Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-6070/2007

{T 0/2}

Urteil vom 24. April 2008

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),
Richterin Maria Amgwerd,
Richter Bernard Maitre (Abteilungspräsident),
Gerichtsschreiberin Beatrice Brügger.

Parteien

Z._____,
vertreten durch Herr Fürsprecher Patrick Degen,
Falkenplatz 7, Postfach 8062, 3001 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Markeneintragungsgesuch Nr. 57948/2006
TRABECULAR METAL.

Sachverhalt:

A.
Mit Eingabe vom 5. September 2006 ersuchte die Beschwerdeführerin die Vorinstanz um Schutz für die Wortmarke 57948/2006 TRABECULAR METAL. Diese wurde für die folgenden Waren und Dienstleistungen der Klasse 10 hinterlegt:

> "Chirurgische und ärztliche Apparate und Instrumente; Prothesen, Endoprothesen und Revisionsprothesen und deren Bestandteile insbesondere Acetabulum-Komponenten, Femur- und Humerusschäfte und Gelenkersatzkomponenten; künstliche chirurgische Knieimplantate und Wirbelsäulenimplantate sowie deren Teile."

B.
Am 11. Oktober 2006 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, das Zeichen bestehe aus den englischen Begriffen "trabecular" und "metal". "Trabecular" werde mit "trabekulär" übersetzt. Dieses Wort stamme vom Begriff "Trabekel" ab, der im medizinischen Bereich eine Sachbezeichnung darstelle. Das Zeichen werde als "trabekuläres (Trabekel bildendes) Metall" verstanden. Es sei in Verbindung mit den beanspruchten Waren im medizinischen Bereich in der Klasse 10 direkt beschreibend bezüglich deren Art, Zweck und Eigenschaften und deshalb nicht unterscheidungskräftig. Weiter seien auch Konkurrenten darauf angewiesen, diese Wortkombination für ihre Waren zu verwenden. Das Zeichen sei deshalb auch freihaltebedürftig.

C.
Die Beschwerdeführerin bestritt mit Schreiben vom 29. November 2006 den Gemeingutcharakter des Zeichens. Sie machte geltend, zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehörten nicht nur medizinisches Fachpersonal, sondern auch Durchschnittsabnehmer. Patienten würden sich heute vermehrt über Krankheitsbilder, mögliche Therapien oder Hilfsmittel, wie Prothesen und Implantate, informieren. Der Durchschnittsabnehmer verstehe aber den Sinngehalt des Wortes "trabecular", das ursprünglich aus dem Lateinischen stamme, nicht. Im Weiteren stehe das Wort "Trabekel" oder "trabecula" nicht eindeutig und automatisch mit dem Knochenbau in Verbindung. Neben der Bezeichnung einer Knochenstruktur finde dieser Begriff ebenso Anwendung auf spezielle Bindegewebesepten und andere Gewebestränge im Herz, in den Lymphknoten, in der Milz und in den Schwellkörpern. Der

Abnehmer - gerade der medizinisch gebildete - könne dem Begriff "trabecular" angesichts dessen unterschiedlicher Bedeutung nicht einen eindeutigen Aussagegehalt zuordnen. "Trabecular" werde ausschliesslich als Fachwort zur Bezeichnung körpereigener Strukturen verwendet. Die Kombination mit dem Begriff Metall sei deshalb ungewöhnlich. "Trabecular" sei ein Adjektiv und könne sowohl im Sinne von "bezogen auf" wie auch "enthalten sein in" übersetzt werden. Die Abnehmer könnten deshalb nicht automatisch davon ausgehen, dass es sich um "Trabekel bildendes Metall" handle. Das Zeichen sei eine ungebräuchliche, fantasievolle sprachliche Neuschöpfung, die nicht umgangssprachlich benutzt werde und der auch im Hinblick auf die beanspruchten Waren kein ausschliesslich beschreibender Inhalt zugeordnet werden könne.

