Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

4A 633/2010

Urteil vom 23. Mai 2011

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Klett, Präsidentin,
Bundesrichter Corboz,
Bundesrichterin Rottenberg Liatowitsch,
Bundesrichter Kolly,
Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiber Leemann.

Verfahrensbeteiligte
X._____ GmbH,
vertreten durch Rechtsanwälte
Dr. Patrick Troller und Silvan Meier,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum (IGE),
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Markeneintragungsgesuch,

Beschwerde gegen das Urteil des
Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 15. Oktober 2010.

Sachverhalt:

A.

A.a. Am 6. März 2008 ersuchte die X._____ GmbH (Beschwerdeführerin) das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE; Beschwerdegegner) um Eintragung einer dreidimensionalen, von der Beschwerdeführerin als "Wellenverpackung" bezeichneten Marke für folgende Waren und Dienstleistungen:
Klasse 29: Frische (nicht lebende), gefrorene, gebratene, geräucherte und konservierte Fische und Fischwaren; Fischerzeugnisse; Fischgerichte; Krebstiere, Schalentiere, Krustentiere und Weichtiere (nicht lebend) sowie Erzeugnisse daraus; Fertiggerichte, fertige Teilgerichte und Snacks, in der Hauptsache bestehend aus vorgenannten Waren; sämtliche vorgenannte Waren in rohem, gekühltem, tiefgefrorenem aber auch verzehrfertig zubereitetem Zustand.
Klasse 43: Verpflegung von Gästen; Catering.
Das als dreidimensionale Marke angemeldete Zeichen sieht wie folgt aus:

A.b. Das IGE wies das Markeneintragungsgesuch mit Verfügung vom 2. September 2009 für sämtliche beanspruchten Waren und Dienstleistungen der Klassen 29 und 43 zurück. Zur Begründung erklärte es, die hinterlegte Verpackungs- bzw. Darreichungsform unterscheide sich aus Sicht des Durchschnittskonsumenten kaum von den üblichen Formen. Bei der Transparenz (zur Sichtbarkeit der Ware bei ungeöffneter Verpackung), der Versiegelung (zur Frischhaltung) oder der wellenförmigen Wölbung (zur Knickbruchsicherheit und einfachen Handhabung) handle es sich um rein funktional bedingte Elemente. Ausserdem seien die Transparenz und die wellenförmige, asymmetrische Wölbung ästhetisch geprägte Elemente, die einzeln, aber auch im Gesamteindruck sowohl vom Durchschnittskonsumenten als auch von den Fachkreisen als solche wahrgenommen würden. Darüber hinaus fehle der angemeldeten Form der individualisierende Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Produkte. Der hinterlegten Form fehle daher für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen die erforderliche konkrete Unterscheidungskraft.

B.
Mit Urteil vom 15. Oktober 2010 wies das Bundesverwaltungsgericht eine von der Beschwerdeführerin gegen die Verfügung des IGE vom 2. September 2009 erhobene Beschwerde ab.

C.
Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Oktober 2010 sei aufzuheben und das IGE sei anzuweisen, die dreidimensionale Marke gemäss Markeneintragungsgesuch im schweizerischen Markenregister einzutragen. Im Weiteren sei die Sache zur Neuverlegung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
Sowohl das IGE als auch die Vorinstanz beantragen die Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

1.1. In der vorliegenden Registersache ist nach Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG die Beschwerde in Zivilsachen das zulässige Rechtsmittel. Als Vorinstanz hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden (Art. 75 Abs. 1 BGG). Der Entscheid erging nicht im Rahmen des Widerspruchsverfahrens (Art. 73 BGG). Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Begehren vor der Vorinstanz unterlegen und damit formell zur Beschwerde legitimiert (Art. 76 Abs. 1 lit. a BGG). Da sie den gewünschten Markenschutz für ihr Zeichen nicht erhalten hat, ist sie auch materiell beschwert (Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG). Der angefochtene Entscheid schliesst das Verfahren betreffend das Markeneintragungsgesuch ab und stellt demnach einen Endentscheid dar (Art. 90 BGG). Die Beschwerdefrist von 30 Tagen (Art. 100 Abs. 1 BGG) wurde eingehalten. Der für die Beschwerde in Zivilsachen erforderliche Streitwert ist erreicht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; BGE 133 III 490 E. 3 S. 491 ff.). Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

1.2. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254; 132 II 257 E. 2.5 S. 262; 130 III 136 E. 1.4 S. 140). Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungspflicht der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 135 II 384 E. 2.2.1 S. 389; 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254 mit Hinweisen).
Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und konkret aufzeigt, worin eine Rechtsverletzung liegt. Der Beschwerdeführer soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die er im kantonalen Verfahren eingenommen hat,

erneut bekräftigen, sondern mit seiner Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (vgl. BGE 134 II 244 E. 2.1 S. 245 f.; 121 III 397 E. 2a S. 400; 116 II 745 E. 3 S. 749). Die Begründung hat ferner in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen und der blosse Verweis auf Ausführungen in anderen Rechtsschriften oder auf die Akten reicht nicht aus (BGE 133 II 396 E. 3.1 S. 399 f.; 131 III 384 E. 2.3 S. 387 f.; je mit Hinweisen). Letzteres verkennt die Beschwerdeführerin, wenn sie hinsichtlich der Frage der Formenvielfalt im massgebenden Produktbereich auf ihre Beschwerdeeingabe im vorinstanzlichen Verfahren verweist.

