



Abteilung II
B-227/2018

Urteil vom 8. Mai 2019

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richterin Maria Amgwerd,
Gerichtsschreiberin Kathrin Bigler Schoch.

Parteien

eos Products sarl,
7, rue Robert Stümper, LU-2557 Luxembourg,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Peter Schramm und lic. iur. Fortunat Wolf,
Meyerlustenberger Lachenal AG,
Schiffbaustrasse 2, Postfach 1765, 8031 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

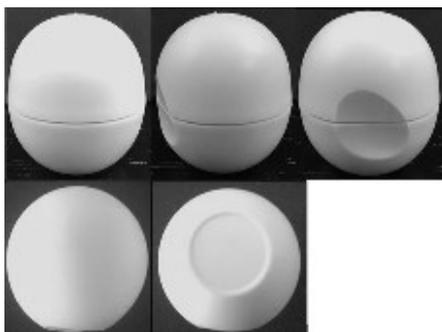
Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum IGE,
Stauffacherstrasse 65/59g, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Markeneintragungsgesuch 58538/2016 [Ovale Dose] (3D).

Sachverhalt:**A.**

Am 15. Juli 2016 ersuchte die Beschwerdeführerin mit Markeneintragungsgesuch Nr. 58538/2016 das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (Vorinstanz) um Eintragung einer dreidimensionalen Marke für "Lippenbalsam" (Klasse 3). Die Marke hat folgendes Aussehen:



Nachdem die Vorinstanz die Anmeldung mit Schreiben vom 27. Juli 2016 insbesondere aus formellen Gründen beanstandet hatte, da aus der ursprünglich eingereichten Abbildung kein dreidimensionaler Charakter erkennbar sei, erklärte sie mit Schreiben vom 5. September 2016, das Zeichen gehöre zum Gemeingut und könne daher nicht als Marke geschützt werden. Es weiche nicht in dem Masse auffällig von der banalen Formgestaltung im entsprechenden Warenssegment ab respektive sei nicht derart unerwartet, als darin ein betrieblicher Herkunftshinweis erkannt würde.

B.

Mit Stellungnahme vom 23. Dezember 2016 beantragte die Beschwerdeführerin unter Ersatz der beanstandeten Abbildung durch fünf neue Abbildungen, die angemeldete Marke sei zum Markenschutz zuzulassen. Die Marke sei in ihrem Gesamteindruck und mit ihrer Symbolkraft (Symbol "Ei") für den beanspruchten Lippenbalsam unterscheidungskräftig. Nahezu alle Warenformen, die in jüngster Zeit als originär unterscheidungskräftige Marken im Schweizer Markenregister eingetragen worden seien, wiesen einen vergleichbaren Symbolcharakter auf. Zudem sei die Marke bereits im deutschen Markenregister eingetragen.

Die Vorinstanz hielt mit Schreiben vom 16. März 2017 an der Zurückweisung fest.

Mit Eingabe vom 11. Mai 2017 zweifelte die Beschwerdeführerin daran, dass die von der Vorinstanz aufgeführten Verpackungsformen wie Puderboxen, Cupcakes und Entchen zum massgeblichen Formenschatz gehören, weil aus den vorgelegten Unterlagen nicht hervorgehe, dass diese in der Schweiz angeboten würden.

C.

Mit Verfügung vom 22. November 2017 wies die Vorinstanz das Markeneintragungsgesuch Nr. 58538/2016 zurück. Zur Begründung führte sie aus, bei Gesichtspflegeprodukten sowie Make-up-Artikeln und im Speziellen bei Lippenbalsam sei in der Schweiz eine nennenswerte Formenvielfalt gegeben. Weder die ovale Form, noch die Einbuchtung auf der einen Seite oder die Vertiefung am Boden vermöchten die beanspruchte Form im Gesamteindruck derart auffällig, unerwartet oder ungewöhnlich erscheinen zu lassen, dass die Abnehmer nicht mehr nur die Form der beanspruchten Ware bzw. deren Verpackung, sondern einen betrieblichen Hinweis erkennen würden. Im Weiteren bestehe gestützt auf die von der Beschwerdeführerin genannten Voreintragungen kein Anspruch auf Gleichbehandlung, zumal die genannten Zeichen entweder vor mehr als zehn Jahren eingetragen worden seien oder andere Waren beträfen. Schliesslich erklärte die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin könne aus der ausländischen Eintragung nichts zugunsten der Schutzfähigkeit des vorliegenden Zeichens in der Schweiz ableiten.