D.
Die Vorinstanz hielt mit Schreiben vom 26. Februar 2007 an der Zurückweisung fest. Ausgehend vom Begriff "trabecular" als Adjektiv von "trabecula" und dem direkt als "Metall" verständlichen Wort "metal" hielt sie dafür, die rein englischsprachige Bezeichung "trabecular metal" könne als "Metall in der Art eines kleinen Barrens, Stäbchens, Fibrillenbündels oder Septummembrans im Traggerüst eines Körperorgans oder -teils" verstanden werden. Internetrecherchen würden zeigen, dass es sich bei der hinterlegten Wortkombination sogar um einen Fachbegriff handle. Die beanspruchten Waren würden sich nicht direkt an Durchschnittskonsumenten richten. Abnehmer seien Spezialisten wie Chirurgen oder Ärzte. Diese seien mit medizinischen Sach- und Wortbezeichnungen vertraut. Im Weiteren sei es - wie eine Internetrecherche belege - üblich, Prothesen aus Metall herzustellen. Das Zeichen TRABECULAR METAL erweise sich demnach als direkt beschreibende Angabe. Dass es andere Wortverbindungen mit "trabecular" gäbe, die eine eigenständige Bedeutung hätten, vermöge keine Rolle zu spielen.

E.
Mit Eingabe vom 24. April 2007 ersuchte die Beschwerdeführerin um Zustellung einer beschwerdefähigen Verfügung.

F.
Am 20. Juli 2007 wies die Vorinstanz das Markeneintragungsgesuch gestützt auf Art. 2 Bst. a des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 28. August 1992 (Markenschutzgesetz,

MschG, SR 232.11) in Verbindung mit Art. 30 Abs. 2 Bst. c MschG für alle beanspruchten Waren der Klasse 10 zurück. Sie wiederholte in ihrer Verfügung die bereits vorgebrachten Argumente und kam zum Schluss, das Zeichen TRABECULAR METAL sei nicht unterscheidungskräftig und freihaltebedürftig.

G.
Die Beschwerdeführerin reichte am 11. September 2007 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde ein. Sie beantragt zusammengefasst, die Verfügung vom 20. Juli 2007 sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die Markenanmeldung Nr. 57948/2006 TRABECULAR METAL wie hinterlegt zu registrieren. Eventualiter sei das Markeneintragungsgesuch mit dem folgenden eingeschränkten Warenverzeichnis einzutragen:

> "Chirurgische und ärztliche Apparate und Instrumente; Prothesen, Endoprothesen und Revisionsprothesen und deren Bestandteile insbesondere Acetabulum-Komponenten, Femur- und Humerusschäfte und Gelenkersatzkomponenten; künstliche chirurgische Knieimplantate und Wirbelsäulenimplantate sowie deren Teile; alle die genannten Waren mit Metalbeschichtung."

Weiter wird beantragt, das Verfahren auf dem schriftlichen Weg zu erledigen.

Zur Begründung macht die Beschwerdeführerin geltend, das angemeldete Zeichen bestehe in einer Wortneuschöpfung, die weder beschreibend noch freihaltebedürftig sei. Bei den angebotenen Waren handle es sich um Implantate und Prothesen mit einer besonderen Beschichtung aus Metall. Die spezielle, poröse Metallbeschichtung stelle sicher, dass der Knochen besser anwachse. Die Technologie, die hinter den Produkten stehe, habe ein Unternehmen entwickelt, das von ihr übernommen worden sei. Bei "trabecular" handle es sich um ein englisches Adjektiv, das bestimmte bälkchenförmige Strukturen bezeichne. Das Wort stamme vom lateinischen "trabecula" (Bälkchen), der Diminutivform von "trabs", ab. "Trabecular" bzw. "trabecula" werde nur in der Anatomie verwendet. Die in der Fachliteratur abschliessend genannten Ausdrücke stellten ausschliesslich Hinweise auf bestimmte organische Strukturen dar. Der Begriff finde keine Anwendung in anderen Bereichen, namentlich nicht für künstliche bzw. anorganische Materialien oder ausserhalb der Anatomie. Es handle sich um ein Fremdwort aus

der Fachsprache, das vom Durchschnittsabnehmer - Patienten seien zu Unrecht nicht als Adressaten in Betracht gezogen worden - nicht verstanden werde. Vor dem Jahre 2000 seien die beanspruchten Waren unter einer anderen Produktebezeichnung verkauft worden. Erst nachdem diese zu "trabecular metal" geändert worden sei, habe sie Eingang in die Fachliteratur als Hinweis auf genau diese innovative Produktelinie gefunden. Es handle sich somit nicht um einen generischen Fachbegriff oder eine gebräuchliche Bezeichnung, sondern um eine unübliche Neuschöpfung. Bemängelt wird die Internetrecherche der Vorinstanz, bei der die Beweiskraft von Google-Hit-Listen massiv überschätzt werde. Die Recherchen würden im Übrigen zeigen, dass der Begriff ausschliesslich als Hinweis auf Produkte der Beschwerdeführerin erscheine. Dies bestätige auch, dass bei Konkurrenten offenbar kein Bedürfnis zur Verwendung des Zeichens bestehe.

