



Abteilung II
B-6313/2009
{T 0/2}

Urteil vom 15. Oktober 2010

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz), Richter Hans Urech,
Richterin Vera Marantelli,
Gerichtsschreiberin Kathrin Bigler.

Parteien

X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Patrick Troller und
Rechtsanwalt lic. iur. Silvan Meier, Schweizerhofquai 2,
Postfach, 6002 Luzern,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Verfügung vom 2. September 2009 betreffend Marken-
eintragungsgesuch Nr. 53008/2008 (dreidimensionale
Marke).

Sachverhalt:

A.

Am 6. März 2008 ersuchte die Beschwerdeführerin das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (Vorinstanz) um Eintragung einer dreidimensionalen, von der Beschwerdeführerin "Wellenverpackung" genannten Marke für folgende Waren und Dienstleistungen (Gesuch Nr. 53008/2008):

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.

Die Marke hat folgendes Aussehen:



Die Vorinstanz beanstandete die Anmeldung mit Schreiben vom 31. März 2009. Sie machte geltend, die vorliegend zu beurteilende Form stelle für die beanspruchten Waren der Klasse 29 die Verpackungsform und für die beanspruchten Dienstleistungen der Klasse 43 die Darreichungsform dar. Die Form sei nicht aussergewöhnlich, weil sie sich nicht ausreichend von den üblichen Verpackungs- bzw. Darreichungsformen des Warenssegments, auf dem eine grosse Formenvielfalt herrsche, unterscheide. Insbesondere ähnele die Form einem typischen Vakuumbutel. Es sei deshalb davon auszugehen,

dass die Form von den betroffenen Verkehrskreisen lediglich als nahe liegende Verpackung bzw. Darreichungsform, nicht aber als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verstanden werde. Die Marke sei daher als zum Gemeingut gehörig zurückzuweisen.

Mit Schreiben vom 29. Mai 2009 verzichtete die Beschwerdeführerin auf die Einreichung einer materiellen Stellungnahme und beantragte den Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung.

Die Vorinstanz wies das Markeneintragungsgesuch Nr. 53008/2008 mit Verfügung vom 2. September 2009 für sämtliche beanspruchten Waren und Dienstleistungen der Klassen 29 und 43 zurück. Zur Begründung erklärte sie, die hinterlegte Verpackungs- bzw. Darreichungsform dürfe sich aus Sicht des Durchschnittskonsumenten kaum von den üblichen Formen unterscheiden. 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.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 5. Oktober 2009 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, die angemeldete dreidimensionale Marke für sämtliche beanspruchten Waren der Klasse 29 und Dienstleistungen der Klasse 43 im schweizerischen Markenregister einzutragen. Zur Begründung bringt sie vor, die hinterlegte Wellenverpackung sei für Designpreise nominiert und mehrfach mit solchen ausgezeichnet worden. Sie überrasche auf Grund ihrer markentypischen, in ihrer Gesamtheit aber marktuntypischen Merkmale (Transparenz der Materialien, gegenläufige Wellenbewegung der nach innen geneigten Seitenflügel, wie ein Wellental gespannte Folie, gekrümmter, stabiler Boden) den Käufer und bleibe ihm in Erinnerung. Sie stelle im Gesamteindruck eine geo-

metrisch komplexe Form dar und falle weder unter den im beanspruchten Waren- und Dienstleistungsbereich üblichen Formenschatz noch sei sie eine naheliegende Variation davon. Die relevanten Abnehmer könnten sie daher schon von weitem leicht von den anderen in diesem Waren- und Dienstleistungsbereich üblichen Verpackungen anderer Unternehmen unterscheiden. Die Wellenverpackung sei daher zweifellos geeignet, das Angebot eines Unternehmens zu individualisieren und dem Käufer zu ermöglichen, ein einmal geschätztes Produkt im Marktangebot wiederzufinden.

C.