D.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 11. Januar 2018 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die angefochtene Verfügung vom 22. November 2017 sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die Formmarke ins Markenregister einzutragen. Zur Begründung bringt sie vor, die Vorinstanz sei bei der Beurteilung des Formenschatzes von unzutreffenden Grundlagen ausgegangen, weil sie nicht nur Schweiz-bezogene Angebote berücksichtigt habe. Abgesehen von den eigenen Produkten der Beschwerdeführerin und offensichtlichen Imitationen finde sich auf dem Markt und unter den von der Vorinstanz genannten Waren kein einziges Beispiel eines Lippenbalsams oder einer Gesichtscreme, deren Verpackung in einer ähnlichen Form daherkomme. Die angemeldete Formmarke sei derart aussergewöhnlich, dass sie den angesprochenen Verkehrskreisen ermögliche, die Verpackung in der Fülle des Angebots jederzeit wieder zu finden. Insofern habe die Marke herkunftshinweisende Funktion.

E.

Mit Vernehmlassung vom 16. April 2018 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin abzuweisen. Zur Begründung verweist sie auf die angefochtene Verfügung. Ergänzend hält sie fest, es sei zulässig, Treffer von ausländischen Internetseiten heranzuziehen, soweit die Waren auch in der Schweiz angeboten oder online von einem Schweizer Publikum wahrgenommen würden.

F.

Mit Replik vom 15. Juni 2018 hält die Beschwerdeführerin an ihrem Rechtsbegehren fest. Eine überhöhte Schwelle der Unterscheidungskraft missachte den Grundsatz, dass für Formmarken dieselben Kriterien und Beurteilungsgrundsätze gälten wie für andere Markenarten. Die Vorinstanz habe zudem ihre Belege für intensive Marketingmassnahmen und deren Resonanz in der Diskussion der Abnehmer im Internet, namentlich Beiträge von Microinfluencerinnen, zu Unrecht nicht berücksichtigt.

G.

Mit Eingabe vom 16. August 2018 verzichtete die Vorinstanz auf die Einreichung einer Duplik und beantragt, unter Hinweis auf die Begründung in der angefochtenen Verfügung vom 22. November 2017 sowie auf die Ausführungen in der Vernehmlassung vom 16. April 2018, die Beschwerde sei unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin vollumfänglich abzuweisen.

H.

Auf weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit erforderlich, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

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. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, VGG, SR 173.32). Die Beschwerdeführerin hat als Markenangekündigerin am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Sie ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat als Verfügungsadressatin ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48

Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG, SR 172.021). Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Die Vorinstanz begründet ihre Zurückweisungsverfügung damit, dass die angemeldete Formmarke zum Gemeingut gehöre (Art. 2 Bst. a des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992, MSchG, SR 232.11).

2.1 Als Formen des Gemeinguts gelten einerseits (grundsätzlich freihaltebedürftige) triviale Formen wie Kuben, Zylinder, Kegel und Kugeln (vgl. PETER HEINRICH/ANGELIKA RUF, Markenschutz für Produktformen?, in: sic! 2003 395, S. 401; RUTH ARNET, Markenschutz für Formen, in: sic! 2004 829, S. 832; STREULI-YOUSSEF, Zur Schutzfähigkeit von Formmarken, in: sic! 2002 794, S. 795; MICHAEL NOTH, in: Noth/ Bühler/Thouvenin, Markenschutzgesetz [MSchG], 2. Aufl. Bern 2017, Art. 2 lit. b, Rz. 56f.; Urteil des BVGer B-7418/2006 vom 27. März 2007 E. 13 "Lindor-Kugel"), andererseits nicht unterscheidungskräftige Formen wie die vorgenannten trivialen Formen, unmittelbar sinngemäss beschreibende Formen (z.B. zitronenformartiger Behälter für Zitronensaft) sowie solche, die weder in ihren Elementen noch in ihrer Kombination vom Erwarteten und Gewohnten abweichen, daher mangels Originalität im Gedächtnis der Abnehmer nicht haften bleiben (BGE 133 III 342 E. 3.1 "Trapezförmiger Verpackungsbehälter [3D]"; BGE 129 III 514 E. 4.1 "Lego [3D]"; MICHAEL NOTH, a.a.O., Art. 2 lit. b N. 55, 57 und 65; ARNET, a.a.O., S. 832). Als erwartet gilt, was das Publikum für die Funktion des Produktes voraussetzt (HEINRICH/RUF, a.a.O., S. 401). Es genügt nicht, wenn die zur Frage stehende Form Merkmale aufweist, anhand derer sich die beanspruchte Ware lediglich von anderen Produkten unterscheiden lässt (MICHAEL NOTH, a.a.O., Art. 2 lit. b N. 72). Entscheidend ist stets die Frage, ob der Konsument im fraglichen Zeichen (originär) einen Hinweis zur Identifikation des Produktherstellers sieht (Urteile des BVGer B-1061/2017 vom 7. August 2018 E. 4 "Nussknackermännchen [3D]"; B-6050/2007 vom 20. Februar 2008 E. 6 "Freischwinger Panton [3D]", je mit Verweis auf: MARKUS INEICHEN, Die Formmarke im Lichte der absoluten Ausschlussgründe nach dem schweizerischen Markenschutzgesetz, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil [GRUR Int.] 2003 193, S. 200; vgl. MAGDA STREULI-YOUSSEF, a.a.O., S. 797; MICHAEL NOTH, a.a.O., Art. 2 lit. b N. 72).