1.3. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur soweit vorgebracht werden, als der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG).

2.
Die Beschwerdeführerin rügt unter Berufung auf Art. 35 VwVG eine Verletzung der Begründungspflicht bzw. des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV).

2.1. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, sie sei unter Verweis auf drei Bundesgerichtsentscheide vom Erfahrungssatz ausgegangen, das Publikum nehme konkrete Formen von Waren und Verpackungen in der Regel nicht als Hinweis auf ein Unternehmen, sondern nur als besondere Gestaltung wahr. Dabei habe die Vorinstanz nicht überprüft und sachverhaltlich erstellt, aus welchen Gründen auch Verpackungsformen unter diesen Erfahrungssatz fallen sollen.

2.2. Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verlangt insbesondere, dass das Gericht die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 mit Hinweisen). Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Die Begründung muss kurz die Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BGE 135 V 65 E. 2.4 S. 72). Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Es genügt, wenn der Entscheid gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann (BGE 136 V 351 E. 4.2 S. 355; 134 I 83 E. 4.1 S. 88; 133 III 439 E. 3.3 S. 445; je mit Hinweisen). Dabei ist zu beachten, dass die von der Beschwerdeführerin angerufene Bestimmung von Art. 35 Abs. 1 VwVG, die ebenfalls eine Begründungspflicht vorsieht, inhaltlich nicht über den verfassungsrechtlichen Anspruch hinausgeht (vgl. André Moser und andere, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2008, Rz. 3.104).

2.3. Der angefochtene Entscheid verweist in Bezug auf den von der Vorinstanz angewendeten Erfahrungssatz auf konkrete Erwägungen verschiedener Entscheide des Bundesgerichts. Er führt zu der von der Beschwerdeführerin verlangten Differenzierung zwischen Waren- und Verpackungsformen unter Hinweis auf die Rechtsprechung aus, die Unterscheidungskraft einer Form sei ungeachtet ihrer Qualifizierung als Waren- oder Verpackungsform anhand des Einzelfalls zu beurteilen.
Damit lassen sich dem angefochtenen Entscheid die Überlegungen entnehmen, von denen sich die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Beurteilung der Unterscheidungskraft der Verpackungsform hat leiten lassen. Die Begründung des angefochtenen Entscheids verunmöglicht der Beschwerdeführerin dessen sachgerechte Anfechtung nicht. Ob die vorinstanzliche Erwägung zutrifft, beschlägt nicht die Frage des rechtlichen Gehörs bzw. der Begründungspflicht, sondern die Anwendung des Markenschutzgesetzes. Der Vorwurf der Gehörsverletzung ist unbegründet.

3.
Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, sie habe die angemeldete Form zu Unrecht mangels konkreter Unterscheidungskraft dem Gemeingut im Sinne von Art. 2 lit. a MSchG (SR 232.11) zugerechnet.

