Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-7423/2006
{T 0/4}

Urteil vom 4. Oktober 2007

Mitwirkung: Richter Francesco Brentani (vorsitzender Richter), Richter Bernard Maitre (Präsident der Abteilung); Richter Hans Urech; Gerichtsschreiber Daniele Cattaneo

A. _____,
vertreten durch Fürsprecher Dr. Jürg Simon, Lenz & Staehelin, Bleicherweg 58, 8027 Zürich,

Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum, Stauffacherstrasse 65, 3003 Bern,

Vorinstanz,

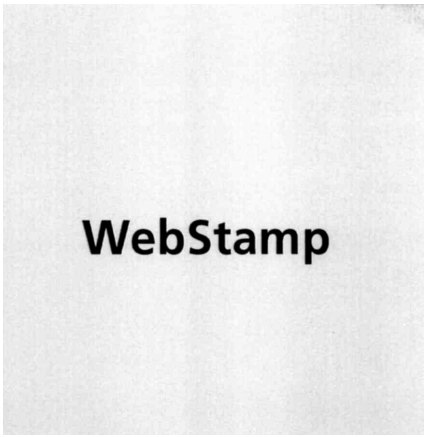
betreffend

Zurückweisung des schweizerischen Markenhinterlegungsgesuchs Nr. 4806/2003 "*WebStamp*" (fig.).

Sachverhalt:

A. Am 18. September 2003 ersuchte die Beschwerdeführerin beim Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum (nachfolgend: Vorinstanz, IGE) um die markenrechtliche Eintragung des Zeichens bestehend aus der Kombination des Wortelements *"WebStamp"* mit bzw. auf einem konturlosen gelben Hintergrund.

Die Marke hat folgendes Aussehen:



und wurde für die Waren und Dienstleistungen der nachfolgend genannten Klassen beansprucht:

Klasse 9

Programme für elektronische Datenverarbeitungsanlagen und -geräte.

Klasse 16

Druckereierzeugnisse; Papeteriewaren; Briefmarken.

Klasse 35

Werbung- und Verkaufsförderung; Marketing; Marktforschung; Unternehmensberatung; betriebswirtschaftliche Beratung; Geschäftsführung im Bereich elektronischer Markplätze; Detailhandel über elektronische Kanäle (auch Internet); Verwaltung von Kundenadressdateien; Sammeln und Systematisieren von Daten in einer Datenbank, nämlich elektronische Verarbeitung von Geschäfts- und Finanzabläufen; Beratungsdienstleistungen bezüglich aller vorgenannten Dienstleistungen; alle vorgenannten Dienstleistungen auch per elektronische Kanäle.

Klasse 36

Finanz- und Rechnungswesen, Geldgeschäfte, Zahlungsverkehr, Inkassogeschäfte, finanzielle Beratung von Unternehmen sowie Beratungsdienstleistungen bezüglich aller vorgenannten Dienstleistungen; alle vorgenanten Dienstleistungen auch per elektronische Kanäle.

Klasse 38

Telekommunikation, insbesondere Sprach- und Datenübermittlung; Übermittlung von Daten und Informationen zwischen Kunden und Unternehmen per Telekommunikationsmittel, mittels Computer sowie über elektronische Kanäle; Auskünfte über elektronische Übermittlung von Daten und Informationen sowie auf dem Gebiet der Abwicklung von Kundenbeziehungen mittels Telekommunikation und über elektronische Kanäle; Übermittlung von Daten aus einer Datenbank; Zurverfügungstellen von Zugriff auf globale Computernetzwerke und Computerdatenbanken; Beratung auf dem Gebiet der elektronischen Übermittlung von Dokumenten, Bildern, Daten und Informationen sowie auf dem Gebiet der Übermittlung von Informationen zwischen Kunden und Unternehmen per Telekommunikation, mittels Computer oder über elektronische Kanäle; Beratungsdienstleistungen bezüglich aller vorgenannten Dienstleistungen.

Klasse 39

Lieferung, Lagerung, Verpackung, Beförderung und Verteilung von Waren, Beförderung von Briefen, Briefsendungen sowie von sonstigen beweglichen Sachen wie Dokumente, Wertsachen, Waren und andere Güter; Verpackung, Versand und Verteilung von Sendungen sowie Dokumenten, Wertsachen, Waren und anderen Gütern; Vermittlung von Beförderungsleistungen; Kurierdienste; Lagerung von beweglichen Sachen wie Briefe, Briefsendungen; Dokumente, Wertsachen, Waren und andere Güter, Vermietung von Lagerraum für bewegliche Sachen wie Dokumente, Wertsachen, Waren, andere Güter und Fahrzeuge, Beratungsdienstleistungen bezüglich aller vorgenannten Dienstleistungen.

Klasse 40

Druckarbeiten.

Klasse 42

Erarbeiten von Datenverarbeitungsprogrammen; Beratung auf dem Gebiet der Datenverarbeitung; Vermietung von Betriebszeit auf Computer-Hardware (Service- und Access-Provider); Vermietung von Computersoftware; Lizenzvergabe von gewerblichen Schutzrechten und Verwertung von Patenten; Vermieten von Zugriff auf eine Datenbank; Design von Webseiten, Vermietung und Wartung von Speicherplätzen zur Benutzung als Webseiten für Dritte (Hosting); Programmieren und Instandhalten, einschliesslich Optimieren, von Webseiten für Dritte; Entgeltliches und unentgeltliches Vermitteln von Zugriffszeit auf eine Datenbank, zum Ansehen oder Herunterladen von Daten, Informationen und Grafiken oder Bilder über elektronische Medien (Internet); Beratungsdienstleistungen bezüglich aller vorgenannten Dienstleistungen; Rechtsberatung.

Klasse 45

Beratung auf dem Gebiet der Sicherheit.

B. Am 13. Januar 2004 beanstandete die Vorinstanz, das Schutzobjekt sei nicht klar bestimmbar. Es würden zwei Farben beansprucht, nämlich schwarz und gelb, es sei aber nicht klar, wie weit sich die gelbe Farbe erstrecke, d. h. ob sie über den Rand des 8x8 cm grossen Quadrates hinausgehe oder in dessen Grenzen bleibe. Zudem sei auf der schwarzweis sen Abbildung nur eine Farbe erkennbar, nämlich schwarz. Ausserdem sei

das Zeichen "*WebStamp*" in Bezug auf Waren und Dienstleistungen der Klassen 9, 16, 35 und 39 beschreibend und gehöre zum Gemeingut. Für alle anderen Klassen könne es eingetragen werden.