2.2 Die Schutzfähigkeit von Waren- und Verpackungsformen ist, wie die Beschwerdeführerin zu Recht festhält, prinzipiell nach denselben Kriterien zu beurteilen wie diejenige anderer Markenarten (BGE 137 III 403 E. 3.3.2 "Wellenverpackung"; MICHAEL NOTH, a.a.O., Art. 2 lit. b, Rz. 21). Unterschiede gibt es jedoch in der Wahrnehmung der verschiedenen Markenformen: Während zweidimensionale Schriftzeichen klassischerweise als Marken erkannt werden, kann grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden, dass in Verpackungsformen ein herkunftshinweisendes Zeichen erblickt wird (BGE 137 III 403 E. 3.3.5 "Wellenverpackung"; Urteil des BVGer B-7398/2006 vom 25. Juli 2007 E. 4 "Pralinenform [3D]", mit Verweis auf MAGDA STREULI-YOUSSEF, a.a.O., S. 796). Produkt- und Verpackungsformen deuten in den Augen des Publikums normalerweise lediglich auf die ästhetische und funktionale Beschaffenheit der Verpackung hin, nicht jedoch auf ihre betriebliche Herkunft. Nicht ein strengerer Massstab an die Unterscheidungskraft von Formmarken, sondern das folgerichtige Abstellen auf die Wahrnehmung des Durchschnittskonsumenten führt zu diesem Ergebnis (BGE 137 III 403 E. 3.3.5 "Wellenverpackung"). Dass die Abnehmer eine Form als unpraktisch wahrzunehmen hätten, um darin einen betrieblichen Herkunftshinweis zu sehen, ginge in diesem Zusammenhang jedoch zu weit, wie die Beschwerdeführerin bezüglich der Formulierung in der angefochtenen Verfügung (dortige Rz. 19) zu Recht kritisiert.

2.3 Damit die Form der Verpackung für sich als Herkunftshinweis im Sinne des Markenrechts verstanden werden kann, muss sie sich von sämtlichen im beanspruchten Segment im Zeitpunkt des Entscheids über die Eintragung im Markenregister üblichen Formen auffällig unterscheiden. Besteht im beanspruchten Warenssegment eine grosse Formenvielfalt, genügt 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 137 III 403 E. 3.3.5 "Wellenverpackung"; 134 III 547 E. 2.3.4 "Freischwinger Panton [3D] II").

2.4 Ob ein Zeichen als Marke in Frage kommt, beurteilt sich nach dem Gesamteindruck, den es bei den massgebenden Adressaten in der Erinnerung hinterlässt. Für die Beurteilung der Unterscheidungskraft kommt es daher auf die Auffassung der Abnehmer an (BGE 134 III 547 E. 2.3.1 "Frei-

schwinger Panton [3D] II"; BGE 133 III 342 E. 4 "Trapezförmiger Verpackungsbehälter"; EUGEN MARBACH, Markenrecht, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, 2. Aufl., Basel 2009 [SIWR III/1], Rz. 212). Die Freihaltebedürftigkeit beurteilt sich aus Sicht der aktuellen und potentiellen Konkurrenten des Markenanmelders, die ebenfalls ein mindestens virtuelles Interesse haben, das Zeichen für entsprechende Waren oder Dienstleistungen zu verwenden (Urteile des BVGer B-3549/2013 vom 8. Oktober 2014 E. 4 "Palace [fig.]", B-4763/2012 vom 16. Dezember 2013 E. 2.2 "Betonhülse"; MARBACH, a.a.O., Rz. 258).

