Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-3377/2010
{T 0/2}

Urteil vom 28. Juli 2010

Besetzung

Richter Philippe Weissenberger (Vorsitz),
Richterin Vera Marantelli, Richter Claude Morvant,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Thomas Audétat,
Hartbertstrasse 1, Postfach, 7001 Chur,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Markeneintragungsgesuch 53766/2009 RADIANT APRICOT.

Sachverhalt:

A.
Am 3. April 2009 ersuchte X._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE, nachfolgend: Vorinstanz) um Eintragung der Wortmarke RADIANT APRICOT für folgende Waren der Klasse 3:

Seifen, Parfümeriewaren, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer, Zahnputzmittel.

B.
Mit Schreiben vom 20. Juli 2009 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, das zur Eintragung angemeldete Zeichen gehöre zum Gemeingut und könne deshalb nicht als Marke eingetragen werden. Für Seifen und Mittel zur Körper- und Schönheitspflege stelle die Kombination einer Qualitätsangabe mit einer Farbbezeichnung eine direkt beschreibende Angabe dar, hinter welcher die Abnehmer keine betriebliche Herkunft erkennen würden; dem Zeichen fehle es an Unterscheidungskraft und es sei freihaltebedürftig. Für die restlichen Waren, namentlich Parfümeriewaren, ätherische Öle, Haarwässer und Zahnputzmittel, sei das Zeichen hingegen unbestimmt und schutzwürdig.

Mit Schreiben vom 14. September 2009 bestritt die Beschwerdeführerin den beschreibenden Charakter des Zeichens. Insbesondere sei das Wort "radiant" nicht dem englischen Grundwortschatz zuzurechnen und werde daher von den Konsumenten auch nicht als beschreibend verstanden. Zudem verfüge das Zeichen über eine genügende Unterscheidungskraft, da vergleichbare Zeichen von der Vorinstanz eingetragen worden seien.

Die Vorinstanz hielt mit Schreiben vom 14. Dezember 2009 an der Zurückweisung des Markeneintragungsgesuchs für die Waren "Seifen" und "Mittel zur Körper- und Schönheitspflege" fest. "Radiant" sei ein Begriff des englischen Grundwortschatzes und unterscheide sich nur geringfügig vom betreffenden französischen und italienischen Begriff. Beim zweiten Zeichenbestandteil "Apricot" handle es sich einerseits um die englische und französische Bezeichnung für Aprikose, andererseits um eine im deutschen, französischen und englischen Sprachgebrauch verwendete Farbbezeichnung. Der für die beanspruchten Waren massgebende Abnehmerkreis seien Durchschnittsabnehmer sowie

Fachleute aus dem Kosmetikbereich. Das Zeichen beschreibe direkt die Art und Beschaffenheit von Seifen und Mitteln zur Körper- und Schönheitspflege, nämlich die Farbe des Produkts. Diese stelle ein massgebendes Kaufkriterium dar. Im Zusammenhang mit den genannten Waren fehle es daher an der erforderlichen konkreten Unterscheidungskraft. Das Zeichen müsse zudem im Zusammenhang mit den in Frage stehenden Waren den anderen Wirtschaftsteilnehmern zur Benutzung zur Verfügung stehen, was vorliegend zusätzlich ein Freihaltebedürfnis begründe. Die von der Beschwerdeführerin im Rahmen der Geltendmachung einer Gleichbehandlung angeführten Voreintragungen würden sich hinsichtlich der Zeichenzusammensetzung in wesentlichen Punkten vom strittigen Zeichen unterscheiden. Angesichts der Tatsache, dass RADIANT APRICOT bezüglich der strittigen Waren einen für die angesprochenen Verkehrskreise klar erkennbaren und beschreibenden Wortsinn besitze, liege kein Grenzfall vor.

Am 15. Februar 2010 ersuchte die Beschwerdeführerin die Vorinstanz um den Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung.

C.
Mit Verfügung vom 31. März 2010 hiess die Vorinstanz das Markeneintragungsgesuch für folgende Waren der Klasse 3 gut: Parfümeriewaren, ätherische Öle, Haarwässer, Zahnputzmittel. Hinsichtlich der Waren Seifen sowie Mittel zur Körper- und Schönheitspflege wurde das Markeneintragungsgesuch zurückgewiesen. Zur Begründung verwies die Vorinstanz auf ihre Ausführungen im Schreiben vom 14. Dezember 2009.