C. Mit Schreiben vom 5. März 2004, 22. November 2004, 27. April 2005 und 16. Dezember 2005 beantragte die Hinterlegerin, das Zeichen für sämtliche beanspruchten Waren und Dienstleistungen zum Markenschutz zuzulassen, unter Hinweis darauf, dass es sich weder um eine abstrakte Farbmarke noch um eine kombinierte Wortbildmarke handle, sondern um eine unterscheidungskräftige schwarze Abbildung des Zeichens "*WebStamp*" auf einem konturlosen gelben Hintergrund.

D. Mit Schreiben vom 20. September 2004, 28. Februar 2005, 16. August 2005 und 17. März 2006 hielt die Vorinstanz an ihrer Zurückweisung fest.

E. Am 26. Oktober 2006 verfügte die Vorinstanz die Zurückweisung des Markeneintragungsgesuchs 04806/2003 für sämtliche beanspruchten Waren und Dienstleistungen der Klassen 9, 16, 35, 36, 38, 39, 40, 42 und 45. Das hinterlegte Zeichen müsse mangels grafischer Darstellbarkeit zurückgewiesen werden, weil das Schutzobjekt nicht genügend klar definiert sei. Das Wortelement und der konturlose, gelbe Hintergrund seien nicht so angeordnet, dass sie in vorher festgelegter und beständiger Weise verbunden seien. Es könne nicht genau festgelegt werden, wo das Wortelement verankert sei, da eine abstrakte Farbmarke dadurch charakterisiert werde, dass sie konturlos sei, d. h. dass gerade keine flächenmässige Begrenzung auf 8x8 cm bestehe. Beide Elemente müssten in einem eindeutigen Verhältnis zueinander stehen, so dass die Proportionen in jeder erdenklichen Variation hinsichtlich der Grösse des Zeichens von Bestand seien und das Schutzobjekt somit klar definiert werden könne.

Die Darstellung lasse zahlreiche unterschiedliche Kombinationen zu, welche es dem Abnehmer nicht erlauben, eine bestimmte Kombination, und somit das konkrete Schutzobjekt zu erkennen. Der Konkurrent könne sich daher auch keine Vorstellung über den Umfang der geschützten Rechte des Markeninhabers machen. Aus sachlogischen Gründen fehle dem Zeichen demzufolge auch die Markenfähigkeit, bzw. die abstrakte Unterscheidungskraft.

In der Eventualbegründung weist die Vorinstanz darauf hin, dass das Zeichen die Bestandteile Web und Stamp enthalte, die als gebräuchlicher und beschreibender Hinweis auf das Internet aufgefasst würden und als zum englischen Grundwortschatz gehörender Begriff für Stempel oder Briefmarken leicht verstanden werden. Diese Wortneuschöpfung sei direkt beschreibend und werde in den betroffenen Verkehrskreisen ohne grossen Gedankenaufwand als "Stempel bzw. Briefmarke via Internet" verstanden.

Selbst wenn das Zeichen darstellbar wäre, müsste es aufgrund des direkt beschreibenden Charakters für einen (in der angefochtenen Verfügung umschriebenen) Teil der beanspruchten Waren und Dienstleistungen zurückgewiesen werden.

F. Gegen diese Verfügung richtet sich die am 27. November 2006 an die Eidgenössische Rekurskommission für geistiges Eigentum (nachfolgend: RKGE) eingereichte Beschwerde mit dem Rechtsbegehren:

1. Es sei die Verfügung der Vorinstanz vom 26. Oktober 2006 betreffend Zurückweisung des Markeneintragungsgesuch 04806/2003 aufzuheben und die Marke für sämtliche beantragten Waren und Dienstleistungen im Markenregister einzutragen.

2. Eventualiter sei die Verfügung der Vorinstanz vom 26. Oktober 2006 betreffend Zurückweisung des Markeneintragungsgesuch 04806/2003 aufzuheben und zur genügenden Begründung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Die Beschwerdeführerin brachte zur Begründung der Schutzfähigkeit des Zeichens vor, ein Wortelement sei im Wesentlichen durch seine Buchstabenfolge bestimmt. Dagegen sei die Fläche, die es einnimmt, für seine Bestimmung nicht relevant. Entsprechend sei auch das Flächenverhältnis zwischen dem Wortelement und seinem Hintergrund für die Bestimmung des Schutzobjektes nicht von Bedeutung. Es entspreche ausserdem einer jahrelangen Praxis der Vorinstanz, Marken einzutragen, ohne dass weitere Angaben zu Flächenverhältnis oder einer systematischen Anordnung verlangt werden. Die Vorinstanz habe seit Jahren eine Vielzahl von Marken, auch anderer Inhaber, eingetragen, die ebenfalls aus Kombinationen von bestimmten Elementen mit einem konturlosen farbigen Hintergrund bestehen.

Bezüglich der Beanstandung, der einzutragenden Marke fehle die abstrakte Unterscheidungskraft, treffe es nicht zu, dass das schwarze Wort *"WebStamp"* auf gelbem Hintergrund unter keinen denkbaren Umständen vom Verkehr als Kennzeichen eines bestimmten oder bestimmbaren Markeninhabers verstanden und erkannt werden könne.

Im Übrigen führte die Beschwerdeführerin aus, es sei nicht begründet, warum dem hinterlegten Zeichen die erforderliche konkrete Unterscheidungskraft fehle. Das IGE unterlasse es, das Zeichen in seinem Gesamteindruck, d. h. in der konkret hinterlegten Form mit dem gelben, den Schutzbereich einschränkenden Hintergrund zu würdigen. Die Verfügung entbehre einer genügenden Begründung und verletze somit den verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör.

G. Mit Vernehmlassung vom 19. Januar 2007 beantragt die Vorinstanz unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen. Zur Begründung verweist sie im Wesentlichen auf die Be-

gründung der angefochtenen Verfügung. Die graphische Darstellbarkeit müsse grundsätzlich und unabhängig von der Art der einzelnen Elemente gewährleistet sein. Für die Beurteilung der graphischen Darstellbarkeit des Zeichens sei die Bestimmbarkeit des Verhältnisses der beiden Elemente zueinander entscheidend.

Zur Rüge der mangelnden Begründungspflicht verweist die Vorinstanz auf die Praxis des Bundesgerichts, wonach die Begründungspflicht nicht bereits dadurch verletzt sei, dass sich die urteilende Behörde nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr könne sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung müsse so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiter ziehen kann. Die Vorinstanz erachtet eine zusätzliche, erneute Begründung des im Sinne einer Eventualbegründung vorgebrachten Schutzausschlussgrundes der fehlenden konkreten Unterscheidungskraft als obsolet, zumal das Gesuch bereits aufgrund der mangelnden grafischen Darstellbarkeit nicht zum Markenschutz zugelassen werden könne.