Mit Stellungnahme vom 11. Januar 2010 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen. Zur Begründung verweist sie auf die im vorinstanzlichen Verfahren gemachten Ausführungen. Ergänzend hält sie unter anderem fest, die Eintragungsfähigkeit einer Marke beurteile sich nicht danach, ob eine Form Designqualität aufweise. Da das Markenrecht keinen Produktschutz gewährleisten, sondern die Verbindung von Produkt und Unternehmen schützen soll, könne eine dreidimensionale Form dann nicht als Marke eingetragen werden, wenn die Abnehmer in der fraglichen Gestaltung keinen betrieblichen Herkunftshinweis sähen, sondern lediglich die ästhetische Gestaltung des Produkts selbst. Die hinterlegte Form weiche nicht relevant vom banalen Formenschatz ab, sondern sei eine blosser Variante einer gewöhnlichen Form, die als solche nicht schutzfähig sei.

D.

Die Beschwerdeführerin hat stillschweigend auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. d des 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 ihrer Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [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), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist daher einzutreten.

2.

Nach der Legaldefinition von Art. 1 Abs. 1 des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11) ist die Marke ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Marken können insbesondere in dreidimensionalen Formen bestehen (Art. 1 Abs. 2 MSchG).

2.1 Bei dreidimensionalen Marken wird zwischen "Formmarken" und "übrigen dreidimensionalen Marken" unterschieden. Bei Formmarken besteht das Zeichen – wie im vorliegenden Fall – in der Form der angebotenen Ware oder Verpackung selbst, bei den übrigen dreidimensionalen Marken tritt das Zeichen als selbständige Kennzeichenform physisch neben Ware oder Verpackung (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] B-5456/2009 vom 8. Juni 2010 E. 2.3 – Kugelschreiber, mit Verweis u.a. auf: BGE 129 III 514 E. 2.1 – Lego, und BGE 120 II 307 E. 2a – The Original).

2.2 Vom Markenschutz ausgeschlossen sind Zeichen, die Gemeingut sind, es sei denn, dass sie sich als Marken für die Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben, für die sie beansprucht werden (Art. 2 Bst. a MSchG). Diesen Zeichen fehlt die erforderliche Unterscheidungskraft oder es besteht an ihnen ein Freihaltebedürfnis.

Als Formen des Gemeinguts gelten insbesondere einfache geometrische Grundelemente sowie Formen, die weder in ihren Elementen noch in ihrer Kombination vom Erwarteten und Gewohnten abweichen und daher mangels Originalität im Gedächtnis der Abnehmer nicht haften bleiben (BGE 133 III 342 E. 3.1 – Trapezförmiger Verpackungsbehälter, BGE 129 III 514 E. 4.1 – Lego, BGE 120 II 307 E. 3b – The Original). Formen, die das Publikum auf Grund der Funktion des Produkts voraussetzt, gelten als erwartet (BGE 120 II 310 E. 3b – The Original).

2.3 Damit eine Waren- oder Verpackungsform als Herkunftshinweis im Sinne des Markenrechts verstanden werden kann, muss sich die Form

von sämtlichen im beanspruchten Waren- oder Dienstleistungssegment im Zeitpunkt des Entscheids über die Eintragung im Markenregister üblichen Formen auffällig unterscheiden (BGE 134 III 547 E. 2.3.4 – Panton-Stuhl; BGE 133 III 342 E. 3.3 – Trapezförmiger Verpackungsbehälter). Dabei ist zu beachten, dass das Publikum konkrete Formen von Waren oder Verpackungen in der Regel nicht als Hinweis auf ein Unternehmen, sondern nur als besondere Gestaltung wahrnimmt (BGE 134 III 547 E. 2.3.4 – Panton-Stuhl; BGE 130 III 328 E. 3.5 – Swatch-Uhrarmband; Urteil des Bundesgerichts [BGer] 4A.15/2006 vom 13. Dezember 2006 E. 5 – Wellenflasche). Damit einer konkreten Form ursprüngliche Unterscheidungskraft zukommen kann, muss ihre auffällige Eigenart auch als Herkunftshinweis taugen, was insbesondere bei grosser Formenvielfalt im beanspruchten Warensegment regelmässig zu verneinen ist, sofern sich die als Marke beanspruchte dreidimensionale Form nicht vollständig von den im Zeitpunkt der Eintragung vorhandenen Gestaltungen unterscheidet (BGE 134 III 547 E. 2.3.4 – Panton-Stuhl, mit Verweis auf die Praxis des EuGH).

