5 und bei Verpackungen für Papierprodukte für Haushalt- und Hygienezwecke wie Küchen- und Badetücher, Küchenrollen, Servietten, Taschentücher, Windeln aus Papier und/oder Zellulose in Klasse 16 und Putzzeug in Klasse 21. Hier herrscht eine grosse Formenvielfalt, werden doch diese Waren sowohl in Flaschen, Dosen, Tüten, Kübeln, Rollen, Schachteln, Gläser, Boxen als auch in Töpfen angeboten. Die Verwendung eines quaderförmigen Körpers mit einer Pressvorrichtung, bei deren Betätigung der Deckel aufspringt, und einer kreisrunden Öffnung, welche die Entnahme der darin verpackten Waren ermöglicht, dürfte daher dem auch hier massgebenden Durchschnittskonsumenten zwar als eher ungewöhnlich auffallen, dass er darin für sich allein betrachtet einen Hinweis auf eine bestimmte betriebliche Herkunft erkennen würde, ist jedoch nicht anzunehmen.

E. 6.1.3

Für die in Klasse 21 beanspruchten Haushalt- und Küchenbehälter wird bezüglich der Art der Waren, die darin verpackt werden können, keine Einschränkung gemacht: Die Form stellt hier gleichzeitig die Ware dar. In der Form des Behälters können sowohl Flüssigkeiten aller Art und andere inkonsistente Waren als auch feste Gegenstände enthalten sein, mitunter können diese auch der Formgebung des Behälters entsprechen. Die beanspruchte Form kommt für nahezu sämtliche Waren im Haushalt- und Küchenbereich als Behälter in Frage. Damit sind sämtliche auf dem schweizerischen Markt bekannten Behälter im Haushalt- und Küchenbereich für die Beurteilung massgebend, ob die massgebenden Adressaten, auch hier wiederum die Durchschnittskonsumenten, die Form des Behälters als Kennzeichen wahrnehmen, welches ihnen ermöglicht, das einmal geschätzte Produkt in der Menge des Angebots wiederzufinden (vgl. auch BGE 133 III 342 E. 4.2). Auf Grund dieser enormen Formenvielfalt dürfte die vorliegend zu beurteilende Form daher nicht als unerwartet oder originell resp. als Hinweis auf eine bestimmte betriebliche Herkunft

wahrgenommen werden.

E. 6.2

Da es auch bei der Beurteilung einer Formmarke letztlich auf den optischen Gesamteindruck ankommt, bleibt zu prüfen, ob die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Farbansprüche etwas am soeben Ausgeführten zu ändern vermögen. Die beim Behälter dominierende Farbe Violett (52511/2005, 52515/2005) sowie die für Sockel und Deckel verwendeten, giftig grünen bzw. orangen Farben (52511/2005, 52515/2005) sind bei Produkten der Klassen 3, 5 und 16, welche der Körper- und Schönheitspflege sowie für Hygienezwecke - wie Feuchttücher und Windeln - dienen, wenig verbreitet. Solche Produkte werden häufig in den Farben Weiss, Grün, Blau und Gelb hergestellt, wobei Weiss für Reinheit, Blau und Grün als Farben des Wassers und Gelb für Zitronenfrische stehen. In diesen Warenssegmenten, insbesondere bei Babyprodukten, sind auch häufig Pastellfarben anzutreffen. Die vorliegend verwendeten Farben werden als solche kaum mit Frische und Gepflegtheit in Verbindung gebracht und weichen von den in diesen Warenssegmenten üblicherweise anzutreffenden Farben ab. Sie sind daher - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - geeignet, dem Betrachter als aussergewöhnlich aufzufallen. Auch bei Verpackungen für pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse und Präparate für die Gesundheitspflege in Klasse 5 dürften diese Farben selten anzutreffen sein. Bei den vorliegenden Zeichen werden zudem vorwiegend Komplementärfarben (orange, grün, violett) miteinander kombiniert. Die Verwendung der Komplementärfarben nebeneinander führt zu einer besonderen Kontrastwirkung. Der Kontrast des violetten Körpers zum orangen resp. grünen Deckel und Sockel lässt Plastizität entstehen und Deckel und Sockel hervortreten. Damit sticht der ohnehin in eigenwilliger Form gehaltene Deckel dem Konsumenten sofort ins Auge. Diese Farbkombinationen sind daher geeignet, im Gedächtnis der Abnehmer haften zu bleiben. Die türkisfarbene Pressvorrichtung, welche sich von den anderen Farben des Behälters abhebt, ist ebenfalls auffällig. Damit erkennt der Konsument indessen aber auch, wie er den Behälter öffnen kann. Insoweit hat diese Farbe auch eine funktionale Komponente. Der Farbe des inneren Rings, welcher die kreisrunde Öffnung umgibt, kommt demgegenüber wiederum keine naheliegende signalisierende Funktion zu. Im Bezug auf die Produkte der Klassen 3, 5 und 16, die der Körper- und Schönheitspflege sowie für Hygienezwecke - wie Feuchttücher und Windeln - dienen und bezüglich der pharmazeutischen und veterinärmedizinischen Erzeugnisse und Präparate für die Gesundheitspflege in Klasse 5 kann den mit Farbanspruch angemeldeten Formen daher eine gewisse originäre Unterscheidungskraft nicht abgesprochen werden. Keinen wesentlichen Einfluss auf die Unterscheidungskraft dürften die Farben bzw. Farbkombinationen indessen bei Verpackungen für Mittel zur Textilpflege, Putz-, Polier und Fettentfernungsmittel der Klasse 3 und Putzzeug der Klasse 21 hinterlassen. Hier sind diverse knallige bzw. leuchtende Farben und auffällige Farbkombinationen verbreitet. Auch bei Haushalt- und Küchenbehältern in Klasse 21 besteht eine enorme Farbenvielfalt. Die von der Beschwerdeführerin gewählten Farben vermögen in diesem Bereich daher keinen prägenden Eindruck zu hinterlassen.