H. Die Beurteilung des bei der RKGE eingeleiteten Beschwerdeverfahrens wurde per 1. Januar 2007 vom Bundesverwaltungsgericht übernommen.

I. Am 23. April 2007 wurde auf Verlangen der Beschwerdeführerin eine öffentliche Verhandlung durchgeführt.

J. Auf die dargelegten und weiteren Vorbringen wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Der Entscheid der Vorinstanz vom 26. Oktober 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.

2. Die Beschwerdeführerin ist, als Adressatin der angefochtenen Verfügung, durch diese beschwert 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.

3. Die Beschwerdeführerin macht Rügen formaler Art geltend, indem sie behauptet, ihr verfassungsmässiger Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden. Im Rahmen der Überprüfung der konkreten Unterscheidungskraft habe es die Vorinstanz unterlassen, das Zeichen in seinem Gesamteindruck, d. h. in der konkret hinterlegten Form mit der gelben, den Schutzbereich einschränkenden Form, zu würdigen.

   Die Vorinstanz führt aus, das Markeneintragungsgesuch der Beschwerdeführerin sei gestützt auf Art. 30 Abs. 2 lit. a des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11) i. V. m. Art. 10 Markenschutzverordnung vom 23. Dezember 1992 (MSchV, SR 232.111) zurückgewiesen worden. Dieser Zurückweisungsgrund sei sowohl in der Verfügung als auch in den vorangehenden Schreiben rechtsgenüglich begründet worden.

   Aus der angefochtenen Verfügung und den von der Vorinstanz ergangenen vorgängigen Schreiben ist zwar nicht ersichtlich, dass und inwiefern der von der Beschwerdeführerin angesprochene Gesamteindruck thematisiert war.

   Indessen ist trotzdem den allgemeinen Ausführungen der Vorinstanz zur Begründungspflicht zu folgen. Sie hat die Zurückweisung des Eintragungsgesuches mit der fehlenden graphischen Darstellbarkeit sowie im Rahmen einer Eventualbegründung mit der fehlenden konkreten Unterscheidungskraft des Zeichens "*WebStamp*" auf Grund seines beschreibenden Charakters in einer Art und Weise begründet, die es der Beschwerdeführerin erlaubte, ihre Beschwerde sachgerecht zu begründen. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich insofern entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keine Verpflichtung der Behörde, zu jedem einzelnen Vorbringen oder Beweismittel Stellung zu nehmen. Es ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass sich die Behörde mit den für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkten auseinandersetzt (BGE 126 I 97 E. 2b S. 102 f. mit Verweisen). Der von der Vorinstanz vertretene Standpunkt wird hinreichend begründet, auch wenn der von der Beschwerdeführerin angesprochene Gesamteindruck nicht explizit hinterfragt wird.

   Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs erweist sich demnach als unbegründet. Ob und inwieweit die Zurückweisung des Eintragungsgesuchs auf stichhaltigen Argumenten beruht, ist eine materiellrechtliche Frage, auf die in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen ist.

4. Das IGE hat in der angemeldeten Kombination eines Wortelements mit bzw. auf einem farbigen konturlosen Hintergrund kein markenfähiges Zeichen i. S. von Art. 1 Abs. 1 MSchG gesehen und deren graphische Darstellbarkeit verneint; es hat auch deren Unterscheidungskraft in Abrede gestellt.

4.1 Bevor im Rahmen der materiellen Markenprüfung das Vorhandensein von absoluten Ausschlussgründen geprüft wird, stellt sich die Frage, ob das zur Eintragung angemeldete Zeichen überhaupt eine Marke im Sinne von Art. 1 MschG darstellen kann und ob die formellen Voraussetzungen gemäss Art. 10 Abs. 1 MSchV erfüllt sind.

4.2 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, dreidimensionalen Formen oder Verbindungen solcher Elemente untereinander oder mit Farben bestehen (vgl. Botschaft vom 21. November 1990, 90.075, S. 19 ff.; Eugen Marbach, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III, Kennzeichenrecht, Basel 1996, Markenrecht, S. 19). Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich, dass für die abstrakte Markenfähigkeit bei aus Worten oder Farben bzw. Worten auf konturlosem Hintergrund bestehenden Anmeldungen gegenüber anderen Markenformen, wie Bild- oder Formmarken, keine besonderen oder zusätzlichen abstrakten Schutzvoraussetzungen vorliegen müssen. Auch die Kombination von einem Wortelement mit bzw. auf einem konturlosen, farbigen Hintergrund muss daher die allgemeinen Voraussetzungen der Markenfähigkeit, wie etwa das Erfordernis der Selbständigkeit gegenüber dem Kennzeichnungsgegenstand erfüllen können (vgl. Christoph Willi, in: Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 1 N. 21 und 22).

Das IGE hat angenommen, dass dem schwarzen Wort "WebStamp" auf gelbem Hintergrund unter keinen denkbaren Umständen, die nach Art. 1 Abs. 1 MSchG erforderliche abstrakte Eignung, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden, zukomme.

Einer Farbe als solcher kann Unterscheidungskraft i. S. von Art. 1 Abs. 1 MSchG zukommen, sofern die Marke in der Wahrnehmung des massgeblichen Publikums geeignet ist, die Ware oder Dienstleistung, für die die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Ware oder diese Dienstleistung von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Dies entspricht auch der von der Judikatur und Lehre für konturlose Farben und Farbzusammenstellungen mehrfach ausgesprochenen Auffassung (sic! 2002 S. 243. D*ie Post*; Christoph Willi, Kommentar MSchG, Art. 2 N. 119; GRUR 2003 S.