D.
Mit Eingabe vom 10. Mai 2010 erhob die Beschwerdeführerin dagegen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das Zeichen für sämtliche beanspruchten Waren der Klasse 3 einzutragen.

Das Zeichen weise keinen Gemeingutcharakter auf. Es sei nicht ersichtlich, weshalb bei Seifen sowie Mitteln für die Körper- und Schönheitspflege von einem beschreibenden Charakter ausgegangen werde, bei Parfümeriewaren, ätherischen Ölen, Haarwässer und Zahnputzmitteln jedoch nicht. Zahlreiche Marken mit vergleichbaren Wortkombi-

nationen seien von der Vorinstanz eingetragen worden; dadurch verletze die Vorinstanz das Gleichbehandlungsgebot.

E.
Mit Vernehmlassung vom 14. Juni 2010 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen. Sie halte an der im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens und namentlich im Schreiben vom 14. Dezember 2009 angeführten Begründung fest. Angesichts der Verbreitung der englischen Sprache, der Üblichkeit der Verwendung der Bezeichnung "radiant" mit Farbbezeichnungen im vorliegenden Warensegment, auch in der Schweiz, sei entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass alle angesprochenen schweizerischen Verkehrskreise (nicht nur die Durchschnittskonsumenten, sondern insbesondere Fachleute aus dem Kosmetikbereich) die Bedeutung des Zeichens erkennen würden. Für die nicht beanstandeten Parfümeriewaren, ätherischen Öle, Haarwässer und Zahnputzmittel stelle die Farbe kein Kaufkriterium dar; diese Waren würden beispielsweise wegen ihres Dufts oder der Inhaltsstoffe gekauft. Demgegenüber stelle die im Zeichen enthaltene Farbbezeichnung für Seifen sowie für Waren, welche unter den Oberbegriff "Mittel zur Körper- und Schönheitspflege" fallen, ein Kaufkriterium oder eine wesensbestimmende Angabe dar. Die Abnehmer verstünden den Sinngehalt des Zeichens daher lediglich als Hinweis auf die Farbe des so bezeichneten Produkts, nicht jedoch als individualisierenden Hinweis auf eine bestimmte betriebliche Herkunft. Bezüglich der von der Beschwerdeführerin unter dem Aspekt der Gleichbehandlung zitierten Voreintragungen weist die Vorinstanz auf die diesbezüglichen Unterschiede hin und fügt an, dass aufgrund eines Voreintrags kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht geltend gemacht werden könne.

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 Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerde-

führung 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 Beschwerde ist daher einzutreten.

2.
Die Beschwerde ist nur im Rahmen des Streitgegenstandes zulässig. Dieser wird durch den Gegenstand des angefochtenen Entscheids und durch die Parteibegehren bestimmt, wobei der angefochtene Entscheid den möglichen Streitgegenstand begrenzt (BGE 133 II 35 E. 2). Vorliegend richtet sich die Beschwerde gegen die Nichteintragung des Zeichens RADIANT APRICOT für die Waren "Seifen" sowie "Mittel zur Schönheits- und Körperpflege" der Klasse 3; für die übrigen ebenfalls beanspruchten Waren der Klasse 3 wurde das Zeichen eingetragen.

3.
Nach Art. 2 Bst. a des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11) sind Zeichen des Gemeinguts vom Markenschutz ausgeschlossen, es sei denn, sie hätten sich als Marke für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht werden, im Verkehr durchgesetzt.

3.1 Als Gemeingut gelten einerseits Zeichen, die für den Wirtschaftsverkehr freizuhalten sind, und andererseits Zeichen, denen die für die Individualisierung der Ware oder Dienstleistung des Markeninhabers erforderliche Unterscheidungskraft fehlt (vgl. EUGEN MARBACH, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, Markenrecht, 2. Aufl., Basel 2009, N. 247; CHRISTOPH WILLI, in: Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 2, N. 34). Zu Letzteren gehören unter anderem beschreibende Angaben. Diese nehmen unmissverständlich auf den Kennzeichnungsgegenstand Bezug, indem sie eine direkte Aussage über bestimmte Eigenschaften oder die Beschaffenheit der zu kennzeichnenden Ware machen. Es handelt sich namentlich um Angaben, die geeignet sind, im Verkehr als Hinweis auf Art, Zusammensetzung, Qualität, Quantität, Bestimmung, Gebrauchs-

zweck, Wirkung, Wert, Ursprungsort oder Herstellungsort aufgefasst zu werden (BGE 128 III 447 E. 1.5 – *Première*, BGE 118 II 181 E. 3b – *Duo*, mit Hinweisen).

