Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-2374/2007
{T 0/2}

Urteil vom 10. März 2008

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),
Richter Claude Morvant, Richter Hans Urech,
Gerichtsschreiberin Kathrin Bigler.

Parteien

X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Michael Treis,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum,
Vorinstanz.

Gegenstand

Schutz der Internationalen Registrierung Nr. 789173
(dreidimensionale Marke)

Sachverhalt:

A.
Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin der international registrierten dreidimensionalen Marke Nr. 789'173 mit Ursprungsland Frankreich, registriert am 29. August 2002. Die Marke beansprucht auch Schutz für die Schweiz, und zwar für folgende Waren der Klasse 3:

Produits de parfumerie, parfums, eau de toilette, déodorants, huiles essentielles, talc pour la toilette, savons, gels pour la douche, sels de bains, crèmes de soins pour le corps à usage cosmétique, lotions pour les cheveux, cosmétiques.

Die Marke hat folgendes Aussehen:



B.
Am 30. Oktober 2003 verweigerte die Vorinstanz der Marke für sämtliche beanspruchten Waren vorläufig den Schutz für die Schweiz. Zur Begründung führte sie aus, einerseits gehe aus der Darstellung der Marke nicht hervor, dass diese dreidimensional sei. Andererseits seien die Elemente, aus welchen die Marke bestehe – ein längliches Hauptteil und ein darauf angebrachtes kugelförmiges Stück – als banal zu bezeichnen. Insgesamt weiche die Marke nicht in unerwarteter Weise vom Gewohnten ab und bleibe dadurch nicht im Gedächtnis der Abnehmer haften. Das Zeichen könne daher als zum Gemeingut gehörig nicht geschützt werden.

Mit Eingabe vom 29. März 2004 erklärte die Beschwerdeführerin, der dreidimensionale Charakter der Marke gehe aus der Darstellung unzweifelhaft hervor. Zudem könne keines der Elemente, aus welchen die Marke zusammengesetzt sei, als einfach oder banal bezeichnet werden. Somit sei auch die Kombination dieser Elemente weder banal noch gewöhnlich.

Am 30. Juni 2004 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, dass sie an der Schutzverweigerung für sämtliche beanspruchten Wa-

ren festhalte. Sie bleibe bei ihrer Einschätzung, wonach die Registrierung – eine Kombination banaler Elemente – zum Gemeingut gehöre, verzichte indessen auf das Argument, wonach aus der Darstellung der Marke deren dreidimensionaler Charakter nicht hervorgehe.

In ihrer Eingabe vom 30. September 2004 entgegnete die Beschwerdeführerin, das Zeichen weise Eigenschaften auf, welche weder banal noch gewöhnlich seien und im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren nicht dem Erwarteten entsprächen. Denn der Körper des Objektes (das Fläschchen) sei wegen seiner abgerundeten Kanten keineswegs eine einfache geometrische Figur. Das darauf angebrachte Element (Kopf) erinnere an die Gewichte, welche einst für Waagschalen gebraucht worden seien, sei weder einfach noch banal und verleihe dem Ganzen in Bezug auf die beanspruchten Waren einen unterscheidungskräftigen Charakter. Die Scheibe auf der Oberseite des Fläschchens, zwischen der der besagte Kopf angebracht sei und bei welcher es sich um ein ästhetisches, nicht aber um ein funktionales Element handle, unterstreiche diesen Charakter. Schliesslich müsse berücksichtigt werden, dass das Fläschchen, im Gegensatz zum metallisch wirkenden Kopf, undurchsichtig und schwarz sei. Im Weiteren betonte die Beschwerdeführerin, dass das Zeichen nicht das Produkt selbst, sondern dessen Verpackung darstelle. Schliesslich berief sie sich auf den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Mit Schreiben vom 21. März 2006 hielt die Vorinstanz an ihrer Auffassung fest. Sie wies auf die Vielfalt der Formen im Bereich der Parfümerie- und Schönheitsprodukte sowie auf das grosse Bedürfnis an deren freien Verfügbarkeit hin. Die strittige Form weiche nicht vom Gewohnten und Erwarteten ab, was die beanspruchten Waren der Klasse 3 angehe. Was die gerügte Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes betreffe, sei festzuhalten, dass dieser nicht verletzt worden sei, da die zitierten Fälle nicht mit dem vorliegenden Fall vergleichbar seien.