604 *Libertel;* MarkenR 1999, 32 - ARAL-Blau; GRUR 1999, 61 - ARAL/Blau I; WRP 1999, 329 - Blau/Weiß I; WRP 1999, 334 - Blau/Weiß II). Wörter sind ohne Weiteres abstrakt markenfähig. In dieser Hinsicht ist aus der ange- fochtenen Verfügung kein Grund ersichtlich, wonach der Kombination von einem Wortelement mit bzw. auf einem konturlosen Hintergrund die Markenfähigkeit abgesprochen werden müsste. Immerhin ist nicht auszuschliessen, dass, sowohl um diesem Markentyp gerecht zu werden und damit der Hinterlegerin die Möglichkeit zu geben, die Marke in gewissem Umfang variabel gestalten zu können, als auch, um dem registerrechtlichen Bestimmtheitserfordernis zu genügen, gewisse Mindestkriterien, wie beispielsweise Angaben zum quantitativen Verhältnis des Wortelements zum farbigen Hintergrung, verlangt werden könnten. Es kann jedoch nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts sein, an Stelle der Vorinstanz die hierfür als geeignet erscheinenden Kriterien zu entwickeln. So oder anders ist aber für die Beurteilung der Markenfähigkeit, vorab wegen der Konturlosigkeit des Hintergrundes, von der Abbildung, so wie sie zur Anmeldung gelangte, auszugehen. Mit anderen Worten ist festzuhalten, dass das Schutzobjekt, ein klar erkennbares Wortzeichen auf gelbem Hintergrund in Verbindung mit dem Hinweis auf dessen Konturlosigkeit, für die Markenregistrierung als genügend definiert erscheint. Ob und welche Varianten in Bezug auf die Anordnung der beiden Elemente im Hinblick auf den effektiven Markengebrauch vom zum Zeitpunkt der Registrierung gegebenen Schutzobjekt noch erfasst sein würden, ist im Registrierungsverfahren nicht zu prüfen.

Dem Zeichen "*WebStamp*" auf konturlosem, gelben Hintergrund kann danach nicht mit den Erwägungen des Institutes die abstrakte Markenfähigkeit generell abgesprochen werden.

4.3 Gemäss Art. 10 Abs. 1 MSchV muss die Marke mittels graphischen oder anderen vom IGE zugelassenen bzw. vorausgesetzten Mitteln darstellbar sein. Art. 10 MSchV hat zum Ziel, dass Dritte das Schutzobjekt mit Sicherheit erkennen können und dient damit der Rechtssicherheit, mithin dem Schutz der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 2 lit. d MSchG (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A.15/2006 vom 13. Dezember 2006). Nur wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, kann das hinterlegte Zeichen vom Konkurrenten als geschlossenes Ganzes und einprägsames Zeichen erkannt werden (vgl. sic! 2000, 313 *Janssen Pharmaceutica*). Das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit hat nicht den Zweck, den Registerschutz markenfähiger Zeichen zu erschweren. Vielmehr soll aus Gründen der Rechtsklarheit sichergestellt werden, dass der Schutzgegenstand einer eingetragenen Marke unmittelbar und eindeutig aus dem Markenregister ersichtlich ist. Hierzu muss die Marke registermässig erfasst und dokumentiert werden können. Um der vom Gesetzgeber gewollten Schutzfähigkeit aller markenfähigen Zeichen Geltung zu verschaffen, ist es also erforderlich, für jede in Betracht kommende Markenform eine zweckmässige Darstellung zu finden. Insbesondere kann das Markenregister seine Publizitätsfunktion nur erfüllen, wenn das Schutzobjekt klar und eindeutig definiert ist.

4.4 Die Vorinstanz weist das Eintragungsgesuch mit der Begründung zurück, es genüge den formalen Erfordernissen an die grafische Darstellbarkeit nicht. Insbesondere die Darstellung lasse zahlreiche unterschiedliche Kombinationen zu, welche es dem Abnehmer nicht erlauben, eine bestimmte Kombination, und somit das konkrete Schutzobjekt zu erkennen. Der Konkurrent könne sich daher auch keine Vorstellung über das Schutzobjekt machen. In einem späteren Konfliktfall wäre demzufolge auch der Schutzumfang des strittigen Zeichens nicht bestimmbar. Es wird von der Vorinstanz hervorgehoben, diese Kombination sei grundsätzlich vom Markenschutz nicht ausgeschlossen und beide Elemente isoliert betrachtet erfüllten die Anforderungen von Art. 10 MSchV. Die Kombination dieser zwei Elemente genüge jedoch den formalen Erfordernissen an die grafische Darstellbarkeit nicht. Damit das Schutzobjekt klar definiert werden kann, müsse aus der Abbildung die Anordnung der Farbe, bzw. des Wortelements klar hervorgehen. Die Elemente müssten systematisch so angeordnet sein, dass sie in vorher festgelegter und beständiger Weise verbunden seien. Sie müssten in einem eindeutigen Verhältnis zueinander stehen, so dass die Proportionen in jeder erdenklichen Variation hinsichtlich der Grös se des Zeichens von Bestand sind und das Schutzobjekt somit klar definiert werden kann.

Die Beschwerdeführerin hält der Auffassung der Vorinstanz entgegen, ein Wortelement sei im Wesentlichen durch eine Buchstabenfolge bestimmt. Dagegen sei die Fläche, die es einnimmt, für seine Bestimmung nicht relevant. Entsprechend sei auch das Flächenverhältnis zwischen dem Wortelement und seinem Hintergrund für die Bestimmung des Schutzobjekts nicht von Bedeutung. Ein konturloser, farbiger Hintergrund könne durch die Einreichung eines farbigen Quadrates in Kombination mit dem Umstand, dass sich der Schutz nicht nur auf das Quadrat beschränke, grafisch dargestellt werden. In diesem Punkt sei ein konturloser, farbiger Hintergrund mit einer "abstrakten Farbmarke" vergleichbar.

4.5 Gegenstand der Markenprüfung ist das zur Eintragung angemeldete Zeichen. Für die Eintragungsfähigkeit ist allein entscheidend, wie die Marke hinterlegt wird, nicht aber, wie sie oder die Ware tatsächlich auf dem Markt in Erscheinung tritt (BGE 116 II 612 E. 2c; 106 II 247 E. 2b). Hintergründe oder das Motiv der Markenhinterlegung bleiben unberücksichtigt. Vorbehaltlich des Falles, dass eine Verkehrsdurchsetzung geltend gemacht wird, bleiben auch die Umstände einer bereits erfolgten Benutzung des Zeichens ausser Betracht. Die Art und Weise einer beabsichtigten zukünftigen Benutzung schliesslich, d.h. die Frage, ob und wie die Marke nach dem Willen des Hinterlegers später tatsächlich gebraucht werden soll, ist für die Markenprüfung nicht massgebend. Die Frage, wie und in welcher allenfalls von der Eintragung abweichenden Form der markenmässige Gebrauch tatsächlich stattfinden würde, ist nicht Gegenstand der Eintragungsprüfung und insofern auch nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens.