3.1. Die Vorinstanz erwog, dass Zeichen, denen die erforderliche Unterscheidungskraft fehle, dem Gemeingut nach Art. 2 lit. a MSchG angehörten und damit grundsätzlich vom Markenschutz ausgeschlossen seien. Damit eine Waren- oder Verpackungsform als Herkunftshinweis im Sinne des Markenrechts verstanden werden könne, müsse sich die Form von sämtlichen im beanspruchten Waren- oder Dienstleistungssegment im Zeitpunkt des Eintragungsentscheids üblichen Formen auffällig unterscheiden. Dabei sei zu beachten, dass das Publikum konkrete Formen von Waren oder Verpackungen in der Regel nicht als Hinweis auf ein Unternehmen, sondern als besondere Gestaltung wahrnehme. Damit einer konkreten Form ursprüngliche Unterscheidungskraft zukommen könne, müsse ihre auffällige Eigenart auch als Herkunftshinweis taugen, was insbesondere bei grosser Formenvielfalt im beanspruchten Warensegment regelmässig zu verneinen sei. Dabei sei nicht grundsätzlich zwischen Waren- und Verpackungsformen zu unterscheiden.
Die Vorinstanz hielt weiter dafür, dass sich das hinterlegte Zeichen allein durch die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Tatsache, dass die angemeldete Verpackungsform für verschiedene Designpreise nominiert und mit solchen ausgezeichnet worden sei, noch nicht vom in den beanspruchten Waren- und Dienstleistungsbereichen üblichen Formenschatz abhebe.
Hinsichtlich der im beanspruchten Warensegment gebräuchlichen Formen stellte die Vorinstanz unter Hinweis auf entsprechende Abbildungen fest, die beanspruchten Waren der Klasse 29 würden, soweit ersichtlich, in folgenden Verpackungsformen angeboten:
- Frische Fische: in rechteckigen Beuteln; in "Aluflex-Beuteln"; in rechteckigen, mit transparenter Folie überspannten Schalen, welche abgerundete Ecken aufweisen; vorgenannter Typ von Schalen, bei welchen die transparente Folie das Verpackungsgut und die Schale eng umschliesst;
- Gefrorene Fische: in rechteckigen Beuteln; in rechteckigen Kartonschachteln;
- Gebratene Fische und Fischgerichte: in rechteckigen Kartonschalen, auf runden oder rechteckigen Kartontellern (bei Fischimbissbuden oder -restaurants wie "Nordsee");
- Geräucherte Fische: in flachen, rechteckigen Schalen oder auf Platten, die mit einer Folie überspannt sind und teilweise eine Kartonumhüllung aufweisen;
- Konservierte Fische: in runden, teilweise gebauchten Einmachgläsern; in runden, ovalen oder rechteckigen (mit abgerundeten Ecken) Dosen; in rechteckigen (Dosen enthaltenden) Schachteln; in quadratischen Schachteln, aus denen an zwei sich gegenüberliegenden Seiten die Rundungen der darin liegenden Dose hervortreten; in Tuben;
- Fischerzeugnisse: in rechteckigen Beuteln und Schalen;
- Krebstiere, Schalentiere, Krustentiere und Weichtiere: als Frischprodukt in rechteckigen oder runden Schalen mit festem Deckel oder überspannter Folie; als Tiefkühlprodukt in rechteckigen Schalen oder Beuteln respektive in rechteckigen Kartonschachteln;
- Fertiggerichte, fertige Teilgerichte und Snacks mit Fisch und/oder Meeresfrüchten: in rechteckigen, gedeckten Schalen, Kartonschalen und -schachteln; viereckige Schalen, wovon zwei sich gegenüberliegende Seiten gerade, die anderen zwei gebaucht sind.
Die von der Beschwerdeführerin zusätzlich beanspruchten Verpflegungs- und Cateringdienstleistungen der Klasse 43 würden zudem mittels folgender Darreichungsformen erbracht: Kartonschachteln; runde, achteckige und rechteckige (teilweise mit abgerundeten Ecken und gebauchten Seiten) Platten, Schalen (teilweise mit gewelltem Rand) und Teller, teilweise mit Griffen. Angesichts dieser Auflistung hielt die Vorinstanz fest, dass in den strittigen Waren- und Dienstleistungsbereichen die Formenvielfalt relativ gross sei.
Nach Ansicht der Vorinstanz ist die von der Beschwerdeführerin hervorgehobene Neigung der Seitenflügel auf den massgeblichen Abbildungen des Zeichens nicht erkennbar, weshalb dieser Umstand bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft ausser Betracht falle. Die Bodenkrümmung, die in den aufgelisteten Verpackungsformen nirgends zu Tage trete, sei zwar erkennbar, jedoch in der Gesamtbetrachtung von untergeordneter Bedeutung, da die angesprochenen Verkehrskreise die Verpackungen in der Regel von oben sähen. Im Weiteren qualifizierte die Vorinstanz die asymmetrische Wölbung der Seitenwände als ästhetisches Element, das Assoziationen mit einer Wellenbewegung oder mit zwei (gegenverkehrt angeordneten) Fischen wachrufen könne. Abgesehen von der Wölbung unterschieden sich die Seitenwände indessen nicht von üblichen - nämlich waagrecht geschnittenen - Seitenwänden rechteckiger Verpackungen; vielmehr handle es sich dabei lediglich um eine ästhetisch wirkende Variation von bei Fischverpackungen üblichen Seitenwänden.
Insgesamt betrachtet erscheine die strittige Form als eine im Wesentlichen rechteckige Verpackung, was für

Fischverpackungen üblich sei. Anders als übrige rechteckige Schalenverpackungen verfüge sie über lediglich zwei Seitenwände. Die fehlenden beiden Seitenwände würden durch die Krümmung des Bodens kompensiert, weshalb bei den angesprochenen Verkehrskreisen dennoch insgesamt der Eindruck einer Schale erweckt werde. Schliesslich entspreche die über die Seitenwände gespannte Deckfolie dem Erwarteten, zumal Lebensmittel nach den anwendbaren Lebensmittelvorschriften sauber und geordnet gelagert und so abgegeben werden müssten, dass sie nicht von gesundheitsgefährdenden Stoffen oder sonst wie beeinflusst werden könnten. Die von der Beschwerdeführerin angemeldete "Wellenverpackung" erscheine nur als - ästhetische und attraktive - Variante einer der gewöhnlichen Formen von Fischverpackungen, denn die Konsumenten seien sich an Fischverpackungen gewohnt, die eine rechteckige Schale bildeten, über die eine transparente Folie straff gespannt sei. Die angemeldete Form werde von den Adressaten daher als naheliegende Verpackungs- bzw. Darreichungsform, nicht aber als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verstanden, weshalb sie dem Gemeingut
im Sinne von Art. 2 lit. a MSchG angehöre.