H.
Mit Vernehmlassung vom 26. Oktober 2007 beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Sie nimmt dabei insbesondere zur Frage der Verkehrskreise und den Internetrecherchen Stellung.

I.
Auf die dargelegten und weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Der Entscheid der Vorinstanz stellt eine Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (VwVG, SR 172.021). 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).

1.2 Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt. Sie hat zudem ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung und Änderung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert

ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenüglich ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1 Nach Art. 2 Bst. a des Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 28. August 1992 (Markenschutzgesetz, MschG, SR 232.11) sind Zeichen, die Gemeingut sind, vom Markenschutz ausgeschlossen, es sei denn, dass sie sich als Marke für die Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben, für die sie beansprucht werden. Schutzunfähig sind solche Zeichen entweder weil sie im Alltagsleben unentbehrlich und daher als freihaltebedürftig nicht monopolisiert werden dürfen oder nicht hinreichend unterscheidungskräftig sind (vgl. BGE 131 III 121 E. 4.1 *Smarties/M&M's*, Urteil des Bundesgerichts 4A.13/1995 vom 20. August 1996 E. 4.a *Elle*, veröffentlicht in Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!] 1997 159, mit Hinweis auf BGE 118 II 181 E. 3 *Duo*).

Zum Gemeingut gehören nach der Rechtsprechung namentlich Zeichen, die sich in Angaben über die Beschaffenheit der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen erschöpfen und daher die zu deren Identifikation erforderliche Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft nicht aufweisen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn Zeichen die Art, Zusammensetzung, Qualität, Quantität, Bestimmung, den Gebrauchszweck, Wert, Ursprungsort oder die Herstellungszeit der Waren angeben, auf die sie sich beziehen. Der beschreibende Charakter solcher Hinweise muss von den angesprochenen Abnehmerkreisen dieser Waren und Dienstleistungen ohne besondere Denkarbeit und ohne Fantasieaufwand unmittelbar erkannt werden können (Urteil des Bundesgerichts 4C.439/2006 vom 4. April 2007 E. 5.1 *Eurojobs* mit Verweis auf BGE 131 III 495 E. 5 *Felsenkeller* und BGE 128 III 447 E. 1.5 *Premiere*).

Konkret unterscheidungskräftige, jedoch für den Geschäftsverkehr unentbehrliche (d.h. absolut freihaltebedürftige) Zeichen sind ebenfalls nicht schutzfähig und zudem keiner Verkehrsdurchsetzung zugänglich

(vgl. BGE 120 II 144 E. 3b.bb *Yeni Raki,* BGE 118 II 181 E. 3c *Duo*, BGE 117 II 321 E. 3 *Valser*). Die fehlende Unterscheidungskraft wie auch ein absolutes Freihaltebedürfnis können auch beim selben Zeichen gleichzeitig vorliegen (vgl. JÜRG MÜLLER, Unterscheidungskraft, Freihaltebedürfnis, Verkehrsdurchsetzung, in: INGRES (Hrsg.), Marke und Marketing, Bern 1990, S. 207; EUGEN MARBACH, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III, Kennzeichenrecht, Basel 1996, Markenrecht, S. 34).

Dass eine Angabe neuartig, ungewohnt oder fremdsprachig ist, schliesst ihren beschreibenden Charakter nicht aus. Entscheidend ist, ob das Zeichen nach dem Sprachgebrauch oder den Regeln der Sprachbildung von den beteiligten Verkehrskreisen in der Schweiz als Aussage über bestimmte Merkmale oder Eigenschaften der gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung aufgefasst wird (Urteil des Bundesgerichts 4C.439/2006 vom 4. April 2007 E. 5.1 *Eurojobs* mit Verweis auf BGE 108 II 487 E. 3 *Vantage*, BGE 104 Ib 65 E. 2 *Oister Foam*, BGE 103 II 339 E. 4c *More*, Urteil des Bundesgerichts 4A.5/2003 vom 22. Dezember 2003 E. 3.1 *Discovery Travel & Adventure Channel*, veröffentlicht in sic! 2004 400).