2.4 Massgebend für die Beurteilung der Unterscheidungskraft eines Zeichens ist der Gesamteindruck, den das Zeichen bei den massgebenden Adressaten in der Erinnerung hinterlässt (BGE 134 III 547 E. 2.3.1 – Panton-Stuhl; BGE 133 III 342 E. 4 – Trapezförmiger Verpackungsbehälter).

In Bezug auf die Lebensmittel der Klasse 29 (div. Fische und Meeresfrüchte) und die Dienstleistungen "Verpflegung von Gästen; Catering" der Klasse 43, für welche die Marke beansprucht wird, ist vor allem die Sichtweise des Durchschnittskonsumenten massgebend, auch wenn hinsichtlich der Lebensmittel der Klasse 29 Lebensmittelhändler und Fachpersonal aus dem Bereich der Gastronomie als Abnehmer der einschlägigen Produkte ebenfalls nicht zu vernachlässigen sind (vgl. Urteil des BVGer B-3189/2008 vom 14. Januar 2010 E. 4.3 – terroir [fig.]). An die Aufmerksamkeit der schweizerischen Endverbraucher dürfen keine übertriebene Anforderungen gestellt werden (BGE 133 III 342 E. 4.1 – Trapezförmiger Verpackungsbehälter).

3.

Die Beschwerdeführerin kritisiert, dass die Vorinstanz nicht zwischen Waren- und Verpackungsformen differenziere. Sie beachte nicht, dass die individuelle Gestaltung von Verpackungsformen bereits seit länge-

rer Zeit ein wichtiges Marketingmittel sei und der Konsument daher inzwischen wisse, dass besonders gestaltete Verpackungsformen als Unterscheidungsmittel dienen. In diesem Zusammenhang verweist die Beschwerdeführerin auf die von MARBACH vertretene Auffassung, wonach Design und Ausstattung gute Unterscheidungsmittel seien. So suche der Konsument z.B. im Regal des Selbstbedienungsladens den von ihm bevorzugten Kaffee in der ovalen Dose (EUGEN MARBACH, Markenrecht, in: Roland von Büren / Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, Basel 2009, N. 492).

Dass die von der Vorinstanz nicht zwischen Waren- und Verpackungsformen unterschieden hat, entspricht indessen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. E. 2.3 hievor). Selbst wenn eine gestaltete Verpackungsform als Unterscheidungsmittel in Frage kommt, ist ihre Unterscheidungskraft, ungeachtet ihrer Qualifizierung als Waren- oder Verpackungsform, im Einzelfall für sich zu beurteilen.

4.

Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, die hinterlegte Wellenverpackung sei für Designpreise nominiert und mehrfach mit solchen ausgezeichnet worden. Vor diesem Hintergrund liege auf der Hand, dass sie sich deutlich von den im beanspruchten Waren- und Dienstleistungsbereich üblichen Verpackungsformen unterscheide. Allgemein übliche Verpackungen oder naheliegende Verpackungsvariationen des bekannten Formenschatzes würden nicht für Designpreise nominiert, geschweige denn mehrfach mit Designpreisen ausgezeichnet.