4.6 Das zur Eintragung vorgelegte Zeichen setzt sich aus einem Wortelement und aus einem konturlosen gelben Hintergrund zusammen. Es handelt sich dabei nicht um eine Wortbildmarke im üblichen Sinn. Dies, weil das Wortelement auf einem konturlosen Hintergrund erscheint. Andererseits geht es auch nicht um eine abstrakte Farbmarke im üblichen Sinn, da der Farbanspruch nicht abstrakt, sondern eben in Kombination mit einem Bild- bzw. Wortelement erfolgt. Entsprechend dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 MSchG kann – wie die Vorinstanz zu Recht festhält – nicht a priori ausgeschlossen werden, dass diese Kombination grundsätzlich als Markenform registrierungsfähig ist. Es liegt nicht der gleiche Markentyp wie bei einer Wort-/Bildmarke oder einer reinen Bildmarke vor, bei denen die flächenmässige Aufteilung, respektive die Verhältnisse der einzelnen Elemente zueinander auf Grund der vorgegebenen Proportionalität genau definierbar sind. Bei einer konturlosen Farbe kombiniert mit einem Wortelement kann kein beständiges, flächenmässiges Verhältnis ausgemacht werden. Verlangte man bei der Eintragung einer derartigen Marke Angaben über die konkrete räumliche Aufteilung und über das quantitative Verhältnis der beiden Elemente Farbe und Wort zueinander, würde man die Kombination faktisch zu einer Bildmarke umwandeln.

4.7 Im Anmeldegesuch wird der Eindruck erweckt, es handle sich um eine Bildmarke in Kombination mit einer Farbmarke. Dies wurde von der Beschwerdeführerin mit dem Hinweis relativiert, das Kreuz bei der Rubrik “Marque de couleur“ sei von der Anmelderin irrtümlich erfolgt, in der Meinung die Konturlosigkeit des gelben Hintergrunds zu betonen. Es stellt sich die Frage, ob die durch die Beschwerdeführerin während des Schriftverkehrs erfolgte Korrektur so wesentlich ist, dass von einer das Anmeldedatum verschiebenden Veränderung ausgegangen werden muss. Die Frage ist in dem Sinn zu verneinen, als sowohl gemäss dem Erscheinungsbild des Zeichens auf dem Anmeldeformular als auch nach den bisherigen Ausführungen klar ist, dass und in welcher Bedeutung das Wortelement „*WebStamp*“ im Vergleich zum gelben Hintergrund für den Betrachter in Erscheinung tritt. Auf der anderen Seite muss erwähnt werden, dass das vom IGE zur Verfügung gestellte Formular, so wie es zur Zeit der Anmeldung offenbar existierte, kaum geeignet war, sämtliche Missverständnisse in Bezug auf eine Marke, welche in Kombination eines Wortelements mit einem konturlosen Hintergrund zur Anmeldung gelangt, aus dem Wege zu räumen. Daraus darf dem Markenanmelder kein Rechtsnachteil erwachsen. Ob die heute verwendeten Formulare hierzu besser geeignet sind, muss vorliegend nicht beurteilt werden und kann offen bleiben.

4.8 Ausgehend von einem Wortelement auf konturlosem, farbigem Hintergrund, dessen Kombination nicht durch eine vorgegebene Proportionalität geprägt ist, musste sich die Beschwerdeführerin für die Anmeldung ihrer Marke für eine von vielen möglichen Darstellungsvarianten entscheiden. Es ist davon auszugehen, dass sie sich diesbezüglich für eine im Hinblick auf den späteren Markengebrauch vernünftige und naheliegende Variante entschied, in dem das Wortelement "*WebStamp*" in seinen Dimensionen

so erscheint, dass dieses klar erkennbar und in Bezug auf den gelben Hintergrund als ein mindestens gleichwertiges bzw. eher dominantes Element erscheint. Für die Bestimmung des Schutzobjekts im Zeitpunkt der Markenregistrierung ist von dieser Darstellung auszugehen. Sowohl der gelbe Hintergrund wie auch das Wortzeichen *"WebStamp"* sind für sich allein genommen eingetragene Zeichen und gelten diesbezüglich ohne Weiteres als darstellbar (vgl. auch E. 4.2 hiervor). Die graphische Darstellung einer abstrakten Farbmarke wird dadurch erreicht, dass der verwendete Farbton für die Registrierung eindeutig und bleibend definiert wird (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2007, *blau/silber*; EuGH in GRUR 2003 S. 604 *Libertel*). Die Beschreibung der Farbe erfolgt unter Bezugnahme auf ein Farbklassifikationssystem.

Die Kombination beider Elemente, die Farbe und das Wortzeichen, lassen sich entgegen den Ausführungen der Vorinstanz graphisch ebenfalls ohne Weiteres darstellen und umschreiben das Schutzobjekt so wie das Zeichen bei der Anmeldung in Erscheinung tritt.

4.9 Eine Grenze in der Gestaltungsmöglichkeit des Hinterlegers wird durch Art. 11 MSchG gesetzt. Diese betrifft den Schutzbereich bzw. die Verwechslungsgefahr des registrierten Markenzeichens. Die tatsächlich verwendete Marke darf den kennzeichnenden Charakter der eingetragenen Marke nicht verändern. Die eingetragene und benutzte Marke muss von den betroffenen Verkehrskreisen als ein und dasselbe Zeichen angesehen werden (vgl. CHRISTOPH WILLI, Kommentar MSchG, Art. 11 N. 51). Eine Markenabweichung verändert den kennzeichnenden Charakter einer Marke dann nicht, wenn der Verkehr die eingetragene und die benutzte Markenform als ein und dasselbe Zeichen ansieht. Es kommt massgeblich darauf an, ob der angesprochene Verkehr, sofern er die eingetragene Form der Marke erkennt, in der benutzten Form noch dieselbe Marke sieht (KARL-HEINZ FEZER, Markenrecht: Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen. Dokumentation des nationalen, europäischen und internationalen Kennzeichenrechts, 3., neubearb. Aufl., München, C.H. Beck, 2001, N. 122a zu § 26). Das ist beispielsweise dann nicht mehr der Fall, wenn der Wortbestandteil so klein erscheinen würde, dass es seine im Vergleich zur registrierten Fassung zukommende Bedeutung verliert und das Publikum nur noch die Farbe wahrnimmt. Ob und welche Varianten in Bezug auf die Anordnung der beiden Elemente im Hinblick auf den effektiven Markengebrauch von diesem zum Zeitpunkt der Registrierung gegebenen Schutzobjekt noch erfasst sein würden, kann aber, wie bereits erwähnt, nicht Gegenstand des Registrierungsverfahrens sein.

5. Es ist im Folgenden zu prüfen, ob das Zeichen für die Waren und Dienstleistungen, für die es angemeldet ist, konkret unterscheidungskräftig ist.