3.2. Die Beschwerdeführerin rügt die Eintragungspraxis in Bezug auf Formmarken als zu restriktiv. Sie stellt den Grundsatz in Frage, wonach eine Formmarke nur unterscheidungskräftig sei, wenn die Markenadressaten die entsprechende Form als Marke erkennen bzw. verstehen; diese "dogmatische Eintrittshürde" sei zu hoch angesetzt. Sie widerspricht sodann dem der bisherigen Rechtsprechung zugrundegelegten Erfahrungssatz, nach dem bei Formmarken die Unterscheidungskraft mangels Gewöhnung der Abnehmer weniger leicht bejaht werden könne als bei Wort- oder Bildmarken. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin sei bei der Frage der Unterscheidungskraft zwischen Waren- und Verpackungsformen zu differenzieren. Der Schweizer Konsument habe sich inzwischen daran gewöhnt, dass besonders gestaltete Verpackungsformen als Hinweis auf einen Hersteller dienten. Im Übrigen stelle der Umstand, dass die vorliegende "Wellenverpackung" mehrere bedeutende Designpreise gewonnen habe, ein wesentliches Indiz dafür dar, dass deren Form nicht nur originell sei, sondern so eigenständig, dass sie auch geeignet sei, in ihrem Gesamteindruck längerfristig in der Erinnerung haften zu bleiben; damit sei sie geeignet, herkunftshinweisend zu wirken.
Die Beschwerdeführerin bestreitet die von der Vorinstanz festgestellte Formenvielfalt; angesichts der aufgelisteten quadratischen, rechteckigen, runden sowie bauchigen Formen, die sich auf vier oder gar nur zwei Grundformen zurückführen liessen, könne nicht von einer relativ grossen Formenvielfalt die Rede sein. Die Vorinstanz habe zudem zu Unrecht allein nach solchen Elementen gesucht, die "nicht mehr wegen ihrer ästhetischen Attraktivität" vom Konsumenten erwartet würden und bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft besonders schön gestaltete Elemente fälschlicherweise ausgeblendet.
Selbst wenn bei Verpackungsformen dieselben Anforderungen an das Erreichen von Unterscheidungskraft zu stellen wären wie bei Warenformen, sei die "Wellenverpackung" zweifellos geeignet, das Angebot eines Unternehmens zu individualisieren und dem Käufer zu ermöglichen, ein einmal geschätztes Produkt im Marktangebot wiederzufinden.

3.3.

3.3.1. Nach der gesetzlichen Definition 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. Das Gesetz erwähnt zudem ausdrücklich, dass dreidimensionale Formen als Marken in Betracht fallen (Art. 1 Abs. 2 MSchG).
Das IGE sowie die Vorinstanz stellen zu Recht weder in Frage, dass auch Formen markenrechtlich geschützt sein können, noch bestreiten sie, dass das angemeldete Zeichen grundsätzlich nach Art. 1 Abs. 1 MSchG markenfähig ist. Umstritten ist vielmehr, ob der angemeldeten Form aufgrund fehlender konkreter Unterscheidungskraft (Art. 2 lit. a MSchG) die Schutzfähigkeit abzusprechen ist.

3.3.2. Nach Art. 2 lit. a MSchG sind Zeichen, die zum Gemeingut gehören, vom Markenschutz ausgeschlossen, es sei denn, sie haben sich als Marke für die Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt, für die sie beansprucht werden. Nicht schutzfähig sind demnach unter anderem Zeichen, denen in Bezug auf die konkret beanspruchten Produkte die Unterscheidungskraft fehlt, indem sie weder von Anfang an (originär) auf ein bestimmtes - wenn auch dem Publikum nicht unbedingt namentlich bekanntes - Unternehmen hinweisen, noch (derivativ) infolge ihrer Durchsetzung im Verkehr.

Ob die massgebenden Adressaten ein Zeichen für die beanspruchten Produkte als Hinweis auf ein Unternehmen wahrnehmen, ist vor dem Hintergrund der gesamten Umstände zu beurteilen (BGE 134 III 547 E. 2.3 S. 551). Die erforderliche Unterscheidungskraft einer Marke hat ein Zeichen nur, wenn es sich derart in der Erinnerung einprägt, dass der Adressat die damit gekennzeichneten Produkte eines bestimmten Unternehmens in der Fülle des Angebots jederzeit wieder finden kann (BGE 134 III 547 E. 2.3 S. 551; 133 III 342 E. 4 S. 346; 122 III 382 E. 1 S. 383 f.). Das Bundesgericht prüft grundsätzlich als Rechtsfrage frei, wie der massgebende Adressatenkreis für die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen ist und - bei Gütern des allgemeinen Bedarfs - wie die Adressaten aufgrund der erwarteten Aufmerksamkeit das Zeichen wahrnehmen (BGE 134 III 547 E. 2.3 S. 551; 133 III 342 E. 4 S. 347).
Abgesehen davon, dass die - vorliegend nicht zur Diskussion stehenden - für Formen besonders formulierten absoluten Ausschlussgründe nach Art. 2 lit. b MSchG zu beachten sind, ist die Schutzfähigkeit von Waren- und Verpackungsformen insoweit nach denselben Kriterien zu beurteilen wie diejenige anderer Markenarten (vgl. BGE 131 III 121 E. 2 S. 124; Michael Noth, in: Noth und andere [Hrsg.], Markenschutzgesetz, 2009, N. 21 zu Art. 2 lit. b MSchG; Magda Streuli-Youssef, Zur Schutzfähigkeit von Formmarken, sic! 11/2002 S. 797).