4.1 Im Fall "Panton-Stuhl" einer als Marke angemeldete Warenform erklärte das Bundesgericht, Warenformen könnten Gestaltungen von Erzeugnissen im Sinne von Art. 1 des Designgesetzes vom 5. Oktober 2001 [DesG; SR 232.12] sein, die als dreidimensionale Form im Sinne von Art. 1 Abs. 2 MSchG grundsätzlich auch als Marke schutzfähig seien (vgl. BGE 134 III 547 E. 2.1 – Panton-Stuhl). Dabei unterstrich es indessen die unterschiedlichen Zielsetzungen des Design- und des Markenschutzgesetzes: Während das Designgesetz die Förderung der ästhetisch ansprechenden Formgebung gewerblicher und industrieller Erzeugnisse bezwecke respektive die geistige Leistung schütze, die in der Gestaltung eines Erzeugnisses liege, solle gemäss Art. 1 Abs. 1 MSchG die Marke dagegen die Produkte eines Unternehmens im Verkehr kennzeichnen und von den Produkten anderer Unternehmen abheben (BGE 134 III 547 E. 2.2 – Panton-Stuhl, mit Verweisen; vgl. auch

MARKUS WANG, Designrecht, in: Roland von Büren / Lucas David, [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. VI, Basel 2007, S. 34, mit Verweisen, ROBERT M. STUTZ/STEPHAN BEUTLER/MURIEL KÜNZI, Kommentar zum Designgesetz DesG, Bern 2006, Teil A: Grundlagen N. 60, PETER HEINRICH, Kommentar zum DesG/HMA, Zürich 2002, N. 0.179). Weiter erklärte das Bundesgericht:

"Damit sich die Form einer Ware als solche vom Gemeingut abhebt, muss sie in der Wahrnehmung der massgebenden Adressaten als so originell erscheinen, dass sie in ihrem Gesamteindruck längerfristig in der Erinnerung haften bleibt. Die Neuheit und Eigenart, die einer Form den Schutz als Design verschafft, ist demgegenüber nach dem Eindruck zu beurteilen, den die prägenden Hauptelemente hinterlassen, wenn sie beim Kauf eines Gebrauchsgegenstands kurzfristig im Gedächtnis haften bleiben. Diese der jeweiligen Funktion der immateriellen Rechte entsprechende unterschiedliche Beurteilung der Schutzvoraussetzungen schliesst auch unabhängig von der möglicherweise abweichenden Definition des Kreises der massgebenden Adressaten aus, dass jede als Design geschützte Gestaltung auch als Marke eingetragen werden kann" (BGE 134 III 547 E. 2.3.1).

4.2 Allein durch die Tatsache, dass die angemeldete Verpackungsform für verschiedene Designpreise nominiert und mit solchen ausgezeichnet wurde, hebt sich die hinterlegte Marke somit noch nicht vom üblichen Formenschatz in den beanspruchten Waren- und Dienstleistungsbereichen ab. Die sie als Design charakterisierenden Merkmale müssen vielmehr darüber hinaus auch Wirkung als Herkunftshinweis im markenrechtlichen Sinn entfalten, damit ein designerischer Erfolg bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft Berücksichtigung finden kann. Eine innovative Form kann nur dann als Kennzeichen Markenschutz erlangen, wenn es sich zu einem herkunftshinweisenden Kennzeichen gewandelt hat (vgl. MICHAEL NOTH, in: Michael Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz, Bern 2009, Art. 2 lit. b N. 11).

5.

Die Schutzfähigkeit eines Zeichens ist nach Massgabe des Hinterlegungsgesuches – der Wiedergabe gemäss Art. 28 Abs. 2 Bst. b MSchG und Art. 10 MSchV – zu prüfen (Urteil des BVGer B-8515/2007 vom 9. Juli 2008 E. 5 – Abfallhai, mit Verweisen). Entsprechend ist die beanspruchte Formmarke einzig auf Grund der bei der Vorinstanz eingereichten Abbildungen zu beurteilen (BGE 120 II 307 E. 3a – The Original). Die dem Bundesverwaltungsgericht ebenfalls eingereichte dreidimensionale Form, die angeblich die Ausführung der Marke darstellt, ist nicht zur Beurteilung beizuziehen.