3.2 Der Umstand, dass das Zeichen Gedankenassoziationen weckt oder Anspielungen enthält, die nur entfernt auf die Waren oder Dienstleistungen hindeuten, begründet nicht Gemeingut. Der gedankliche Zusammenhang mit den Waren oder Dienstleistungen muss vielmehr derart sein, dass der beschreibende Charakter des Zeichens für einen erheblichen Teil der schweizerischen Markenadressaten ohne besondere Denkarbeit oder besonderen Aufwand an Fantasie zu erkennen ist (BGE 131 III 495 E. 5 – *Felsenkeller*, BGE 128 III 447 E. 1.5 – *Première*).

3.3 Bei Wortverbindungen oder aus mehreren Einzelwörtern zusammengesetzten Zeichen ist zunächst der Sinn der einzelnen Bestandteile zu ermitteln und dann zu prüfen, ob sich aus ihrer Verbindung im Gesamteindruck ein die Ware oder die Dienstleistung beschreibender, unmittelbar verständlicher Sinn ergibt (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-516/2008 vom 23. Januar 2009 E. 3 – *After hours* und B-5518/2007 vom 18. April 2008 E. 4.2 – *Peach Mallo*w). Bei der Gesamtwürdigung der einzelnen Bestandteile der Marke sind als massgebende Kriterien insbesondere die lexikalische Nähe der Marke, die zeitliche und örtliche Aktualität des Sinngehalts und die Produktnähe aus der Sicht des Marktes zu berücksichtigen (DAVID ASCHMANN, in: Michael G. Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], Bern 2009, Art. 2 lit. a, N. 100 ff.).

3.4 Die Markenprüfung erfolgt in Bezug auf alle vier Landessprachen. Dabei kommt jeder Sprache der gleiche Stellenwert zu. Eine Eintragung kann bereits dann verweigert werden, wenn das Zeichen in einem einzigen Sprachgebiet der Schweiz als beschreibend verstanden wird (BGE 131 III 495 E. 5 – *Felsenkelle*r, BGE 128 III 447 E. 1.5 – *Première*, BGE 127 III 160 E. 2b.aa – *Securitas*). Zu Zeichen in anderen, namentlich englischer Sprache, vgl. unten E. 5.2.

4.

Die Frage der Unterscheidungskraft bzw. ob eine Marke eine Beschaffenheitsangabe darstellt, ist aus Sicht der angesprochenen Abnehmerkreise für die jeweiligen Waren zu beurteilen (BGE 128 III 451 E. 1.6 – *Première*; MARBACH, a.a.O., N. 212). Dabei sind in erster Linie Abnehmer und Endkonsumenten entsprechender Waren massgeblich

(ASCHMANN, a.a.O., Art. 2 lit. a, N. 22; MARBACH, a.a.O., N. 180). Neben der Sicht der Abnehmerkreise ist auch die Wahrnehmung von Zwischenhändlern und anderen Fachleuten zu berücksichtigen. An Fachleute und Endkonsumenten zugleich vertriebene Waren sind vor allem aus der Sicht der am wenigsten markterfahrenen und grössten Gruppe der Letztabnehmer zu beurteilen (ASCHMANN, a.a.O., Art. 2 lit. a, N. 25; MARBACH, a.a.O., N. 266).

4.1 Vorliegend setzt sich der relevante Abnehmerkreis, wie von der Vorinstanz zutreffend dargelegt, aus den schweizerischen Durchschnittskonsumenten sowie aus Fachleuten aus dem Kosmetikbereich (Verkaufspersonal, Zwischenhändler, Kosmetikerinnen) zusammen. Da es sich um Waren handelt, die zugleich an Fachleute und Endkonsumenten vertrieben werden und es sich bei den Letztabnehmern um die grösste Gruppe des relevanten Abnehmerkreises handelt, ist bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft des Zeichens insbesondere auf das Verständnis der Endkonsumenten abzustellen.