2.2 Marken sind im Gesamteindruck aus der Sicht der Abnehmerkreise zu beurteilen, an die das Angebot der Waren oder Dienstleistungen gerichtet ist (LUCAS DAVID, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz/Muster- und Modellgesetz, Basel 1999, MSchG Art. 2 N. 8 f.). Das Kriterium für die leichte Erkennbarkeit des beschreibenden Charakters bilden die im Einzelfall beanspruchten Waren oder Dienstleistungen. An die Stelle einer bei abstrakter Betrachtung vorhandenen Mehrdeutigkeit eines Zeichens kann nämlich ein eindeutiger Sinn mit beschreibendem Charakter treten, sobald das Zeichen in Beziehung zu einer bestimmten Ware oder Dienstleistung gesetzt wird (Urteil des Bundesgerichts 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 3.3 *Firemaster,* veröffentlicht in sic! 2005 278). Im Falle mehrdeutiger Zeichen ist entsprechend zu prüfen, welche Bedeutung im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen dominiert und deshalb für die markenrechtliche Beurteilung ausschlaggebend ist (Entscheid der Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] vom 27. Januar 2004 E. 7 *Europac*, in sic! 2004 671).

3.

3.1 Das Zeichen TRABECULAR METAL wird für "chirurgische und ärztliche Apparate und Instrumente; Prothesen, Endoprothesen und Revisionsprothesen und deren Bestandteile insbesondere Acetabulum-Komponenten, Femur- und Humerusschäfte und Gelenkersatzkomponenten, künstliche chirurgische Knieimplantate und Wirbelsäulenimplantate sowie deren Teile" beansprucht.

Es ist davon auszugehen, dass die massgebenden Verkehrskreise sich hier - zumindest die chirurgischen und ärztlichen Apparate und Instrumente betreffend - in erster Linie aus Ärzten und anderen medizinischen Fachpersonen zusammensetzen. In Bezug auf die Prothesen und Implantate macht die Beschwerdeführerin zwar zu Recht geltend, dass sich die Patienten diese mitunter selbst aussuchen bzw. bei deren Wahl mitbestimmen. Dies dürfte aber nur in Ausnahmefällen und zudem nur auf solche Patienten zutreffen, die sich die nötigen Informationen über medizinische Fragen und Fachausdrücke verschafft haben. Demnach setzen sich die massgeblichen Verkehrskreise aus Ärzten und medizinischen Fachpersonen, sowie - bei Prothesen und Implantaten - in begrenzter Zahl auch aus gut informierten medizinischen Laien zusammen. Soweit daher die konkrete Unterscheidungskraft des Zeichens TRABECULAR METAL geprüft wird, ist bei der Beurteilung der Schutzfähigkeit dieses Zeichens auf deren Sichtweise abzustellen.

Für die Beurteilung eines allfälligen Freihaltebedürfnisses wäre demgegenüber die Sichtweise der Konkurrenten der Hinterlegerin einer Marke massgebend (Christoph Willi, Markenschutzgesetz, Zürich 2002, Art. 2 N. 44). Im vorliegenden Fall handelt es sich dabei um Unternehmen, welche gleiche oder ähnliche Produkte herstellen und anbieten.

3.2 Das Zeichen TRABECULAR METAL setzt sich aus den Begriffen "trabecular" und "metal" zusammen. Es sind dies beides Begriffe in englischer Sprache. "Trabecular" ist in der englischen Sprache ein Adjektiv aus dem medizinischen Bereich, das mit "trabekulär" übersetzt wird (http://dict.leo.org > Englisch-Deutsch: trabecular, adj. [med.]: trabekulär; vgl. auch trabecula, of bone [pl. trabeculae] [anat.]: das Knochenbälkchen und bone trabecula [anat.]: das Knochenbälkchen). Laut dem klinischen Wörterbuch Psychrembel steht "Trabecula" lateinisch für Bälkchen, Trabekel (Psychrembel, Klinisches Wörterbuch, 261. Auflage, Berlin, New York 2007, S. 1936). "Metal" ist das englische Wort

für "Metall" (http://dict.leo.org > Englisch-Deutsch, besucht am 4. Februar 2008).