Die strittige Verpackungsform besteht, soweit aus den beiden in der Markenmeldung enthaltenen Abbildungen ersichtlich ist, aus einem rechteckigen, konkav gekrümmten Boden, der an den beiden Längsseiten je in eine halbtransparente Seitenwand übergeht. Diese beiden Seitenwände sind punktsymmetrisch (gegengleich) versetzt und je einer sanften Welle gleich (bestehend aus einem Wellenberg und -tal) gewölbt. Über das Ganze ist eine transparente Folie gespannt.

Die Krümmung des Bodens und die Seitenwände sind offensichtlich nur mit hartem Material realisierbar. Angesichts dieses Umstands ist der Beschwerdeführerin Recht zu geben, dass die von der Vorinstanz gewählte Charakterisierung der strittigen Formmarke als Plastikbeutel (Ziff. B.6 der angefochtenen Verfügung), welcher definitionsgemäss ein Behältnis aus weichem Material darstellt (vgl. Ziff. 13 der Vernehmlassung der Vorinstanz), unzutreffend ist.

6.

Nachfolgend ist zu untersuchen, ob der hinterlegten Form aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen die markenrechtlich erforderliche Unterscheidungskraft zukommt.

Die Vorinstanz erwog in der angefochtenen Verfügung, die vorliegende Form unterscheide sich in keinem ihrer Bestandteile und auch in ihrem Gesamteindruck nicht genügend von den in den beanspruchten Warenssegmenten üblichen Verpackungs- bzw. Darreichungsformen. Fische und Meeresfrüchte würden regelmässig mit transparenten, versiegelten und gewölbten Plastikbeuteln verpackt. Auch Catering-Dienstleistungen würden mit Hilfe von Verpackungen, Behältern oder anderen Darreichungsformen erbracht, mittels denen die zubereiteten Esswaren transportiert, präsentiert und serviert werden könnten. 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. In Anbetracht der grossen Formenvielfalt eigne sich auch die asymmetrische Wölbung – einzige auf-

fällige Eigenart im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts – nicht als Herkunftshinweis.

Dagegen vertritt die Beschwerdeführerin die Auffassung, die Wellenverpackung weise eine sehr auffällige und einprägsame Formgebung auf, die Assoziationen zu einem wogenden Meer wecke bzw. wie eine Welle aussehe. Sie sei auf dem Markt einmalig, originell und überrasche auf Grund ihrer markentypischen, in ihrer Gesamtheit aber marktuntypischen Merkmale (Transparenz der Materialien, gegenläufige Wellenbewegung der nach innen geneigten Seitenflügel, wie ein Wellental gespannte Folie, gekrümmter stabiler Boden) den Käufer und bleibe ihm in Erinnerung. Eine solchermassen unerwartet und edel gestaltete Fischverpackung weiche zudem vom in diesem Marktsegment Gewohnten und Erwarteten deutlich ab. Die Wellenverpackung sei daher zweifellos geeignet, beim Konsumenten einen nachhaltigen Eindruck zu erwecken, und als derart eigentümliche Form auch längerfristig in der Erinnerung des Käufers haften zu bleiben.

6.1 Die Feststellung der Vorinstanz, wonach im beanspruchten Waren- und Dienstleistungsbereich eine grosse Formenvielfalt herrsche, wird von der Beschwerdeführerin in Abrede gestellt. Sie erklärt, banale und übliche Verpackungsformen beschränkten sich in diesem Marktsegment auf rechteckige, runde, leicht konische oder beutelförmige Formen. Von solchen Verpackungsformen unterscheide sich ihre Wellenverpackung jedoch erheblich.