3.3.3. Die Form einer Ware identifiziert in erster Linie die Ware selbst und nicht deren betriebliche Herkunft. Damit eine Warenform als Herkunftshinweis im Sinne des Markenrechts verstanden wird, muss sie sich von sämtlichen im beanspruchten Warensegment im Zeitpunkt des Entscheids über die Markeneintragung üblichen Formen auffällig unterscheiden (BGE 134 III 547 E. 2.3.4 S. 553; 133 III 342 E. 3.3 S. 346 mit Hinweisen). Dabei ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu beachten, dass Warenformen primär anderen Funktionen als dem Hinweis auf eine betriebliche Herkunft dienen. Entsprechend nimmt das Publikum konkrete Formen von Waren in der Regel nicht als Hinweis auf ein Unternehmen, sondern lediglich als besondere Gestaltung wahr. Damit eine Warenform originär unterscheidungskräftig ist, reicht es nicht aus, dass sie sich lediglich nach ihrer gefälligen Gestaltung unterscheidet; vielmehr muss ihre auffällige Eigenart auch als Herkunftshinweis taugen, was nach der Praxis des Bundesgerichts insbesondere bei grosser Formenvielfalt im beanspruchten Warensegment regelmässig zu verneinen ist, sofern sich die als Marke beanspruchte dreidimensionale Form nicht deutlich von den üblicherweise verwendeten Formen abhebt (dazu BGE 134 III
547 E. 2.3.4 S. 553 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH).
Die Beschwerdeführerin wirft zu Recht die Frage auf, ob diese Grundsätze gleichermassen für Verpackungsformen gelten oder ob hinsichtlich der Unterscheidungskraft von Verpackungsformen Besonderheiten zu beachten sind.

3.3.4. Eine Verpackung kann aufgrund der Natur des Produkts unabdingbar sein (wie etwa bei Flüssigkeiten, Granulaten oder Pulver). Zahlreiche Lebensmittel (nicht zuletzt leicht verderbliche Produkte wie z.B. Fleisch oder Fisch) werden aus (lebensmittelhygienischen) Gründen, die unmittelbar mit der Art der Ware selbst zusammenhängen, üblicherweise verpackt angeboten. Die Verpackung dient dabei zunächst einem - durch die Ware bedingten - naheliegenden Zweck. Wie eine Warenform wird die Form einer solchen Verpackung vom Publikum daher nicht notwendigerweise in gleicher Weise wahrgenommen wie ein Wort- oder Bildzeichen, das vom Erscheinungsbild der Ware bzw. deren Verpackung unabhängig ist (vgl. dazu die ständige Rechtsprechung des EuGH: Urteile vom 7. Oktober 2004 C-136/02 P Mag Instrument, Slg. 2004 I-9165 Randnr. 30; vom 29. April 2004 C-468/01 P Procter & Gamble, Slg. 2004 I-5145 Randnr. 36; vom 12. Februar 2004 C-218/01 Henkel, Slg. 2004 I-1737 Randnr. 52; vom 12. Januar 2006 C-173/04 P Deutsche SiSi-Werke, Slg. 2006 I-568 Randnr. 28; vom 22. Juni 2006 C-25/05 P Storck, Slg. 2006 I-5739 Randnr. 27; vom 25. Oktober 2007 C-238/06 Develey, Slg. 2007 I-9379 Randnr. 80; vgl. auch Paul Ströbele, in: Ströbele/Hacker [Hrsg.],
Markengesetz, 9. Aufl., Köln 2009, § 8 Rz. 181; William Cornish und andere, Intellectual Property, 7. Aufl. 2010, Rz. 18.41 f.). Dabei ist zu beachten, dass Verpackungen in der Regel der Ware angepasst werden, die sie enthalten, so dass die Verpackung der Beschaffenheit der Ware selbst zugerechnet wird. Dies gilt nach der massgebenden Wahrnehmung der Endverbraucher gemeinhin selbst dann, wenn die verpackten Waren eine eigene, von der Verpackung unabhängige Form aufweisen (BGE 133 III 342 E. 4.1 S. 347 mit Hinweisen).
Wie einer Ware kann auch einer Verpackungsform nicht von vornherein jegliche (originäre) Unterscheidungskraft abgesprochen werden (Christoph Willi, Kommentar zum schweizerischen Markenschutzgesetz, 2002, N. 122 zu Art. 2 MSchG; vgl. demgegenüber das von der Beschwerdeführerin erwähnte Urteil Wal-Mart Stores v. Samara Brothers des US Supreme Court vom 22. März 2000, in: 525 U.S. 205 [2000], wonach Warengestaltun-