3.

Die frontalen Ansichten des Zeichens zeigen eine ovale Form, welche am oberen Ende flacher gerundet und am unteren Ende abgeschnitten ist und insofern als ein "an beiden Enden gestauchter Ellipsoid" bezeichnet werden kann. Unterhalb der Hälfte verläuft eine horizontale Rille um den Körper. Über und unter der Rille befindet sich zudem auf einer Seite eine schräg stehende, unregelmässig gerundete Mulde. Die Ansichten von oben und unten präsentieren einen vollständig runden Grundriss. Schliesslich befindet sich am Boden eine kreisförmige Stehfläche. Insgesamt lässt sich die Form somit auch als gestauchter Ellipsoid mit zwei Mulden beschreiben.

Das Zeichen wird für "Lippenbalsam" (Klasse 3) beansprucht. Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, richtet sich diese Ware sowohl an Endabnehmer als auch an Fachkreise der Kosmetikbranche sowie Zwischenhändler. Lippenbalsam wird zudem auch von Supermärkten und Kiosken nachgefragt (vgl. Urteil des BVGer B-2655/2013 vom 17. Februar 2014 E. 4.2 "Flächenmuster").

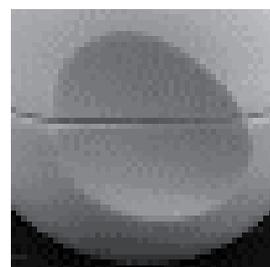
4.

Zunächst stellt sich die Frage, ob das strittige Zeichen trivial oder unmittelbar sinngemäss beschreibend ist.

Ellipsoide gehören wie etwa Kugeln zu den geometrischen Grundformen (vgl. etwa: <https://www.math-salamanders.com/image-files/3-d-shapes-list-of-geometric-shapes-3d-info.gif>). Da die angemeldete Formmarke am unteren Ende flach ist, zwei Mulden und eine Rille aufweist, entspricht die Form keinem idealtypischen Ellipsoid und ist insofern nicht trivial.

Sofern die Form wie von der Beschwerdeführerin als "Ei" beschrieben wird, ist festzuhalten, dass sie wegen der bereits erwähnten Abweichungen vom idealtypischen Ellipsoid, aber auch wegen ihres für ein Ei untypisch kugeligen oberen Endes auch kein idealtypisches Ei darstellen würde. Abgesehen davon gilt die Ei-Form nicht als triviale geometrische Form (vgl. Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] vom 18. Februar 2004 E. 4 "Eiform [3D]", publiziert in: sic! 2004 674).

Funktional und darum von geringer Wirkung für die Gesamtform ist die kreisrunde Bodenfläche, welche Platz für Etiketten mit Preis- oder Inhaltsangaben lässt. Keine geografische Grundform wie die Bodenfläche weist dagegen die seitliche Mulde auf, welche sich über und unter der Rille befindet. Sie hat die Form eines ungleichmässigen Dreiecks mit stark gerundeten Ecken. Aufgrund dieser Rundungen erweist sich dieses Dreieck nicht als gewöhnlich. Da sie sich jedoch dafür eignet, die Dose mit klammern oder feuchten Fingern besser zu greifen, ist sie teilweise funktional bedingt. Nicht ganz trivial wirkt schliesslich die Rille, da sie sich im Bereich der Mulde nach innen wölbt.



Abgesehen von der kreisrunden Bodenfläche weicht die angemeldete Verpackungsform somit in mehreren Aspekten von einer regelmässigen Rundform ab und erscheint damit weder als Ganzes noch in seinen Elementen trivial. Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass sie für die beanspruchte Ware "Lippenbalsam" sinngemäss beschreibend ist (vgl. folgende E. 5.3.2). Weder ein Freihaltebedürfnis noch eine sinngemäss beschreibende und damit schutzausschliessende Wirkung des Zeichens ist somit zu bejahen.