4.2 Zur Bestimmung der massgeblichen Abnehmer- bzw. Verkehrskreise gehört die Abwägung der üblichen Aufmerksamkeit, mit der sie das zu beurteilende Zeichen wahrnehmen und interpretieren (ASCHMANN, a.a.O., Art. 2 lit. a, N. 26). Da es sich bei den beanspruchten Waren der Klasse 3 um Konsumgüter handelt, werden sie von den massgeblichen Verkehrskreisen mit durchschnittlicher Aufmerksamkeit eingekauft (vgl. BGE 134 III 547 E. 2.3.3 – *Panton Freischwinger*, BGE 122 III 382 E. 1 – *Kamillosan*).

5.

5.1 Um beurteilen zu können, ob das Zeichen RADIANT APRICOT in Bezug auf die beanspruchten Waren der Klasse 3 einen beschreibenden Charakter aufweist, ist das aus zwei Worten zusammengesetzte Zeichen als Ganzes zu betrachten (BGE 134 III 547 E. 2.3.1 – *Panton Freischwinger*). Zu diesem Zweck ist zunächst der Sinngehalt der einzelnen Bestandteile zu ermitteln und sodann zu prüfen, ob sich aus deren Kombination ein beschreibender, unmittelbar verständlicher Sinn ergibt (vgl. E. 3.3), der von den angesprochenen Abnehmerkreisen (vgl. E. 4) ohne besondere Denkarbeit oder besonderen Fantasieaufwand als Hinweis auf die Beschaffenheit der fraglichen Waren aufgefasst wird (vgl. E. 3.1).

5.2 Auch englischsprachige Ausdrücke können zum Gemeingut gehören, falls sie von einem erheblichen Teil der Abnehmerkreise verstanden werden (BGE 128 III 225 E. 5.1 – *Masterpiece*). Als Massstab dient dabei, ob der Ausdruck zum englischen Grundwortschatz zählt, der vom breiten Schweizer Publikum verstanden wird (BGE 125 III 193 E. 1c – *Budweiser*, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-1364/2008 vom 26. August 2009 E. 3.2, mit Hinweisen – *On the beach* und B-684/2009 vom 24. Juni 2009 E. 3.2, mit Hinweisen – *Outperform.Outlast.*). Ein englischer Grundwortschatz kann nur aufgrund von Indizien ermittelt werden; es existiert keine offizielle Festlegung eines solchen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8186/2008 vom 23. Februar 2010 E. 3.3, mit Hinweisen – *Babyrub*). Die Rechtsprechung hat sich in zahlreichen Einzelfällen dazu geäussert, ob ein bestimmter englischer Begriff dem Grundwortschatz zuzurechnen ist (vgl. eine Übersicht zur Kasuistik bei ASCHMANN, a.a.O., Art. 2 lit. a, N. 112 f.). Zum Grundwortschatz einer Fremdsprache zählt unter anderem Schulwissen; dabei existieren jedoch Unterschiede je nach Ausbildung und Beruf (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8186/2008 vom 23. Februar 2010 E. 3.4, mit Hinweisen – *Babyrub)*. Zu beachten ist, dass Einträge in Wörterbüchern keine Belege für das hiesige Sprachwissen bieten, jedoch als Indizien gelten. Grundkenntnisse der englischen Sprache sind in der Schweiz verbreitet; dem Durchschnittskonsumenten können jedoch keine zu weitgehenden Sprachkenntnisse zugemutet werden (ASCHMANN, a.a.O., Art. 2 lit. a, N. 111). Dagegen verfügen Fachkreise in ihrem Fachgebiet zumeist über erhöhte Englischkenntnisse (Urteil des Bundesgerichts 4A_455/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 4.3 – *AdRank*). Technische Ausdrücke aus dem Berufsjargon oder der gehobenen Fachsprache werden oft von den entsprechenden Berufs- und Fachkreisen verstanden; die Produktnähe eines solchen Sinngehalts ist jedoch nur zu bejahen, wenn die Fachkreise einen wesentlichen oder gar den hauptsächlich massgebenden Verkehrskreis am betreffenden Markt ausmachen (ASCHMANN, a.a.O., Art. 2 lit. a, N. 148, mit Hinweisen).