Am 21. Juli 2006 zeigte die Beschwerdeführerin durch ihre jetzige Vertretung einen Vertreterwechsel an. Unter Hinweis auf den Widerruf der Vollmacht durch die Beschwerdeführerin wies die Vorinstanz am 25. Juli 2006 ein Schreiben des ehemaligen Vertreters der Beschwerdeführerin vom 24. Juli 2006 aus dem Recht.

Mit Schreiben vom 25. September 2006 erklärte die Beschwerdeführerin, sie halte an den Ausführungen ihres ehemaligen Vertreters fest. Zudem betonte sie, der Gesamteindruck der hinterlegten Marke werde

durch den Verschluss geprägt. Der Verschluss der hinterlegten Formmarke sei der Form von Gewichten nachgeahmt, welche früher auf Waagschalen gebraucht worden seien. Ein derartiger Parfumverschluss sei zweifellos originell für eine Parfumflasche, weshalb die hinterlegte Marke zum Schutz in der Schweiz zuzulassen sei.

Mit Verfügung vom 27. Februar 2007 verweigerte die Vorinstanz der strittigen internationalen Registrierung für alle beanspruchten Waren der Klasse 3 den Schutz in der Schweiz. Zur Begründung hielt sie im Wesentlichen fest, das vorliegende Zeichen weiche in seinem Gesamteindruck nicht genügend vom Erwarteten und Gewohnten, d.h. von der banalen Warenform im entsprechenden Warensegment ab, um dem Abnehmer im Sinne eines betrieblichen Herkunftshinweises im Gedächtnis haften zu bleiben. Dem Zeichen fehle demzufolge die vom Gesetz geforderte konkrete Unterscheidungskraft. Das Zeichen könne deshalb als zum Gemeingut gehörend nicht zum Markenschutz zugelassen werden. Aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Internet-Auszügen sei auch nicht zu entnehmen, dass sich die strittige Form durchgesetzt habe. Schliesslich bestehe kein Anspruch auf Gleichbehandlung mit den von der Hinterlegerschaft genannten Schweizer Voreintragungen, weil diese Fälle nicht vergleichbar mit dem vorliegenden Fall seien.

C.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 30. März 2007 Verwaltungsbeschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die Verfügung vom 27. Februar 2007 sei aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, der Marke der internationalen Registrierung Nr. 789'173 (3-D Marke) für alle beanspruchten Waren der Klasse 3 in der Schweiz Schutz zu gewähren. Zur Begründung bringt sie vor, der Gesamteindruck der Schutz beanspruchenden Marke sei durch den Verschluss geprägt. Dieser sei in der Form eines Gewichtes, welches früher auf Waagschalen verwendet worden sei, ausgestaltet. Diese Form weiche vom Gewohnten und Erwarteten ab, kontrastiere in augenfälliger Weise mit dem quaderförmigen dunklen Behälter und sei unterscheidungskräftig. Zudem macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorgehensweise der Vorinstanz zur Beurteilung der Frage der Unterscheidungskraft der hinterlegten Marke finde im Markenschutzgesetz keine Stütze und widerspreche auch der Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für Geistiges Eigentum. Im Weiteren lasse die angefochtene Verfügung jegliche Stellungnahme zur Unterschei-

dungskraft des Verschlusses der hinterlegten Marke vermissen. Schliesslich habe sie mit den Auszügen aus ihrer Website und ihren entsprechenden Ausführungen nicht geltend machen wollen, dass sich das hinterlegte Zeichen im Verkehr durchgesetzt habe.