gen nicht originär unterscheidungskräftig sind, sondern nur unter der Voraussetzung der Verkehrsdurchsetzung markenrechtlichen Schutz erlangen können). Wie andere Arten von Zeichen, die markenrechtlichen Schutz beanspruchen, genügt auch eine Verpackungsform jedoch nur dann der Schutzvoraussetzung der ursprünglichen Unterscheidungskraft, wenn die blosse Form der Verpackung unmittelbar als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der beanspruchten Produkte wahrgenommen werden kann (BGE 131 III 121 E. 2 S. 123; vgl. Annette Kur, Was macht ein Zeichen zur Marke-, MarkenR 1/2000 S. 5; Markus Ineichen, Die Formmarke im Lichte der absoluten Ausschlussgründe nach dem schweizerischen Markenschutzgesetz, GRUR Int 3/2003 S. 195).
Die Anwendung dieser Kriterien auf Marken, die in der Form einer Verpackung bestehen, bedeutet nicht eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu anderen Markenkategorien, vielmehr ist die Anwendung derselben Kriterien markenrechtlich geboten (Ineichen, a.a.O., S. 200; vgl. auch Ströbele, a.a.O., § 8 Rz. 180; Urteile Develey, Randnr. 80; Deutsche SiSi-Werke, Randnr. 27; Mag Instrument, Randnr. 30). Dies verkennt die Beschwerdeführerin, wenn sie bei Formmarken geringere Anforderungen an die originäre Unterscheidungskraft angewendet wissen will. Ausserdem setzt sie sich damit in Widerspruch zu weiteren Ausführungen ihrer Beschwerdebegründung, in denen sie selbst die Massgeblichkeit gleicher Anforderungen betont. Den Unterschieden zwischen Waren- und Verpackungsformen ist nicht auf systematischer Ebene, sondern bei der Beurteilung des konkreten Einzelfalls Rechnung zu tragen (Eugen Marbach, Markenrecht, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Bd. III/1, 2. Aufl. 2009, Rz. 495).

3.3.5. Damit die Verpackungsform von Waren, die üblicherweise verpackt angeboten werden, als Marke schutzfähig ist, muss sie vom Durchschnittsabnehmer als Kennzeichen für Produkte aus einem bestimmten Unternehmen erkannt und diesem zugerechnet werden können (vgl. Streuli-Youssef, a.a.O., S. 797; Urteile Henkel, Randnr. 53; SiSi-Werke, Randnr. 30; Develey, Randnr. 79). Mit Blick auf die Hauptfunktion der Marke ist auch ein solches Zeichen nur dann unterscheidungskräftig, wenn es den massgeblichen Verkehrskreisen ermöglicht, die Produkte nach ihrer Herkunft - und nicht etwa lediglich nach ihrer gefälligen Gestaltung - zu unterscheiden (Ineichen, a.a.O., S. 199).
Mit der Beschwerdeführerin ist zwar davon auszugehen, dass Verpackungen von Verbrauchsgütern als Marketingmittel eine wichtige Rolle spielen und in der Gesamtheit ihrer verschiedenen Gestaltungselemente (grafische Gestaltung, Farben, Beschriftung, Material usw.) vom Konsumenten unter Umständen als Herkunftshinweis erkannt werden können (in diese Richtung auch das von der Beschwerdeführerin ins Feld geführte Urteil Wal-Mart Stores v. Samara Brothers des US Supreme Court, a.a.O., S. 209, 212, das sich entgegen dem, was die Beschwerdeführerin anzunehmen scheint, nicht unmittelbar auf dreidimensionale Verpackungsformen bezieht, sondern allgemein auf Ausstattungen ["trade dress"]; vgl. zum wettbewerbsrechtlichen Schutz der Ausstattung in Form einer Verpackung etwa BGE 135 III 446 E. 6.3 S. 451 ff.). Daraus lässt sich jedoch nicht ohne Weiteres schliessen, der Durchschnittsabnehmer erkenne einen entsprechenden Hinweis bereits anhand der blossen Form. Fehlen grafische oder Wortelemente, schliesst der Durchschnittsverbraucher allein aus der Form der Verpackung gewöhnlich nicht unmittelbar auf die Herkunft der Waren (vgl. Urteile Mag Instrument, Randnr. 30; Procter & Gamble, Randnr. 36; Henkel, Randnr. 52; Deutsche SiSi-Werke, Randnr.
28; Storck, Randnr. 27; Develey, Randnr. 80; Ineichen, a.a.O., S. 199; Kur, a.a.O., S. 6; Cornish und andere, a.a.O., Rz. 18.41 f.).
Es mag zwar zutreffen, dass die Wahrnehmung des Publikums in dieser Hinsicht im Wandel begriffen ist. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Schweizer Durchschnittskonsument inzwischen ganz allgemein daran gewöhnt habe, in Verpackungsformen ein herkunftshinweisendes Zeichen zu erkennen. Dies - entgegen dem, was die Beschwerdeführerin vorbringt - ganz im Gegensatz etwa zu Wortzeichen, in denen der Konsument in der Regel auch dann ohne Weiteres eine Wortmarke zu erblicken vermag, wenn es sich (wie etwa bei Marken für Medikamente) um umständliche und nicht leicht aus dem Gedächtnis abrufbare Wortkreationen handelt.
In bestimmten Produktsegmenten, in denen der Konsument den Formgebungen eine besondere Aufmerksamkeit widmet, weil regelmässig auch die Form als Unternehmenshinweis beworben wird (wie etwa bei Parfümflacons), mag dieser Prozess eingesetzt haben bzw. bereits fortgeschritten sein (Ineichen, a.a.O., S. 199 f.; Kur, a.a.O., S. 6; vgl. auch Noth, a.a.O., N. 74 und 81 zu Art. 2 lit. b MSchG; Markus Wang, Die schutzfähige Formgebung, 1998, S. 348; Willi, a.a.O., N. 127 zu Art. 2 MSchG, wonach für die Orientierung der Konsumenten die Formgebung bei Trend- und Statuswaren von besonderer Bedeutung ist). Für die überwiegende Anzahl der in mehr oder weniger variationsreicher Abwandlung einiger Grundformen auftretenden Gestaltungen von Wa-