5.3 Das strittige Zeichen besteht aus einer Kombination der beiden Worte "radiant" und "apricot".

5.3.1 Das englische Adjektiv "radiant" bedeutet strahlend/glänzend oder, in der Physik, Strahlungs... (-energie); weiter wird es mit (techn.) strahlenförmig (angeordnet) oder als Substantiv mit Strahl(ungs)punkt übersetzt (Langenscheidt, Handwörterbuch Englisch, Berlin et. al.

2005; Langenscheidt, Premium, Schulwörterbuch Englisch, Berlin et. al. 2009). Es ist festzuhalten, dass "radiant" nicht durchgehend in den Wörterbüchern enthalten ist (es fehlt bspw. in PONS, Basiswörterbuch Schule, Englisch, Stuttgart 2006), was als Indiz dafür gewertet werden kann, dass es nicht dem Grundwortschatz zuzurechnen ist. "Radiant" dürfte eher dem gehobenen Schulwissen zuzurechnen sein, insbesondere da mit dem Wort "bright" ein geläufigeres Synonym vorhanden ist. Dieser Umstand ist jedoch vorliegend nicht entscheidend, wie nachfolgend dargelegt wird.

5.3.2 Englische Wörter, die nicht dem Grundwortschatz zuzurechnen sind und im Alltag kaum gebraucht werden, können gleichwohl vom grossen Teil der massgeblichen Abnehmer verstanden werden. Dies gilt u.a. für Wörter, die denen einer Landessprache entsprechen oder ähnlich sind (BGE 108 II 487 E. 3 – *Vantage*; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-3394/2007 vom 29. September 2008 E. 4.3 – *Salesforce.com* sowie B-6430/2008 vom 24. November 2009 E. 3.3.1 – *IPhone*; ASCHMANN, a.a.O., Art. 2 lit. a, N. 111, mit Hinweisen). Sowohl im Französischen als auch im Italienischen existieren Begriffe, die aus demselben Wortstamm gebildet und in beiden Sprachen geläufig sind: "radiant, -e" als Adjektiv bedeutet ausstrahlend; das Adjektiv "radieux, -euse" bedeutet strahlend; das italienische Adjektiv "raggiante" bedeutet ausstrahlend, leuchtend, strahlend. Angesichts der grossen Ähnlichkeit dieser Wörter im Französischen und Italienischen zum englischen Wort "radiant" ist davon auszugehen, dass der massgebliche Abnehmerkreis (vgl. E. 4.1), zumindest im französischsprachigen und italienischsprachigen Gebiet der Schweiz, die Bedeutung des Begriffs "radiant" erkennt bzw. aus den erwähnten Worten im Französischen und Italienischen hinreichend genau ableiten kann.

5.3.3 Der englische Begriff "Apricot" bedeutet als Substantiv Aprikose, als Adjektiv aprikosenfarben (PONS, Basiswörterbuch Schule, Englisch, Stuttgart 2006; Langenscheidt, Premium, Schulwörterbuch Englisch, Berlin et. al. 2009; Langenscheidt, Handwörterbuch Englisch, Berlin et. al. 2005). Es ist unbestritten und bedarf keiner näheren Erläuterung, dass "Apricot" von den massgebenden Abnehmerkreisen verstanden und sowohl als Bezeichnung für "Aprikose" als auch als Farbbezeichnung aufgefasst werden kann.

5.4 Die Wortkombination RADIANT APRICOT wird somit vom massgeblichen Abnehmerkreis, entgegen der Ansicht der Beschwerde-

führerin, ohne besondere Denkarbeit und ohne Fantasieaufwand als strahlend(es) apricot (-farben) aufgefasst. Der Vorinstanz ist darin zuzustimmen, dass "radiant" dabei der richtige und regelmässig verwendete Begriff zur Bezeichnung der Leuchtkraft einer Farbe ist und im Zusammenhang mit Kosmetika häufig benutzt wird.