6.1.1 Besteht in einem bestimmten Warenssegment eine grosse Formenvielfalt, steigen entsprechend die Anforderungen an die Unterscheidungskraft einer Form, denn diese muss sich vollständig von den im Zeitpunkt der Eintragung vorhandenen Gestaltungen unterscheiden (vgl. BGE 134 III 547 E. 2.3.4 – Panton-Stuhl).

6.1.2 Die von der Beschwerdeführerin beanspruchten Waren der Klasse 29 werden soweit ersichtlich in folgenden Verpackungsformen angeboten:

- Frische Fische: in rechteckigen Beuteln (Beilage 4 der angefochtenen Verfügung); in "Aluflex-Beuteln" (Beilage 5 der angefochtenen Verfügung); in rechteckigen, mit transparenter Folie überspannten Schalen, welche abgerundete Ecken aufweisen (vgl. 1. und 2. Beilage des Beanstandungsschreibens vom 31. März 2009; www.coopathome.ch [Frischfisch]); vorgenann-

ter Typ von Schalen, bei welchen die transparente Folie das Verpackungsgut und die Schale eng umschliesst (vgl. www.vc999.ch [Fisch/Meeresfrüchte])

- Gefrorene Fische: in rechteckigen Beuteln (Beilagen 1 und 4 zur angefochtenen Verfügung); in rechteckigen Kartonschachteln (vgl. www.leshop.ch [Fisch]; www.coopathome.ch [Tiefkühlprodukte → Fisch])
- 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 (vgl. www.coopathome.ch [Rauchfisch])
- Konservierte Fische: in runden, teilweise gebauchten Einmachgläsern (vgl. www.coopathome.ch [z.B. Coop Rollmops, Coop Vongole al naturale]; www.riomare.ch [Paté im Glas]); in runden, ovalen oder rechteckigen (mit abgerundeten Ecken) Dosen; in rechteckigen (Dosen enthaltenden) Schachteln (vgl. www.coopathome.ch [Konserven], www.leshop.ch [Konserven]); in quadratischen Schachteln, aus denen an zwei sich gegenüberliegenden Seiten die Rundungen der darin liegenden Dose hervortreten (vgl. www.coopathome.ch [Konserven → Rio mare Thon]); in Tuben (vgl. www.riomare.ch [Paté])
- Fischerzeugnisse: in rechteckigen Beuteln und Schalen (vgl. www.coopathome.ch [Coraya Fishsticks; Coraya Fish and dip Cocktail])
- Krebstiere, Schalentiere, Krustentiere und Weichtiere: als Frischprodukt in rechteckigen oder runden Schalen mit festem Deckel oder überspannter Folie (vgl. www.coopathome.ch [Schalen-/Weichtiere; Krustentiere], als Tiefkühlprodukt in rechteckigen Schalen oder Beuteln respektive in rechteckigen Kartonschachteln (www.coopathome.ch [Tiefkühlprodukte → Meeresfrüchte])

- Fertiggerichte, fertige Teilgerichte und Snacks mit Fisch und / oder Meeresfrüchten: in rechteckigen, gedeckten Schalen, Kartonschalen und -schachteln (vgl. u.a. www.coopathome.ch [Frischprodukte → Fische Fertigprodukte; Tiefkühlprodukte → Fisch verarbeitet]); viereckige Schalen, wovon zwei sich gegenüberliegende Seiten gerade, die anderen zwei gebaucht sind (vgl. www.riomare.ch [Fertiggerichte]).

Die von der Beschwerdeführerin zusätzlich beanspruchten Verpflegungs- und Cateringdienstleistungen der Klasse werden, auch hier soweit ersichtlich, mittels folgender Darreichungsformen erbracht: Kartonschachteln (Beilage 8 der angefochtenen Verfügung); runde, achteckige und rechteckige (teilweise mit abgerundeten Ecken und gebauchten Seiten) Platten, Schalen (teilweise mit gewelltem Rand) und Teller, teilweise mit Griffen (www.borexpoissons.ch/traiteur; www.partyplatten.ch; www.pit-pack.ch [Menüteller / Menüschaalen / Eurobox / Dinnerbox / Pappteller / Pappschaalen / Menü-/Snackboxen]; Beilage 9 der angefochtenen Verfügung).