5.1 Je nach Ausgestaltung einer Marke ziehen ihre verschiedenen Bestandteile die Aufmerksamkeit der Markadressaten in unterschiedlichem Ausmass

auf sich und beeinflussen den in Erinnerung verbleibenden Gesamteindruck unterschiedlich stark. Wird in casu auf das Erscheinungsbild des Zeichens abgestellt, wie es zur Anmeldung gelangte, wird der Gesamteindruck der strittigen Marke eindeutig vom grafisch hervorgehobenen, schwarzen Wort-Bestandteil *"WebStamp"* auf dem konturlosen gelben Hintergrund geprägt, wobei der mittlere, grossgeschriebene Buchstabe "S" die Dominanz des Wortelements noch verstärkt (vgl. auch BGE 127 III 160; 126 III 315; 122 III 382 mit Hinweisen).

5.2 Aus der Massgeblichkeit des Gesamteindrucks (vgl. sic! 2000, 286 *runde Tablette*; BGE 120 II 149) folgt, dass ein Zeichen, das gemeinfreie Bestanteile enthält, nicht bereits deshalb vom Markenschutz ausgenommen ist. Entscheidend ist, dass der Gesamteindruck nicht von gemeinfreien Elementen geprägt wird (CHRISTOPH WILLI, Kommentar MSchG, Art. 2 N. 21). Im vorliegenden Fall führt die Beschwerdeführerin aus, selbst wenn das Wortelement als beschreibend betrachtet würde, so gelte dies nicht für das strittige Zeichen in seinem Gesamteindruck, da dieser durch das Element "gelber Hintergrund" wesentlich beeinflusst werde und an Unterscheidungskraft gewinne.

5.3 Dass die Marke nach dem Willen der Anmelderin nicht als Wort-Bild-Marke, sondern als Kombination einer Farb- mit einer Wortmarke registriert werden soll, würde angesichts der theoretischen fast unbeschränkt vorhandenen Variationsmöglichkeiten der beiden Elemente zueinander nahelegen, die beiden Elemente gesondert zu betrachten. Denn die Konturlosigkeit des farbigen Hintergrunds in Verbindung mit dem fehlenden vorgegebenen Grössenverhältnis zum Wortelement impliziert, dass der Gesamteindruck potenziell sowohl vom farbigen Hintergrund als auch vom Wortelement geprägt sein könnte. Bei dieser Ausgangslage würde es sich aufdrängen, das Zeichen in Bezug auf die beantragten Waren und Dienstleistungen auf jene Schnittmenge hin zu prüfen, für welche die Markenanmeldung sowohl als Farbe wie auch als Wortmarke in Frage kommt. Diese Betrachtungsweise würde zweifellos zu einer erheblich schwächeren Kennzeichnungskraft führen als für jene, die der Wortmarke allein zukäme. Vor diesem Hintergrund wäre sodann aber auch zu bedenken, dass die Markenanmelderin nicht in die Lage versetzt werden soll, dass sie allein durch eine entsprechende Kombination des Wortzeichens mit dem gelben Hintergrund eine Umgehung der Einschränkungen erreichen kann, welche sich aus der Zulassung der bereits bestehenden Farbmarke ergab.

5.4 Nach dem Gesagten ist für die Frage der konkreten Unterscheidungskraft ebenfalls vom Gesamteindruck der angemeldeten Marke, mithin von den Dimensionen der beiden zueinander stehenden Elemente Wortzeichen und farbiger Hintergrund, auszugehen, wie sie für die Anmeldung zur Darstellung gelangten. Mit anderen Worten vom gut leserlichen, mithin dominanten Wortzeichen "*WebStamp*" auf dem konturlosen gelben Hintergrund. Hieraus ergibt sich ohne Weiteres, dass das Zeichen für jene Waren und Dienstleistungen zugelassen werden kann, für die die Wortmarke

"*WebStamp*" bereits besteht. Damit verliert das Element des gelben Hintergrunds zwar erheblich an Bedeutung, dies ist von der Beschwerdeführerin nach dem bisher Gesagten jedoch hinzunehmen. Andernfalls, das heisst im Rahmen einer gesonderten Prüfung des konturlosen Farbelementes in Verbindung mit der damit zusammenhängenden, fehlenden, vorausdefinierten Dimensionierung der beiden Elemente zueinander, müsste sie nämlich gewärtigen, dass die Marke allein für Waren und Dienstleistungen in Frage käme, für welche die bereits registrierte Farbmarke zugelassen ist.

Ausgehend vom Umstand, dass das Wortelement "*WebStamp*", in seinem Erscheinungsbild und in seinen Dimensionen, wie das Zeichen zur Anmeldung gelangte, als dominant und der gelbe Hintergrund als relativ bedeutungslos zu betrachten ist, ergibt sich, dass die angemeldete Marke primär für jene Waren und Dienstleistungen in Frage käme, für welche auch die registrierte aktive Wortmarke "*WebStamp*" (Markennummer 516779) bereits Schutz gewährt. Der im Vergleich zur bereits registrierten Wortmarke bestehende Unterschied bei der graphischen Darstellung scheint diesbezüglich gering und kaum ausschlaggebend. Bezüglich des in casu hängigen Registrierungsverfahrens bleibt somit zu prüfen, ob mit der angemeldeten Marke Schutz für zusätzliche Waren und Dienstleistungen verlangt wird bzw. ob der dominant erscheinende Wortbestandteil "*WebStamp*" hierfür als konkret unterscheidungskräftig betrachtet werden kann. In diesem Sinn hat die Vorinstanz, wenn auch nur in ihrer Eventualbegründung und unter Verweis auf den zwischen ihr und der Beschwerdeführerin geführten Schriftverkehr, der angemeldeten Marke den Schutz in Bezug auf jene Waren und Dienstleistungen abgesprochen, für welche im Vergleich zur bereits registrierten Marke WEBSTAMP im nun hängigen Gesuchsverfahren zusätzlich Schutz verlangt wurde.