5.5 Nicht sämtliche Zeichen, die eine Farbbeschreibung enthalten, stehen im Gemeingut; sie sind aber dann nicht schutzfähig, wenn sie mit einem beschreibenden Sinngehalt verstanden werden, am betreffenden Markt oft vorkommen oder anpreisend wirken (ASCHMANN, a.a.O., Art. 2 lit. a, N. 173, mit Hinweisen). In Bezug auf die vorliegend beanspruchten Waren (Seifen sowie Mittel zur Körper- und Schönheitspflege) wird das Zeichen mit dem beschreibenden Sinngehalt strahlend(es) apricot (-farben) verstanden und stellt damit eine Beschaffenheitsangabe in Bezug auf ebendiese Waren dar. Es ist aus Sicht des Abnehmers kaum vorstellbar, dass die fraglichen Produkte oder zumindest ein Teil derselben, beispielsweise Seife, Lidschatten, Lippenstift oder andere Kosmetika, eine andere Farbe aufweisen würden. Dabei handelt es sich um eine Angabe, die geeignet ist, als Hinweis auf die Art des Produkts aufgefasst zu werden (vgl. E. 3.1 am Ende). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ist insbesondere bei Kosmetika die Farbe üblicherweise auf dem Produkt angegeben und für den Kaufentscheid ausschlaggebend. Überdies ist ein Zeichen bereits dann vom Markenschutz auszuschliessen, wenn es auch nur für einen Teil der unter den beanspruchten Oberbegriff (vorliegend Seifen sowie Mittel zur Körper- und Schönheitspflege) fallenden Waren beschreibend ist (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-7204/2007 vom 1. Dezember 2008 E. 6 – *Stencilmaster* sowie B-613/2008 vom 6. November 2008 E. 3.4 am Ende – *Nanobone*). Daher ist der Umstand, dass auch Produkte unter die fraglichen Oberbegriffe fallen, für die im Einzelfall der Begriff RADIANT APRICOT nicht beschreibend sein sollte, da die Farbe für den Abnehmer lediglich eine untergeordnete Rolle spielt, unbeachtlich.

5.6 Als Zwischenfazit ergibt sich, dass der Sinngehalt des Zeichens, das "radiant" und "apricot" kombiniert, für die beanspruchten Waren Seifen sowie Mittel- zur Körper- und Schönheitspflege als Aussage über deren Farbe verstanden werden kann, weshalb das Zeichen, zumindest im französisch- und italienischsprachigen Gebiet der Schweiz, als direkt beschreibend zu qualifizieren ist, obgleich "radiant" wohl nicht dem englischen Grundwortschatz zuzurechnen ist (vgl.

E. 5.3.1). Das Zeichen ist somit für die vorliegend beanspruchten Waren nicht unterscheidungskräftig und daher dem Gemeingut nach Art. 2 Bst. a MSchG zuzurechnen.

Ob auch ein Freihaltebedürfnis am Zeichen in Bezug auf die beanspruchten Waren besteht, kann vorliegend offen gelassen werden, da es diesem bereits an der konkreten Unterscheidungskraft fehlt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7424/2006 vom 12. November 2007 E. 3.5 am Ende – *Bona*).

6.
Die Beschwerdeführerin beruft sich auf den Gleichbehandlungsgrundsatz und macht unter diesem Aspekt geltend, die Vorinstanz habe in zahlreichen anderen Fällen vergleichbare Wortkombinationen für Waren der Klasse 3, u.a. für Mittel zur Körper- und Schönheitspflege sowie Seifen und Parfümeriewaren, eingetragen.

6.1 Nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz sind juristische Sachverhalte nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich zu behandeln (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Die gleiche Behörde darf nicht ohne sachlichen Grund zwei rechtlich gleiche Sachverhalte unterschiedlich beurteilen. Wegen der Problematik einer erneuten Beurteilung der Eintragungsfähigkeit einer Marke, die seit Jahren im Markenregister eingetragen ist, muss das Kriterium, wonach Sachverhalte "ohne Weiteres" vergleichbar sein müssen, restriktiv angewendet werden, zumal bereits geringfügige Unterschiede im Hinblick auf die Beurteilung der Schutzfähigkeit eines Zeichen von grosser Bedeutung sein können (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-653/2009 vom 14. April 2009 E. 7.1, mit Hinweisen – *Express Advantage*). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Anspruch auf Eintragung eines Zeichens, für welches ein absoluter Ausschlussgrund besteht, unter dem Titel der Gleichbehandlung nur zu bejahen, wenn die Voraussetzungen der Gleichbehandlung im Unrecht erfüllt sind (Urteil des Bundesgerichts 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3 – *Firemaster*). Weicht die Praxis in Einzelfällen vom Recht ab, kann aufgrund eines solchen Voreintrags kein Recht auf Gleichbehandlung im Unrecht geltend gemacht werden. Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht wird nur anerkannt, wenn eine ständige gesetzeswidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und die Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzu-