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass in den strittigen Waren- und Dienstleistungsbereichen die Formenvielfalt entsprechend dieser Auflistung relativ gross ist.

6.1.3 Im Gegensatz zu den in E. 7.1.2 aufgezählten Formen ist die angemeldete Form nicht spiegelbildlich, was den gegenläufigen Wellen, welche die beiden Seitenwände bilden, zuzuschreiben ist.

Die Vorinstanz qualifiziert diese punktsymmetrischen Wölbungen als einzige "auffällige Eigenart" im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Dieses Element sei jedoch ästhetisch und funktional (Knickbruchsicherheit und einfache Handhabung) geprägt und eigne sich angesichts der grossen Formenvielfalt nicht als Herkunftshinweis. Die übrigen Elemente seien funktional bedingt: Die Transparenz bezwecke die Sichtbarkeit der Ware bei ungeöffneter Verpackung und die Versiegelung der Frischhaltung.

Lediglich hinsichtlich der Elemente "Transparenz" und "Versiegelung" räumt die Beschwerdeführerin ein, dass diese funktionsbedingt seien. Die gegenläufige wellenförmige Wölbung, die nach innen geneigten Seitenflügel und die ungewöhnliche Bodenkrümmung seien dagegen leicht erkennbare, eigenständige und einprägsame Gestaltungsele-

mente, die einerseits keinen funktionellen Hintergrund hätten und auf dem Markt so nicht üblich seien.

Was die Seitenflügel betrifft, ist festzuhalten, dass deren von der Beschwerdeführerin hervorgehobene Neigung auf den bei der Vorinstanz eingereichten und damit massgeblichen Abbildungen nicht erkennbar ist. Dieser Umstand kann daher bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft nicht berücksichtigt werden (vgl. E. 5). Anders als die Vorinstanz vertritt das Bundesverwaltungsgericht aber die Auffassung, dass die "ungewöhnliche Bodenkrümmung" auf den Abbildungen erkennbar ist. Die Bodenkrümmung ist als ungewöhnlich zu bezeichnen, weil sie in den oben beschriebenen Verpackungsformen nirgends zu Tage tritt. Sie ist auch nicht als funktional zu bezeichnen; im Gegenteil, verhindert sie doch, dass sich die Verpackungen für den Transport oder in der Kühltheke gut und platzsparend stapeln lassen. Da die angesprochenen Verkehrskreise die Verpackungen in der Regel von oben sehen, erscheint die Bodenkrümmung in der Gesamtbetrachtung indessen von untergeordneter Bedeutung.

Ob die Verpackung dank der gegenläufigen Wölbung knickbruchsicher ist, wie die Vorinstanz argumentiert, kann im vorliegenden Markeneintragsverfahren nicht überprüft werden, da die Knickbruchsicherheit auch eine Frage des verwendeten Materials respektive dessen Dichte ist (vgl. etwa: www.pelle-spelle.de/vakuumbbeutel-siegelrandbeutel). Dagegen unterstützt das Bundesverwaltungsgericht die Meinung der Vorinstanz, wonach die asymmetrische Wölbung der Seitenwände als ästhetisches Element zu qualifizieren ist, welches Assoziationen mit einem wogenden Meer, mit einer Wellenbewegung (vgl. Beschwerdeschrift Ziff. 24), respektive mit zwei (gegenverkehrt angeordneten) Fischen wachrufen kann. Abgesehen von der Wölbung unterscheiden sich die Seitenwände indessen nicht von üblichen, nämlich waagrecht geschnittenen, Seitenwänden von rechteckigen Verpackungen. Es handelt sich daher lediglich um eine ästhetisch wirkende Variation von bei Fischverpackungen üblichen Seitenwänden.