D.
Mit Vernehmlassung vom 24. Mai 2007 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde vom 30. März 2007 sei unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin vollumfänglich abzuweisen. In verfahrensmässiger Hinsicht beantragt sie, das Verfahren sei zu sistieren, bis die Erwägungen zum am 20. April 2007 im Rahmen des Beschwerdeverfahrens 4A.1/2007 eröffneten Entscheid des Bundesgerichts vorliegen. Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, die Gestaltung des Verschlusses weiche nicht genügend vom banalen Formenschatz im entsprechenden Warenbereich ab, um der Form im Gesamteindruck Unterscheidungskraft zu verleihen. Zudem entspreche ihre Prüfungspraxis zur Beurteilung der Schutzfähigkeit einer Formmarke der ständigen Praxis des Bundesgerichts, aber auch der Praxis der Rekurskommission. Schliesslich gehe die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs respektive der ungenügenden Begründung der angefochtenen Verfügung fehl, denn sie habe ausführlich dargelegt, weshalb die strittige Form im Gesamteindruck und insbesondere in Berücksichtigung des Verschlusses nicht unterscheidungskräftig sei.

E.
Mit Schreiben vom 29. Juni 2007 stimmte die Beschwerdeführerin dem Sistierungsbegehren der Vorinstanz zu.

Das Bundesverwaltungsgericht wies mit Zwischenverfügung vom 4. Juli 2007 das Gesuch der Vorinstanz um Sistierung des Verfahrens ab mit der Begründung, zwischenzeitlich seien die Erwägungen des Bundesgerichts im Beschwerdeverfahren 4A.1/2007 bekannt geworden, weshalb der Grund, der im vorliegenden Fall zur Sistierung des Falles hätte führen können, weggefallen sei. Gleichzeitig setzte das Bundesverwaltungsgericht den Parteien Frist, um angesichts der Erwägungen des Bundesgerichts im genannten Beschwerdeverfahren Stellung zu nehmen.

Mit Stellungnahme vom 15. August 2007 hielt die Vorinstanz an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest. Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, im Entscheid 4A.1/2007 (inzwischen publiziert als

BGE 133 III 342) bestätige das Bundesgericht ihre Praxis, wie sie die Gemeinfreiheit von Formen beurteile.

In ihrer Eingabe vom 7. September 2007 erklärte die Beschwerdeführerin, an den in ihrer Eingabe vom 30. März 2007 enthaltenen Ausführungen und den darin gestellten Anträgen festzuhalten. Sie argumentiert, die Relevanz der Erwägungen des Bundesgerichts im Beschwerdeverfahren 4A.1/2007 sei dahingehend begrenzt, dass sich das Bundesverwaltungsgericht nicht darauf beschränken könne zu beurteilen, ob sich die beanspruchte Formmarke durch unterscheidungskräftige Merkmale von einfachen, banalen Formen unterscheide, und alleine gestützt darauf die Beschwerde gutheissen könne.

F.
Auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung hat die Beschwerdeführerin stillschweigend verzichtet.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. d des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]).

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 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenüglich ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist daher einzutreten.

2.
Nach Art. 5 Abs. 1 des Madrider Abkommens über die internationale Registrierung von Marken, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 (MMA, SR 0.232.112.3) darf ein Verbandsland einer international re-

gistrierten Marke den Schutz nur verweigern, wenn nach den in der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 (PVÜ, SR 0.232.04) genannten Bedingungen ihre Eintragung in das nationale Register verweigert werden kann. Das trifft gemäss Art. 6quinquies Bst. B Ziff. 2 PVÜ namentlich dann zu, wenn die Marke jeder Unterscheidungskraft entbehrt und als Gemeingut anzusehen ist. Dieser Ausschlussgrund ist auch im Bundesgesetz vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MschG, SR 232.11) vorgesehen, das in Art. 2 Bst. a MSchG Zeichen, die Gemeingut sind, unter Vorbehalt der Verkehrsdurchsetzung vom Markenschutz ausschliesst (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A.15/2006 vom 13. Dezember 2006 E. 2, mit Verweis auf BGE 128 III 454 E. 2 - Yukon).

Diesen Zeichen fehlt die erforderliche Unterscheidungskraft oder es besteht an ihnen ein Freihaltebedürfnis. Mit Bezug auf Formen gelten insbesondere als Gemeingut einfache geometrische Grundelemente sowie Formen, die weder in ihren Elementen noch in ihrer Kombination vom Erwarteten und Gewohnten abweichen und daher mangels Originalität im Gedächtnis der Abnehmer nicht haften bleiben (BGE 133 III 342 E. 3.1 – Verpackungsbehälter aus Kunststoff, BGE 129 III 514 E. 4.1 – Lego, BGE 120 II 307 E. 3b – The Original).