weichen gedenke (Urteil des Bundesgerichts 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3 – *Firemaster*; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-7412/2006 vom 1. Oktober 2008 E. 10 – *Afri Cola* sowie B-7427/2006 vom 9. Januar 2008 E. 9.1 – *Chocolat Pavot [fig.]*). Ältere Voreintragungen widerspiegeln grundsätzlich nicht die aktuelle Praxis und sind unter dem Aspekt der Gleichbehandlung unbeachtlich (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2052/2008 vom 6. November 2008 E. 4.2, mit Hinweisen – *Kugeldreieck [fig.]*).

6.2 Die Vorinstanz hat sich mit Vernehmlassung vom 14. Juni 2010 mit der Vergleichbarkeit der angeführten voreingetragenen Zeichen mit dem Zeichen RADIANT APRICOT auseinandergesetzt. Den Ausführungen der Vorinstanz ist weitgehend zu folgen. Die zitierte Marke COOL BLUE wurde 1984 eingetragen und ist daher aufgrund ihres Alters unter dem Gleichbehandlungsaspekt nicht mehr aussagekräftig (vgl. E. 6.1. am Ende). DREAM OF PINK und RED DELICIOUS (beide eingetragen u.a. für Seifen sowie Mittel zur Körper- und Schönheitspflege) sind aufgrund der unterschiedlichen Zeichenbildung und den unterschiedlichen Sinngehalten nicht mit RADIANT APRICOT vergleichbar, da sie weder identisch sind noch ein vergleichbar klarer Hinweis auf die Beschaffenheit (reine Farbangabe) der entsprechenden Produkte vorliegt.

6.3 In Bezug auf das Zeichen RADIANT SILVER räumt die Vorinstanz zwar zutreffenderweise ein, dass dieses nach Art und Weise der Zeichenbildung, dem Sinngehalt sowie den beanspruchten Waren vergleichbar ist. Dennoch sind die Voraussetzungen des Anspruchs auf Gleichbehandlung bzw. Gleichbehandlung im Unrecht vorliegend nicht erfüllt, da sich allein daraus keine ständige gesetzeswidrige Praxis der Vorinstanz ableiten lässt, die die Vorinstanz auch in Zukunft anzuwenden beabsichtigen würde, was von der Beschwerdeführerin im Übrigen auch nicht geltend gemacht wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3 – *Firemaster*).

7.

Zusammengefasst ergibt sich, dass die Verweigerung der Eintragung der Marke RADIANT APRICOT für die Waren "Seifen" sowie "Mittel zur Körper- und Schönheitspflege" rechtmässig war. Die Beschwerde ist daher abzuweisen. Aus dem Umstand, dass das Zeichen für andere Waren derselben Warenklasse eingetragen worden ist, kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten.

8.

Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und mit dem am 31. Mai 2010 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 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 73.320.2]). Bei Markeneintragungen geht es um Vermögensinteressen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich folglich nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). Die Schätzung des Streitwertes hat sich nach Lehre und Rechtsprechung an Erfahrungswerten aus der Praxis zu orientieren, wobei bei eher unbedeutenden Zeichen grundsätzlich ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.– und Fr. 100'000.– angenommen werden darf (BGE 133 III 490 E. 3.3 - *Turbinenfuss [3D]*). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Es sprechen keine konkreten Anhaltspunkte für einen höheren oder niedrigeren Wert der strittigen Marke. Der Vorinstanz ist als Bundesbehörde keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. MA-Prüf4 mrs/53766/2009; Gerichtsurkunde)
- das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, EJPD (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

Philippe Weissenberger Astrid Hirzel

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 72 Abs. 2 Bst. b Ziff. 2, 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 28. Juli 2010