6.1.4 Insgesamt betrachtet, erscheint die strittige dreidimensionale Form als eine im Wesentlichen rechteckige Verpackung, was für Fischverpackungen üblich ist. Anders als übliche rechteckige Schalenverpackungen verfügt sie über lediglich zwei Seitenwände. Die fehlenden beiden Seitenwände werden durch die Krümmung des Bodens kompensiert, weshalb bei den angesprochenen Verkehrskreise dennoch

insgesamt der Eindruck einer Schale erweckt wird. Schliesslich entspricht die über die Seitenwände gespannte Deckfolie dem Erwarteten, zumal Lebensmittel sauber und geordnet gelagert und so abgegeben werden müssen, dass sie nicht von gesundheitsgefährdenden Stoffen oder sonstwie nachteilig beeinflusst werden können (Art. 15 Abs. 1 Bst. a und b des Lebensmittelgesetzes vom 9. Oktober 1992 [LMG; SR 817.0]).

Die verschiedenen Elemente der von der Beschwerdeführerin angemeldeten Wellenverpackung sind auch nicht in ungewöhnlicher Art und Weise zusammengefügt, so dass sich die Marke im Gesamteindruck vom gewöhnlichen Formenschatz abheben würde. Sie erscheint nur als – ästhetische und attraktive – Variante einer der gewöhnlichen Formen von Fischverpackungen. Denn die Konsumenten sind sich an Fischverpackungen gewohnt, welche eine rechteckige Schale bilden, über welche eine transparente Folie straff gespannt ist. Die angemeldete Form wird von den Adressaten daher als nahe liegende Verpackungs- respektive Darreichungsform, nicht aber als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verstanden, wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat.

6.1.5 Zwar hat die Beschwerdeführerin mit ihrer Wellenverpackung, soweit ersichtlich, den bestehenden Formenschatz erweitert. Dies ist jedoch unerheblich. Neuheit ist kein markenrechtliches Kriterium, sondern ein solches des Patent- und Designrechts (vgl. bereits E. 4.1). Entscheidend ist nicht, dass die zu beurteilende Form sich von den Konkurrenzprodukten unterscheidet. Massgebend ist einzig, dass die Abweichung von dem im betreffenden Warenssegment üblichen Formenschatz für die Abnehmer unerwartet und ungewöhnlich ist (Urteil des BVGer B-8515/2007 vom 9. Juli 2008 E. 7.2 – Abfallhai, mit Verweisen). Dies ist nach dem Gesagten nicht der Fall.

7.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die angemeldete dreidimensionale Marke Gemeingut im Sinne von Art. 2 Bst. a MSchG darstellt, da ihr die für die beanspruchten Waren der Klasse 29 und Dienstleistungen der Klasse 43 erforderliche konkrete Unterscheidungskraft fehlt. Die Vorinstanz hat ihr daher zu Recht die Eintragung versagt.

Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen.

8.

Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Die Gerichtsgebühren sind nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Bei Markeneintragungen geht es um Vermögensinteressen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich folglich nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). Die Schätzung des Streitwertes hat sich nach Lehre und Rechtsprechung an Erfahrungswerten aus der Praxis zu orientieren, wobei bei eher unbedeutenden Zeichen grundsätzlich ein Streitwert zwischen Fr. 50'000.– und Fr. 100'000.– angenommen werden darf (BGE 133 III 490 E. 3.3 – Turbinenfuss). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Es sprechen keine konkreten Anhaltspunkte für einen höheren oder niedrigeren Wert der strittigen Marke.

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

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

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

3.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 53008/2008; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

David Aschmann

Kathrin Bigler

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen geführt werden (Art. 72 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtschrift 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 beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 19. Oktober 2010