"Trabecular" kann von den Adressaten als englischsprachiges Adjektiv aufgefasst werden; nahe liegt aber auch der Schluss auf das fast gleich lautende lateinische Wort "trabecula" bzw. das deutsche "Trabekel", "trabekulär" oder das französische "trabécule", "trabéculaire" (Dictionnaire illustré des termes de médecine, 29. Aufl., Paris 2006, S. 862, le Grand Robert de la langue française, elektronische Version) und das italienische "trabecola", "trabecolare" (Devoto/Oli, edizione 2004-2005, elektronische Version). Medizinische Fachwörter dürften heute Ärzten und medizinischen Fachpersonen sowie auch den erwähnten, sich speziell für mögliche Prothesen oder Implantate interessierenden und daher um entsprechende Informationen nachsuchenden medizinischen Laien in englischer bzw. in lateinischer Sprache bekannt sein. Das englische Wort "metal" ist mit dem deutschen "Metall" respektive dem französischen "métal" nahezu identisch und dem italienischen "metallo" sehr ähnlich.

Es ist daher davon auszugehen, dass die angesprochenen Verkehrskreise die beiden Wörter "trabecular" und "metal" bzw. deren Kombination als "trabekuläres Metall" bzw. "bälkchenförmiges Metall" verstehen.

3.3 Die beanspruchten Waren lassen sich in zwei Kategorien einteilen: Zum einen geht es um "Prothesen, Endoprothesen und Revisionsprothesen und deren Bestandteile insbesondere Acetabulum-Komponenten, Femur- und Humerusschäfte und Gelenkersatzkomponenten; künstliche chirurgische Knieimplantate und Wirbelsäulenimplantate sowie deren Teile", zum anderen um "chirurgische und ärztliche Apparate und Instrumente".

3.3.1 Eine Prothese ist ein künstlicher Ersatz eines fehlenden Körperteils (Duden, Die deutsche Rechtschreibung, Mannheim, Leipzig, Wien, Zürich, 24. Aufl., 2006, S. 813). Implantate sind dem Körper eingepflanzte Gewebestücke oder Ähnliches (Duden, a.a.O., S. 525); in der Warenliste wird präzisiert, dass es sich um künstliche Implantate handelt.

Prothesen und künstliche Implantate können - unter anderem - aus Metall hergestellt werden. "Metal" beschreibt somit deren Beschaffenheit.

Das Zeichen TRABECULAR METAL lässt, wenn es im Zusammenhang mit Prothesen und Implantaten verwendet wird, folglich darauf schliessen, dass diese - ob ausschliesslich oder nicht kann dahingestellt bleiben - aus Metall bestehen, und dieses trabekulär, d.h. bälkchenförmig ist.

Die Liste der im vorliegenden Fall beanspruchten Waren hält fest, dass es sich insbesondere um Prothesen und künstliche Implantate für die Gelenkpfanne des Hüftgelenks (Acetabulum), für Oberschenkel- (Femur) und Oberarmknochen (Humerus) sowie für Knie und Wirbelsäule handelt. Dies sind Prothesen und künstliche Implantate welche Knochen entsprechen. Knochen bestehen im Innern aus einem schwammartigen Gerüstwerk feiner Knochenbälkchen (vgl. Knochengewebe, in: Pschyremel, a.a.O., S. 996). Dieser Teil des Knochengewebes kann aufgrund der Bälkchenstruktur mit dem Begriff "trabekulär" bzw. "bälkchenförmig" beschrieben werden. In der Fachliteratur findet sich denn auch der Begriff "trabekulärer Knochen" (z.B. neben vielen: RICHARD WEINKAMER, Der Umbauprozess im trabekulären Knochen, Max-Planck-Gesellschaft, Jahrbuch 2005, www.mpg.de > Bilder, Berichte, Dokumente > Dokumentation > Jahrbuch > Jahrbuch 2005 > MPI für Kolloid- und Grenzflächenforschung, Potsdam-Golm, besucht am 13. Februar 2008). Wenn das Adjektiv "bälkchenförmig" oder "trabekulär" im Zusammenhang mit dem Material für Prothesen oder künstliche Implantate, welche Knochen ersetzen, verwendet wird, zeigt es somit an, dass diese dem Knochengewebe nachgebildet sind.

Der Begriff "trabecular metal" beschreibt also einerseits das Material - Metall - aus dem Prothesen und Implantate hergestellt werden, anderseits die - gewissem Gewebe ähnliche - Art wie dieses Material geformt ist. Daraus folgt, dass sich die angemeldete Marke TRABECULAR METAL im Zusammenhang mit den hier zur Diskussion stehenden Waren ausschliesslich als Beschaffenheitsangabe erweist, die geeignet ist im Verkehr ohne Fantasieaufwand die Art und Zusammensetzung der Ware, auf die sie sich bezieht, anzugeben. Er beschreibt eine wichtige Eigenschaft der Waren, nicht aber deren Herkunft.