6. Nach Art. 2 lit. a MSchG steht ein Zeichen bereits im Gemeingut, wenn es nur einen der beiden Aspekte der Tatbestände, fehlende Unterscheidungskraft oder Freihaltebedürfnis, erfüllt. Als Gemeingut sind vorab Zeichen anzusehen, die nicht zur Identifikation von Waren und Dienstleistungen dienen können und vom Publikum nicht als Hinweis auf eine bestimmte Betriebsherkunft verstanden werden (Lucas David, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz/Muster- und Modellgesetz, Basel 1999, MSchG Art. 2 N. 5). Als Gemeingut im Sinne dieser Bestimmung gelten unter anderem Hinweise auf die Funktion oder Bestimmung der Erzeugnisse, für welche die Marke bestimmt ist (BGE 114 II 172 E.2 a mit Hinweisen). Blosse Gedankenverbindungen oder Anspielungen, die nur entfernt auf die Ware oder Dienstleistung hindeuten, machen eine Marke indessen noch nicht zur Sachbezeichnung; enthält die Marke einen Sachbegriff, muss der gedankliche Zusammenhang mit der Ware/Dienstleistung derart sein, dass ihr beschreibender Charakter ohne besonderen Phantasieaufwand zu erkennen ist (vgl. Lucas David, Kommentar, MSchG

Art. 2 N. 6). Die konkrete Unterscheidungskraft fehlt Zeichen, welche im Sprachgebrauch oder im Geschäftsverkehr, allgemein oder im Zusammenhang mit den zur Beurteilung stehenden Waren und/oder Dienstleistungen, üblicherweise verwendet werden. Hierzu gehören insbesondere Zeichen, die sich in Angaben erschöpfen, welche im Verkehr zur Bezeichnung der Art oder der Eigenschaften von Waren und/oder Dienstleistungen dienen können. Schliesslich fehlt die konkrete Unterscheidungskraft darüber hinaus all jenen Zeichen, welche gegenüber den vorgenannten nur geringfügige Abweichungen aufweisen, mit anderen Worten Zeichen, welche sich von beschreibenden und/oder üblichen Zeichen nicht in erheblichem Mass unterscheiden. Im Interesse einer Terminologie, welche den einheitlichen Prüfungsmassstab widerspiegelt, bezeichnet das Institut alle vorgenannten Zeichen als banale Zeichen (vgl. BGE 127 III 160; 118 II 181; 100 Ib 250).

6.1 Die häufigste Ursache für den Schutzausschluss von Wortzeichen unter dem Titel Gemeingut ist deren beschreibender Charakter. Zeichen, die sich in beschreibenden Angaben bezüglich der Waren und/oder Dienstleistungen erschöpfen, für die sie beansprucht werden, fehlt in aller Regel die konkrete Unterscheidungskraft. Solche Zeichen sind zudem grundsätzlich freihaltebedürftig. Die für den Markenschutz erforderliche, konkrete Unterscheidungskraft fehlt im Weiteren Wortzeichen, die zwar nicht beschreibend sind, aber im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und/oder Dienstleistungen übliche Ausdrücke darstellen. Beschreibende Angaben sind sachliche Hinweise betreffend Waren oder Dienstleistungen. Sie werden von den betroffenen Verkehrskreisen nicht als individualisierender Hinweis auf eine bestimmte betriebliche Herkunft verstanden (fehlende Unterscheidungskraft) und sollen grundsätzlich für jedermann zum Gebrauch freigehalten werden (Freihaltebedürfnis) (vgl. BGE 114 II 171 E. 3). Als Beschaffenheitsangaben, Sachbezeichnungen oder Deskriptivzeichen gelten Worte und Bilder, die ausschliesslich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die geeignet sind, im Verkehr die Art, Zusammensetzung, Qualität, Quantität, Bestimmung, den Gebrauchszweck, Wert, Ursprungsort und die Zeit der Herstellung von Waren anzugeben, auf die sie sich beziehen (BGE 116 II 609; ALOIS TROLLER, Immaterialgüterrecht, Band I, 3. Aufl., S. 292).

6.2 Um beurteilen zu können, ob *"WebStamp"* in Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen eine beschreibende Angabe darstellt, ist zunächst der Sinngehalt der einzelnen Bestandteile zu ermitteln und dann zu prüfen, ob die Verbindung dieser Wortelemente einen logischen Sinn ergibt, der von den angesprochenen Verkehrskreisen ohne besondere Denkarbeit und ohne besonderen Phantasieaufwand als Sachbezeichnung verstanden wird (vgl. sic! 2005, 284 *Teleweb;* sic! 2004, 500 *Bahncard;* sic! 2003, 425 *Weblearn*).

6.3 Das Zeichen *"WebStamp"* besteht aus den Elementen "Web" und "Stamp". "Web" ist die Kurzform für den Begriff "World Wide Web" und hat sich als Kurzbezeichnung für das Internet durchgesetzt. "Stamp" kommt vom engli-

schen "stamp, to stamp" und bedeutet "Stempel, Briefmarke" (PONS Grosswörterbuch englisch/deutsch, 2001). Wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, sind sowohl das Wort "Web" als auch das Wort "stamp, to stamp" dem Durchschnittskonsumenten in der Schweiz bekannt und dürften im Sinne von "Internet-Briefmarke" oder "Internet-Stempel" aufgefasst werden. Die Verbindung der beiden Bestandteile, d.h. die Wortkombination *"WebStamp",* ist nicht ein bestehender Ausdruck der englischen Sprache. Vielmehr handelt es sich um eine neue Wortschöpfung. Auch neue, bisher ungebräuchliche Ausdrücke können beschreibend sein, wenn sie nach dem Sprachgebrauch oder den Regeln der Sprachbildung von den beteiligten Verkehrskreisen als Aussage über bestimmte Eigenschaften der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen aufgefasst werden (sic! 1997 S. 302 *Allfit*; LUCAS DAVID, Kommentar, MSchG Art. 2 N. 10). Für die Beurteilung der Schutzfähigkeit des Zeichens *"WebStamp"* ist entscheidend, ob das Zeichen als Ganzes für das schweizerische Publikum einen erkennbaren Wortsinn ergibt. Die Bezeichnung *"WebStamp"* weckt im Zusammenhang mit den von der streitigen Marke beanspruchten Waren und Dienstleistungen die Vorstellung, dass es sich um solche handelt, die mit dem Frankieren im und um das Web zu tun haben. Das hinterlegte Zeichen bedeutet "über das Internet digitale Briefmarken ausdrucken" oder "Briefmarken direkt übers Internet kreieren". Das hinterlegte Zeichen wird von den Abnehmerkreisen ohne Weiteres und ohne besondere intellektuelle Anstrengung in diesem Sinne verstanden.