renverpackungen des Massenkonsums dürfte es jedoch auch im heutigen Zeitpunkt dabei bleiben, dass ihnen eher selten unmittelbare Unterscheidungskraft zukommt. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin liegt darin jedoch keine Benachteiligung von Formmarken. Vielmehr folgt dies aus dem Umstand, dass Produkt- und Verpackungsformen in den Augen des Publikums normalerweise lediglich auf die ästhetische und funktionale Beschaffenheit der Verpackung hindeuten, nicht jedoch auf ihre betriebliche Herkunft (vgl. Kur,
a.a.O., S. 6; Ineichen, a.a.O., S. 200). Nicht ein strengerer Massstab an die Unterscheidungskraft von Formmarken, sondern das folgerichtige Abstellen auf die Wahrnehmung des Durchschnittskonsumenten führt zu diesem Ergebnis (Ineichen, a.a.O., S. 6).
Damit die Form der Verpackung für sich allein als Herkunftshinweis im Sinne des Markenrechts verstanden werden kann, muss sie sich demnach von sämtlichen im beanspruchten Segment im Zeitpunkt des Entscheids über die Eintragung im Markenregister üblichen Formen auffällig unterscheiden. Besteht im beanspruchten Warensegment eine grosse Formenvielfalt, taugt die auffällige Eigenart der Verpackungsform regelmässig nicht als Herkunftshinweis, sondern wird lediglich als besondere Gestaltung wahrgenommen, sofern sie sich nicht erheblich vom Gewohnten abhebt. Bei einer Vielzahl bekannter Formen, die zum Vergleich heranzuziehen sind, ist es daher schwieriger, eine nicht banale Form zu gestalten, die derart vom Gewohnten und Erwarteten abweicht, dass sie als Herkunftshinweis wahrgenommen wird (vgl. BGE 134 III 547 E. 2.3.4 S. 553). Die Vorinstanz hat zur Beurteilung der Unterscheidungskraft der angemeldeten Form daher zutreffend darauf abgestellt, inwieweit sich diese von den im beanspruchten Produktsegment vorhandenen Verpackungsformen unterscheidet (vgl. BGE 133 III 342 E. 3.3 S. 346 mit Hinweisen).

3.3.6. Bei den von der Beschwerdeführerin beanspruchten Waren der Klasse 29 handelt es sich um Konsumgüter des alltäglichen Bedarfs, die sich regelmässig an die Endverbraucher in der Schweiz richten, an deren Aufmerksamkeit keine übertriebene Anforderungen gestellt werden dürfen (BGE 134 III 547 E. 2.3.3 S. 552; 133 III 342 E. 4.1 S. 347).
Die Verpackung erfüllt bei den von der Beschwerdeführerin beanspruchten Lebensmitteln zunächst eine naheliegende praktische (insbesondere lebensmittelhygienische) Funktion. Die Formgebung der Verpackung steht für den Durchschnittskonsumenten von Fischen und Meeresfrüchten kaum im Vordergrund, und es sind keine Hinweise darauf ersichtlich, dass in diesem Bereich die Verpackungsform regelmässig als Unternehmenshinweis beworben würde. Auch die Beschwerdeführerin zeigt im Übrigen nicht konkret auf, inwiefern der Durchschnittsabnehmer dieser Waren hinsichtlich der blossen Verpackungsform besonders sensibilisiert sein soll.
Die von der Vorinstanz im massgebenden Produktbereich festgestellte Formenvielfalt erscheint zwar nicht besonders ausgeprägt. Dennoch listet der angefochtene Entscheid einige verschiedenartige Verpackungsformen auf (vorn E. 3.1), mit denen die angemeldete "Wellenverpackung" im Hinblick auf die geltend gemachte Unterscheidungskraft zu vergleichen ist.
Nach Ansicht der Beschwerdeführerin überrasche die angemeldete Verpackungsform aufgrund ihrer marktuntypischen Merkmale "Transparenz der Materialien, gegenläufige Wellenbewegung der nach innen geneigten Seitenflügel, wie ein Wellental gespannte Folie, gekrümmter stabiler Boden". Sie weist zutreffend darauf hin, dass die beanspruchte Formmarke aufgrund der beim IGE eingereichten Abbildung zu beurteilen ist (BGE 120 II 307 E. 3a S. 310). Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, ist die von der Beschwerdeführerin hervorgehobene Neigung der Seitenwände nach innen auf der massgebenden Abbildung nicht erkennbar, weshalb sie bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft zu Recht ausser Betracht blieb. Das geltend gemachte Merkmal der Transparenz bezweckt bei Fischen, Meeresfrüchten und ähnlichen Waren deren Sichtbarkeit bei ungeöffneter Verpackung. Sie ist funktional bedingt und scheint bei verschiedenen im angefochtenen Entscheid erwähnten Verpackungen auf. Die transparente Abdeckung ist im beanspruchten Warenbereich geradezu typisch und prägt den Gesamteindruck massgebend mit. Für den Durchschnittskonsumenten entspricht sie dem Gewohnten, wird von ihm erwartet und identifiziert den Gegenstand auf Anhieb als Verpackung
solcher Waren. Daran ändert auch die Wölbung der transparenten Oberfläche nichts, die sich aus der gegenläufigen Anordnung der (ansonsten identischen) Seitenwände ergibt, zumal die von der Beschwerdeführerin als Wellental bezeichnete Verformung aufgrund der durchsichtigen Beschaffenheit der Oberseite kaum als nachdrückliches Formelement wahrnehmbar ist.
Die beanspruchte Form unterscheidet sich von den anderen im massgebenden Produktbereich üblichen Verpackungsformen somit lediglich durch die asymmetrische Anordnung der gewölbten Seitenwände sowie die leichte Bodenkrümmung. Letztere vermag den Gesamteindruck der Form nicht zu prägen. Sie ist lediglich