Nicht von Bedeutung ist die Frage, ob das Zeichen allenfalls auch für andere Prothesen und Implantate, bei denen das entsprechende Körpergewebe anders, d.h. nicht bälkchenförmig, strukturiert ist (vgl. "insbesondere" in der Warenliste), verwendet wird bzw. werden könnte. Ist ein Zeichen nämlich für ein Erzeugnis unmittelbar beschreibend, lässt es sich auch für den Oberbegriff dieses Erzeugnisses selbst dann nicht als Marke schützen, wenn es für andere unter den selben Oberbegriff fallende Erzeugnisse nicht beschreibend ist (RKGE vom 29. Juli 2003 in sic! 2004 220 E. 12 *smartModule/smartCore*).

3.3.2 Die Warenliste umfasst, wie bereits erwähnt, auch "chirurgische und ärztliche Apparate und Instrumente".

Es ist davon auszugehen, dass chirurgische und ärztliche Apparate und Instrumente häufig aus Metall hergestellt werden bzw. einen Metallanteil aufweisen. TRABECULAR METAL könnte somit auch in Bezug auf diese Waren als Hinweis auf deren Beschaffenheit aufgefasst werden. Wie das Zeichen bzw. dessen Schutzfähigkeit in dieser Hinsicht zu beurteilen wäre, kann hier indessen offen gelassen werden.

Die angesprochenen Verkehrskreise können das Zeichen in Bezug auf diese Waren nämlich auch als deren Einsatz- bzw. Verwendungszweck definierend verstehen: TRABECULAR METAL als Bezeichnung für chirurgische und ärztliche Apparate und Instrumente, die sich für den Gebrauch im Zusammenhang mit trabekulärem Metall eignen. TRABECULAR METAL beschreibt somit den Gebrauchszweck dieser Waren.

Damit erweist sich das Zeichen auch bezüglich den Waren "chirurgische und ärztliche Apparate und Instrumente" als beschreibend.

3.4 Die Beschwerdeführerin beantragt eventualiter, die Warenliste mit dem Zusatz "alle die genannten Waren mit Metallbeschichtung" einzutragen.

Damit macht die Beschwerdeführerin zwar selber deutlich, dass die Waren eine Beschichtung aus Metall haben; an der Feststellung, dass das Zeichen bezüglich der beanspruchten Waren beschreibend ist, vermag diese Einschränkung indessen nichts zu ändern.

Der Eventualantrag führt deshalb zu keiner anderen Beurteilung des Zeichens.

3.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Zeichen TRABECULAR METAL für die beanspruchten Waren beschreibend, d.h. nicht unterscheidungskräftig ist. Dass sich das Zeichen im Geschäftsverkehr durchgesetzt hätte, wird von der Beschwerdeführerin nicht behauptet und ist auch aus den Akten nicht ersichtlich.

TRABECULAR METAL ist folglich dem Gemeingut zuzurechnen.

Ob am Zeichen TRABECULAR METAL ein absolutes Freihaltebedürfnis besteht, kann unter diesen Umständen offen bleiben.

Die Vorinstanz hat dem zur Anmeldung gebrachten Zeichen Nr. 57948/2006 in Bezug auf die beanspruchten Waren den Markenschutz somit zu Recht verweigert.

Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

4.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Gerichtsgebühr zu tragen (Art. 63 Abs. 1VwVG). Die Spruchgebühr des Beschwerdeverfahrens ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien zu bestimmen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Bei Markeneintragungsgesuchen geht es um Vermögensinteressen. Die Gerichtsgebühr richtet sich demnach nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). Die Schätzung des Streitwertes hat sich an den Erfahrungswerten zu orientieren, wobei bei eher unbedeutenden Zeichen grundsätzlich 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).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Kosten des Beschwerdeverfahrens im Umfang von Fr. 2'500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten

Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 500.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (mit Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (mit Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (mit Gerichtsurkunde)

Der Abteilungspräsident: Die Gerichtsschreiberin:

Bernard Maitre Beatrice Brügger

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14 Beschwerde in zivilrechtlichen Angelegenheiten 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: 25. April 2008