3.
In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die angefochtene Verfügung lasse jegliche Stellungnahme zur Unterscheidungskraft des Verschlusses der hinterlegten Marke vermissen. Damit macht sie sinngemäss geltend, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, SR 101) sei verletzt worden.

3.1 Das rechtliche Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt (Urteil des Bundesgerichts 4A.15/2006 vom 13. Dezember 2006 E. 4.1, mit Verweis auf BGE 124 I 241 E. 2 und BGE 124 I 49 E. 3a). Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Die Begründungspflicht und der Anspruch auf Begründung sind nicht bereits dadurch verletzt, dass sich die urteilende Behörde nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss 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. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 130 II 530 E. 4.3, BGE 129 I 232 E. 3.2, BGE 126 I 97 E. 2b). Die verfassungsrechtlich geforderte Begründungsdichte ist nicht einheitlich festgelegt. Unter anderem gilt aber, dass umso höhere Anforderungen an die Begründung eines Entscheids zu stellen sind, je grösser der Spielraum ist, welcher der Behörde infolge Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriffe zusteht (Urteil des Bundesgerichts 4A.15/2006 vom 13. Dezember 2006 E. 4.1, mit Verweis auf BGE 112 Ia 107 E. 2b).

3.2 In Ziffer B.12 des angefochtenen Entscheids argumentierte die Vorinstanz, runde, metallische Verschlüsse seien auch nicht selten. Zwar ist mit der Beschwerdeführerin dafür zu halten, dass diese Aussage relativ lapidar ist, doch zeigt sie auf, dass die Vorinstanz den Verschluss der strittigen Form mittels Vergleich mit anderen Verschlüssen gewürdigt hat. In der darauf folgenden Ziffer äusserte sich die Vorinstanz zudem zur Unterscheidungskraft der hinterlegten Form im Gesamteindruck. Insofern trifft nicht zu, dass die Vorinstanz jegliche Stellungnahme zur Unterscheidungskraft des Verschlusses der hinterlegten Marke vermissen lässt.

Der Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör ist somit im vorliegenden Fall nicht verletzt worden.

4.

Das strittige dreidimensionale Zeichen beansprucht Schutz für folgende Waren der Klasse 3:

Produits de parfumerie, parfums, eau de toilette, déodorants, huiles essentielles, talc pour la toilette, savons, gels pour la douche, sels de bains, crèmes de soins pour le corps à usage cosmétique, lotions pour les cheveux, cosmétiques.

Es stellt unbestrittenermassen eine Verpackungsform und insofern eine Formmarke im engeren Sinne dar (BGE 120 II 307 E. 2a – The Original, mit Verweisen; Christoph Willi, Das schweizerische Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 2 N. 195; Magda Streuli-Youssef, Zur Schutzfähigkeit von Formmarken, in: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!] 2002 S. 794 ff., S. 795).

In der angefochtenen Verfügung definierte die Vorinstanz entsprechend ihrer Praxis zunächst die Formenvielfalt im Bereich der Verpackungen für die beanspruchten Waren der Klasse 3. In einem zweiten Schritt verglich sie diese mit der strittigen Form. Hieraus zog sie den Schluss, die hinterlegte Form gehöre für die beanspruchten Waren zum Gemeingut; ihr fehle die vom Gesetz geforderte Unterscheidungskraft.

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin findet diese Vorgehensweise zur Beurteilung der Frage der Unterscheidungskraft der hinterlegten Marke im Markenschutzgesetz keine Stütze. Sie widerspreche auch der Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für Geistiges Eigentum. Bei der Frage der Schutzfähigkeit einer Formmarke dürfe kein Vergleich mit einzelnen bereits existierenden Formen vorgenommen werden. Dies hätte zur Folge, dass die absolute Schutzfähigkeit einer Formmarke nach Massgabe der relativen Ausschlussgründe im Sinne von Art. 3 MschG beurteilt würde. Der von der Vorinstanz vorgenommene Vergleich mit bereits vorhandenen Formen von Waren, die in die Klasse 3 fielen, könne demnach nicht für die Beurteilung der Schutzfähigkeit der in der Schweiz Schutz beanspruchenden IR-Marke massgebend sein. Vielmehr sei darauf abzustellen, ob die Form sich durch unterscheidungskräftige Merkmale von einfachen, banalen Formen unterscheide. Bei der hinterlegten Formmarke sei dies wie aufgezeigt der Fall.