6.4 Es ist heutzutage üblich, verbindliche Siegel auch auf elektronischem Wege zu ermöglichen. So bezweckt beispielsweise auch das Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur ein breites Angebot an sicheren Diensten der elektronischen Zertifizierung zu fördern, die Verwendung qualifizierter elektronischer Signaturen zu begünstigen sowie die internationale Anerkennung der Anbieterinnen von Zertifizierungsdiensten und ihrer Leistungen zu ermöglichen. Deshalb ist es möglich und denkbar, dass auch Wertzeichen und Stempel über das Internet vermittelt werden, um bestimmte Waren und Dienstleistungen zu legitimieren oder zu kennzeichnen. Für die in der Klasse 16 beanspruchten „Briefmarken“ beschreibt das Zeichen direkt die Art des Produktes, insofern es sich bei Internet-Briefmarke um eine Art von Briefmarken handelt. Für Waren und Dienstleistungen der Klasse 35 beschreibt das Zeichen direkt den Zweck, insofern der Detailhandel mittels "Internet-Stempel" legitimiert wird. Die Bezeichnung "*WebStamp*" erweist sich deswegen als blosse Beschaffenheitsangabe und entbehrt folglich der Schutzfähigkeit für diese Waren und Dienstleistungen.

6.5 Aus den aktenkundigen Stellungnahmen der Vorinstanz ist zu entnehmen, dass das hinterlegte Zeichen, ausser für jene Klassen, für welche es als beschreibend erachtet wurde, als Marke eingetragen werden könnte. In ihrer Stellungnahme besteht die Beschwerdeführerin jedoch auf einer Registrierung für alle Waren und Dienstleistungen der angemeldeten

Klassen. Überdies, verweist die Beschwerdeführerin auf die eingetragene Farbmarke „Postgelb“ und die Wortmarke "WEBSTAMP". Letztere beispielsweise ist für „Vermittlung von Beförderungsleistungen und Kurierdienste“ sowie „Beratungsdienstleistungen bezüglich aller vorgenannten Dienstleistungen“ in der Klasse 39 bereits zugelassen. Mit dem materiellrechtlichen Hauptbegehren stellt die Beschwerdeführerin den Antrag, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Marke „für sämtliche beantragten Waren und Dienstleistungen im Markenregister einzutragen“. Damit, bzw. mangels eines entsprechend gestellten Eventualantrages, gibt sie zu erkennen, dass sie an einer Teileintragung im Sinne von Art. 17a MschG der im Rahmen der Eventualbegründung der Vorinstanz, d.h. unter der von der Vorinstanz hypothetisch gestellten Prämisse einer zu bejahenden abstrakten Schutzfähigkeit und graphischen Darstellbarkeit an sich zuzulassenden Waren und Dienstleistungen der beantragten Klassen nicht interessiert ist. Dies steht in Übereinstimmung mit dem Umstand, dass die Waren und Dienstleistungen für welche die Marke als eintragungsfähig zu betrachten wäre, im Wesentlichen bereits vom Schutzbereich der eingetragenen Wortmarke erfasst sind bzw. dass es bei den Waren und Dienstleistungen, für welche die konkrete Unterscheidungskraft in casu verneint werden muss, um jene geht, die für die registrierte Farbmarke teilweise nicht zugelassen wurden oder vom Schutzbereich der eingetragenen Wortmarke nicht erfasst sind.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, nachdem feststeht, dass die Unterscheidungskraft mit Bezug auf die strittigen Waren in den Klassen 16 und 35 ohne Weiteres verneint werden muss.

Demzufolge kann die Frage, ob das angemeldete Zeichen auch hinsichtlich der strittigen Waren und Dienstleistungen der Klasse 9 das Mittel beschreibt, insoweit es sich um eine Software handeln kann, die den Gebrauch von Internet-Briefmarken ermöglicht, und ob *"WebStamp"* als Hilfsmittel in Bezug auf alle geltend gemachten und von der Vorinstanz abgelehnten Dienstleistungen der Klasse 39 als legitimierend und den Kunden zur Inanspruchnahme derselben Dienstleistungen berechtigend zu betrachten ist, da die Unterscheidungskraft mit Bezug auf die strittigen Waren in den Klassen 16 und 35 ohne Weiteres verneint werden muss, offen bleiben. Immerhin bleibt bezüglich der Klasse 39 anzumerken, dass die Dienstleistungen dieser Klassen mittels Stempel bzw. Briefmarke via Internet erbracht werden können. Der Begriff WebStamp könnte diesbezüglich als Hilfsmittel zur Benützung der beanspruchten Dienstleistungen betrachtet werden (vgl. sic! 6/2004, 500 *Bahncard*).

7. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Vorinstanz keine formelle Rechtsverweigerung im Sinne einer Verletzung der Begründungspflicht vorgeworfen werden kann und dass die konkrete Unterscheidungskraft der zur Re-

gistrierung angemeldeten Marke zumindest in Bezug auf einen Teil der geltend gemachten Waren und Dienstleistungen verneint werden muss. Damit erweist sich sowohl der eventualiter gestellte Rückweisungsantrag, welcher, soweit ersichtlich, einzig mit der Verletzung des rechtlichen Gehörs begründet wird, als auch das unter Ziffer 1 gestellte Rechtsbegehren, wonach der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Marke für sämtliche beantragten Waren und Dienstleistungen im Markenregister einzutragen sei, als unbegründet, womit die Beschwerde abzuweisen ist.

8. Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Die Gerichtsgebühren sind nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsachen, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (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 bereits bei eher unbedeutenden Zeichen ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.- und Fr. 100'000.- angenommen werden darf (Urteil des Bundesgerichts 4A.116/2007 vom 27. Juni 2007 E. 3.3 mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall wurde der Gerichtskostenvorschuss noch von der ehemals zuständigen Rekurskommission für geistiges Eigentum eingefordert. Vor dem Bundesverwaltungsgericht war eine öffentliche Verhandlung durchzuführen. Vorliegend, unter Berücksichtigung der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in Markenregistrierungssachen, rechtfertigt es sich, die Verfahrenskosten mit Fr. 3'000.- zu beziffern. Bei diesem Verfahrensausgang ist keine Parteientschädigung auszurichten (Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens im Betrag von Fr. 3'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- verrechnet. Die Beschwerdeführerin hat den verbleibenden Betrag von Fr. 500.- innert 30 Tagen seit Eintritt der Rechtskraft zu Gunsten der Gerichtskasse einzuzahlen (Einzahlungsschein wird nach Eintritt der Rechtskraft zugestellt).
3. Es wird keine Parteientschädigung gesprochen.

4. Dieses Urteil wird eröffnet:

- der Beschwerdeführerin (mit Gerichtsurkunde)
- der Vorinstanz (Ref-Nr. 40806/2003; mit Gerichtsurkunde)
- dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (mit Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Francesco Brentani	Daniele Cattaneo

Rechtsmittelbelehrung
Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen geführt werden (Art. 72 ff,, 90 ff., und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand am: 9. Oktober 2007