in einer bestimmten Seitenansicht deutlich erkennbar, die für den Durchschnittskonsumenten von - dank der durchsichtigen Verpackungsoberseite sichtbaren - Fischen, Meeresfrüchten, Krustentieren und ähnlichen Waren von untergeordneter Bedeutung ist. In der ersten Abbildung der Verpackungsform im Eintragungsgesuch ist die Krümmung des Verpackungsbodens lediglich (durch die transparente Oberfläche hindurch) auf der Innenseite erkennbar und hinterlässt damit beim Publikum keinen konkret fassbaren Eindruck. Wie die gegenläufige Wölbung der Seitenwände wird sie als ästhetisches Element wahrgenommen. Auch wenn die Seitenwände Assoziationen mit einer Wellenbewegung bzw. mit zwei (gegenverkehrt angeordneten) Fischen wachrufen sollten, so bringt der Konsument diese Formelemente mit der verpackten Ware in Verbindung und vermag darin keinen Hinweis auf die betriebliche Herkunft zu erkennen.
Obwohl nicht auszuschliessen ist, dass im Einzelfall auch ein ästhetisches Stilelement als betrieblicher Herkunftshinweis erkannt wird, so erschöpfen sich die aufgeführten Merkmale im zu beurteilenden Fall darin, der Verpackung eine besonders attraktive Gestaltung zu verleihen (vgl. Noth, a.a.O., N. 75 zu Art. 2 lit. b MSchG). Mit ihrem Vorbringen, die fragliche "Wellenverpackung" habe mehrere bedeutende Designpreise gewonnen, was sie als wesentliches Indiz für die Unterscheidungskraft gewertet wissen will, verkennt die Beschwerdeführerin die unterschiedlichen Schutzvoraussetzungen im Marken- und Designrecht (dazu BGE 134 III 547 E. 2.3.1 S. 551; vgl. auch Ineichen, a.a.O., S. 201). Der Vorinstanz ist daher keine Bundesrechtsverletzung vorzuwerfen, wenn sie diesem Umstand keine entscheidende Bedeutung beigemessen hat.

3.3.7. Im Gesamteindruck wird die angemeldete Verpackungsform vom durchschnittlich aufmerksamen Endverbraucher als ansprechend gestaltete Fischverpackung wahrgenommen. Sie hebt sich von den für die beanspruchten Waren der Klasse 29 üblichen Verpackungen nicht in einer Weise ab, dass sie in Alleinstellung (ohne Wort- oder Bildelemente) als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen wahrgenommen würde. Dabei kann offenbleiben, ob sich die erwähnten Überlegungen ohne Weiteres auf die beanspruchten Dienstleistungen der Klasse 43 übertragen lassen, zumal die Beschwerdeführerin auf den Gemeingutcharakter der angemeldeten Form in Bezug auf diese Dienstleistungen nicht eigens eingeht und die Beschwerde den gesetzlichen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 2 BGG) in dieser Hinsicht nicht genügt.
Der Vorinstanz ist keine Bundesrechtsverletzung vorzuwerfen, wenn sie die angemeldete Verpackungsform mangels originärer Unterscheidungskraft dem Gemeingut im Sinne von Art. 2 lit. a MSchG zugerechnet hat. Da eine Verkehrsdurchsetzung nicht geltend gemacht wurde, hat die Vorinstanz der angemeldeten Form die Eintragung in das Markenregister daher zu Recht versagt.

4.
Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Gerichtskosten sind bei diesem Verfahrensausgang der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen werden keine zugesprochen (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 23. Mai 2011

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Klett

Der Gerichtsschreiber: Leemann