4.1 Zu dieser Frage hielt das Bundesgericht in einem unlängst ergangenen Entscheid (4A.1/2007 = BGE 133 III 342 – Verpackungsbehälter aus Kunststoff), dessen Begründung im Zeitpunkt der Vernehmlassung der Vorinstanz noch ausstehend war, was die Vorinstanz bewog, ein Gesuch um Sistierung des Verfahrens zu stellen, Folgendes fest:

„Die Gemeinfreiheit von Formen ist insbesondere danach zu beurteilen, ob im beanspruchten Waren- oder Dienstleistungsbereich ähnliche Formen bekannt sind, von denen sich die beanspruchte Form nicht durch ihre Originalität abhebt. Dabei ist (...) nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Originalität der Abweichungen im Vergleich zu den bisher im beanspruchten Warensegment üblichen Formen zu bestimmen, wenn zu beurteilen ist, ob ein bestimmtes Gestaltungsmittel als Herkunftshinweis im Sinne des Markenrechts verstanden werde (vgl. BGE 129 III 514 E. 4.2 S. 525 für Quader als Bauelement; Urteil 4A.8/2006 vom 23. Mai 2006, E. 2.2 für die Abschrägung der Längskanten im Vergleich zu den üblichen Quaderformen der Zigaretten-

verpackungen, publ. in: sic! 9/2005 S. 646; Urteil 4A.8/2004 vom 24. März 2005, E. 4.2 für stilisierten Zahnpastastrang im Vergleich zu üblichen farbigen Zahnpasten; Urteil 4A.4/2003 vom 24. Februar 2004, E. 2.2 nicht publ. in BGE 130 III 328 aber publ. in: sic! 7/8/2004 S. 569 für zinnenförmige Gestaltung der Scharnierverbindung bei Uhrenbändern)."

4.2 Wie selbst die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 7. September 2007 einräumt, schützt das Bundesgericht mit dem zitierten Entscheid die Prüfungspraxis der Vorinstanz im Bereich der Formmarken. Für die Eintragungsfähigkeit als Formmarke ist demnach insbesondere entscheidend, dass die Form durch unterscheidungskräftige Merkmale vom Gemeingut, d.h. von gewohnten und erwarteten Formen des betreffenden Warensegmentes abweicht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7415/2006 vom 15. März 2007 E. 8; BGE 133 III 342 E. 4.4 – Verpackungsbehälter aus Kunststoff).

5.
Die Schutzfähigkeit eines Zeichens ist nach Massgabe seines Hinterlegungsgesuches zu prüfen (BGE 120 II 307 E. 3a – The Original; Entscheid der Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] in sic! 2006 S. 264 E. 5 – Tetrapack).

Das vorliegende Zeichen stellt eine Verpackungsform für Körperpflegeprodukte dar. Es besteht aus einem dunklen, länglichen Flaschenkörper mit quadratischer Grundfläche und abgerundeten Kanten. Auf dessen oberen Seite ist, leicht erhaben, ein metallisch glänzender Griff respektive Verschluss angebracht. Dieser ist an dessen Basis von einem ebenso metallisch glänzenden Ring umgeben.