E. 7

Aus den vorstehenden Erwägungen kann gefolgert werden, dass der ohne Farbanspruch hinterlegte Marke (52517/2005) keine, einen Anspruch auf Eintragung begründende Unterscheidungskraft zukommt. Dasselbe gilt auch für die beiden Marken mit Farbanspruch, soweit dabei in Bezug auf Putzzeug sowie Haushalt- und Küchenbehälter in

der Klasse 21 resp. für Mittel zur Textilpflege, Putz-, Polier und Fettentfernungsmittel der Klasse 3 Schutz beansprucht wird. Für die noch umstrittenen, in der Klasse 5 beanspruchten Waren sowie in der Klasse 3 für Parfümeriewaren, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege und mit persönlichen Reinigungs- und/oder Kosmetikmitteln vorimprägnierten Wischtücher sowie in der Klasse 16 für Papier, Pappe (Karton) und aus diesen Materialien hergestellte Waren soweit sie in dieser Klasse enthalten sind, Papierprodukte für Haushalt- und Hygienezwecke, wie Küchen- und Badetücher, Küchenrollen, Servietten, Taschentücher, Gesichts- und Reinigungstücher, Toilettenpapier, Wischtücher und Windeln aus Papier und/oder Zellulose bilden die hinterlegte Form mit den beanspruchten Farben indessen - zumindest im Sinne eines Grenzfalls (BGE 129 III 229 E. 5.3 Masterpiece, BGE 130 III 332 E. 3.2 Swatch) - schutzfähige Zeichen. Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin einzugehen.

E. 8

Die Beschwerde ist somit teilweise gutzuheissen und die Vorinstanz anzuweisen, die Marken mit Farbanspruch (52511/2005 und 52515/2005), ausser in Bezug auf die in Klasse 21 genannten Haushalt- und Küchenbehälter sowie Putzzeug und die in Klasse 3 erwähnten Mittel zur Textilpflege, Putz-, Polier und Fettentfernungsmittel im schweizerischen Markenregister einzutragen. Die Beschwerdeführerin obsiegt damit etwa zu drei Fünfteln, in welchem Umfang die Verfahrenskosten auf die Gerichtskasse zu nehmen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die entsprechend reduzierte Spruchgebühr 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 vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Bei Markeneintragungen geht es um Vermögensinteressen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich folglich nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). Die Schätzung des Streitwertes hat sich nach Lehre und Rechtsprechung an Erfahrungswerten aus der Praxis zu orientieren, wobei bei eher unbedeutenden Zeichen grundsätzlich ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.- und Fr. 100'000.- angenommen werden darf (BGE 133 III 490 E. 3.3 Turbinenfuss, mit Hinweisen). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Es sprechen keine konkreten Anhaltspunkte für einen höheren oder niedrigeren Wert der strittigen Marken. Die von der Beschwerdeführerin zu zwei Fünftel geschuldete Gerichtsgebühr ist mit dem von ihr am 2. November 2006 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'500.- zu verrechnen. Für die Zwischenverfügung vom 9. Mai 2007 wird in Anwendung von Art. 6 Bst. b VGKE auf die Auferlegung von Verfahrenskosten verzichtet.

E. 9

Der teilweise obsiegenden Beschwerdeführerin, welche keine Kostennote eingereicht hat, ist von Amtes wegen und unter Berücksichtigung der durchgeführten öffentlichen Verhandlung vom 16. August 2007 und der ihrem Antrag folgenden Zwischenverfügung vom 9. Mai 2007 eine gekürzte Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2, Art. 9 und Art. 14 VGKE).

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