5.1 Die Vorinstanz hat der hinterlegten Verpackungsform den Markenschutz im Wesentlichen mit der Begründung verweigert, quadratische lange Verpackungsformen mit abgerundeten Kanten würden auf dem Kosmetikmarkt bei verschiedenen Anbietern angeboten. Sie dienten zum Beispiel als Behälter für Parfum, Make-up, Mascara, Lippenstift oder Massage-Öl. Aus ästhetischen aber auch funktionellen Gründen sei eine dunkle Farbe zur Erreichung der Lichtundurchlässigkeit weit verbreitet, dies in verschiedenen Formen und für verschiedene Produkte, wie zum Beispiel für Parfum, Mascara oder Lippenstift. Runde und metallische Verschlüsse seien auch nicht selten. Die strittige Form weise somit nichts anderes auf als eine übliche Kombination üblicher Merkmale. Die Ausgestaltung der hinterlegten Form vermöge im Gesamteindruck daher nicht klar von einer banalen Form der Verpackung

für die beanspruchten Waren der Klasse 3 abzuweichen. Der Abnehmer werde bei der Betrachtung der Form im Gesamteindruck neben den ästhetischen Aspekten der Form keinen betrieblichen Herkunftshinweis wahrnehmen können. Entsprechend gehöre die hinterlegte Form für die beanspruchten Waren zum Gemeingut gemäss Art. 2 Bst. a MSchG; ihr fehle die vom Gesetz geforderte Unterscheidungskraft.

Die Beschwerdeführerin begründet die Unterscheidungskraft der Form mit dem Verschluss und seinem Gegensatz zum quaderförmigen Behälter. Der Verschluss in der Form eines früher auf Waagschalen gebrauchten Gewichtes sei für Schönheitsprodukte in der Klasse 3, einschliesslich Parfümflaschen, nicht nahe liegend oder allgemein gebräuchlich und weiche deshalb vom Gewohnten ab. Der Verschluss entspreche auch nicht dem Erwarteten. In Bezug auf Parfumflaschen diene der Verschluss als Druckkopf für die Sprühfunktion und erfülle damit einen bestimmten Zweck. Die Form des Verschlusses sei aber nicht rein technisch bedingt, sondern weise durch seine Ausgestaltung einen originellen und unterscheidungskräftigen Charakter auf.

5.2 Massgebend für die Beurteilung der Unterscheidungskraft eines Zeichens ist stets die Wahrnehmung durch die angesprochenen Verkehrskreise im Gesamteindruck (Willi, a.a.O., Art. 2 N. 41 und 124; RKGE in sic! 2006 S. 264 E. 6 – Tetrapack). Im vorliegenden Fall sind dies Abnehmer von Körperpflegeprodukten und insofern Durchschnittskonsumenten. Aus ihrem Blickwinkel ist zu entscheiden, ob die hinterlegte Form vom im fraglichen Warensegment Gewohnten und Erwarteten abweicht. Bei der Beurteilung ist zu berücksichtigen, dass die Abnehmer in einer Waren- oder Verpackungsform grundsätzlich die Gestaltung der Ware respektive der Verpackung selber sehen und nicht einen betrieblichen Herkunftshinweis (BGE 130 III 328 E. 3.5 – Swatch; Urteil des Bundesgerichts 4A.15/2006 vom 13. Dezember 2006 E. 5 – Flasche).

5.3 Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Abnehmer von Körperpflegeprodukten an eine grosse Formenvielfalt von Verpackungen gewohnt sind, worauf die Vorinstanz zutreffend hingewiesen hat. Dies ist insofern relevant, 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 (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7379/2006 vom 17. Juli 2007 E. 4.3 – Leimtube, Urteil des Bundes-

verwaltungsgerichts B-7419/2006 vom 5. Dezember 2007 E. 3.2, je mit Verweisen). Besteht – wie im vorliegenden Fall – in einem bestimmten Warensegment eine Vielfalt von Formen, steigen entsprechend die Anforderungen an die Unterscheidungskraft einer Form (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7379/2006 vom 17. Juli 2007 E. 4.3 – Leimtube, mit Verweis auf STREULI-YOUSSEF, a.a.O., S. 796).

Die strittige Verpackungsform besteht zur Hauptsache aus einem dunklen, länglichen Flaschenkörper, welcher einen quadratischen Grundriss aufweist. Er zeichnet sich nicht durch charakteristische Merkmale von einer einfachen Form mit quadratischem Grundriss aus. Daran ändern auch die abgerundeten Kanten nichts (vgl. auch RKGE in sic! 1998 S. 399 E. 3 – Parfümflasche). Der metallisch glänzende Verschluss, der von einem ebenso metallisch glänzenden Ring umgeben ist, hebt sich zwar auf Grund seines hellen Glanzes vom dunklen Flaschenkörper ab, doch ein derartiger Kontrast ist, wie die von der Vorinstanz gezeigten Beispiele im Anhang des angefochtenen Entscheides zeigen, häufig bei Verpackungen von Parfüms und dergleichen anzutreffen. Dies erstaunt nicht weiter, da ein metallisch glänzender Verschluss der ganzen Verpackung ein edles Ansehen verleiht. Diese Wirkung dürfte von Abnehmern insbesondere kostspieligerer Parfüms durchaus erwünscht sein. Wie die Beschwerdeführerin hervorhebt, habe der Verschluss die Form eines früher auf Waagschalen gebrauchten Gewichtes, was für Schönheitsprodukte in der Klasse 3, einschliesslich Parfümflaschen, nicht nahe liegend oder allgemein gebräuchlich sei. Dem ist entgegenzuhalten, dass für die Abnehmer nicht auf den ersten Blick erkennbar sein dürfte, dass es sich hierbei um ein Gewicht handeln sollte, zumal die Basis des „Gewichtes“, wozu wohl nach Auffassung der Beschwerdeführerin auch der Ring zählt, nur minim von der Oberseite des Flaschenkörpers hervorsteht und insofern keinen klar als Zylinder erkennbaren Körper aufweist. In der vorliegenden Form wird der Abnehmer den Verschluss eher als knopfförmigen Knauf wahrnehmen, mittels welchem sich die Parfümflasche leicht aufheben und tragen lässt. Parfümflaschen mit kugel- oder knopfförmigen Verschlüssen, die sich zugleich als praktische Griffe eignen, sind indessen wiederum häufig anzutreffen (vgl. die von der Vorinstanz gezeigten Beispiele im Anhang des angefochtenen Entscheides). Der vorliegende Verschluss ist klein, hat unauffällige harmonische Rundungen und glänzt in für Parfümflaschen unauffälliger Art, weshalb er sich nicht von einfachen, gebräuchlichen Verschlüssen unterscheidet (vgl. dagegen RKGE in sic! 1998 S. 399 E. 8 – Parfümflasche). In Kombina-

tion mit dem ebenso unauffälligen Flaschenkörper weist die vorliegende Verpackung keinen charakteristischen und unterscheidungskräftigen Gesamteindruck auf, der auch im Gedächtnis haften bleibt.

6.
Im angefochtenen Entscheid überprüfte die Vorinstanz zudem, ob sich das hinterlegte Zeichen im Verkehr durchgesetzt hat (vgl. Art. 2 Bst. a MschG). Sie verneinte diese Frage mit der Begründung, aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Auszügen ihrer Internetseite sei nicht zu entnehmen, seit wann und wo die Marke benützt worden sei. Die eingereichten Belege seien deshalb für die Glaubhaftmachung der Verkehrsdurchsetzung der hinterlegten Verpackungsform in der Schweiz für die beanspruchten Waren ungenügend.

Diesbezüglich erklärte die Beschwerdeführerin, mit den Auszügen aus ihrer Website und den entsprechenden Ausführungen habe sie nicht geltend machen wollen, dass sich das hinterlegte Zeichen im Verkehr durchgesetzt habe.

Damit erübrigt sich für das Bundesverwaltungsgericht die Prüfung, ob sich das hinterlegten Zeichen im Verkehr durchgesetzt hat .

7.
Zusammenfassend ergibt sich, dass die internationale Registrierung Nr. 789'173 Gemeingut im Sinne von Art. 2 Bst. a MschG darstellt. Die Vorinstanz hat ihr daher zu Recht den Schutz in der Schweiz verweigert.

Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen.

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 Streitsache, 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 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 mit Hinweisen). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Es sprechen keine konkreten Anhaltspunkte für einen höheren oder niedrigeren Wert der strittigen Marke.

Eine Parteientschädigung ist der unterliegenden Beschwerdeführerin nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- verrechnet. Der Beschwerdeführerin werden daher Fr. 500.-- nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. Nr.789173 (3D Marke); Gerichtsurkunde)
- das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Vera Marantelli	Kathrin Bigler

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 die Beschwerdeführerin in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 13. März 2008