5.

Weiter ist zu prüfen, ob die Form vom Gewohnten und Erwarteten abweicht und aus diesem Grund unterscheidungskräftig ist.

5.1 Die Vorinstanz erklärt in der angefochtenen Verfügung, bei Gesichtspflegeprodukten sowie Make-up-Artikeln und im Speziellen bei Lippenbalsamen sei in der Schweiz eine nennenswerte Formenvielfalt gegeben; unter anderem existierten auch Verpackungsbehälter in Form eines Cupcakes, eines Sterns oder einer Ente. Die vorliegend beanspruchte Form,

eine Art Döschen, möge von anderen Verpackungen im Bereich Lippenbalsam respektive von als Döschen geformten Kosmetikprodukten fürs Gesicht abweichen und Abnehmer vermögen sie allenfalls von anderen Formen zu unterscheiden. Abnehmer seien sich im vorliegenden Warenssegment aber ganz verschiedene Verpackungsformen gewohnt. Weder die ovale Form als Ganzes, noch die Einbuchtung auf der einen Seite oder die Vertiefung am Boden vermöchten die beanspruchte Form im Gesamteindruck derart auffällig, unerwartet oder ungewöhnlich erscheinen zu lassen, dass die Abnehmer nicht mehr nur die Form der beanspruchten Waren bzw. von deren Verpackung, sondern einen betrieblichen Hinweis darin erkennen würden. Der Umstand, dass die Form im Sinn eines Eis angepriesen werde, habe als reine Marktstrategie zu gelten, welche für die Prüfung der originären Unterscheidungskraft nicht zu berücksichtigen sei. Der Umstand, dass die vorliegende Form beim Transport mehr Platz brauche und nicht stapelbar sei, treffe allenfalls zu. Die Form erscheine aber dennoch nicht derart unpraktisch bzw. ungewöhnlich, dass sie den Abnehmern in ausreichendem Masse unerwartet erscheine, um nicht mehr bloss als Ware bzw. deren Verpackung erkannt zu werden.

Die Beschwerdeführerin hält dagegen, die Vorinstanz sei bei der Beurteilung des Formenschatzes von unzutreffenden Grundlagen ausgegangen, weil sie nicht nur Schweiz-bezogene Angebote, sondern verschiedenste Webseiten berücksichtigt habe, die zum Teil explizit Schweizer Verbraucher ausschliessen, und von welchen fraglich sei, ob sie von solchen überhaupt wahrgenommen würden. Auf Webseiten aus der Schweiz eingeschränkte Google-Abfragen ergäben, dass sich die handelsüblichen Verpackungsformen im Bereich Lippenbalsam auf Tuben, Stifte und Döschen beschränkten. Daraus resultiere ein bescheidener Formenschatz. Abgesehen von ihren eigenen Produkten und vereinzelt, offensichtlichen Imitationen finde sich auf dem Markt und unter den von der Vorinstanz aufgeführten Beispielen kein Beispiel eines Lippenbalsams oder einer Gesichtscreme, deren Verpackung in einer Ei-Form daherkomme. Diese Form sei daher höchst originell. Die gewählte Form könne nicht als funktional abgetan werden, da der Lippenbalsam aufwändig der Form angepasst werden müsse, und die Verpackung beim Transport mehr Platz erfordere und nicht ohne weiteres stapelbar sei. Erst auf den zweiten Blick werde erkennbar, dass die rundum verlaufende Linie der angemeldeten Marke der Öffnung des Lippenbalsams diene. Noch mehr Erstaunen bewirke, dass die seitliche Einbuchtung eine ähnliche Form wie die Gesamtverpackung aufweise, wodurch der Eindruck von einem "Ei in einem Ei" hervorgerufen werde. Die

angemeldete Formmarke sei derart aussergewöhnlich, dass sie ihnen ermögliche, die entsprechend gekennzeichnete Verpackung in der Fülle des Angebots jederzeit wieder zu finden, indem sie bloss nach "dem" Lippenbalsam in Ei-Form fragen bzw. suchen müssten. Insofern habe die Marke herkunftshinweisende Funktion.

5.2 Zunächst ist auf die Forderung der Beschwerdeführerin einzugehen, das untersuchte Produktsegment auf Lippenpflegeprodukte zu beschränken. Einerseits seien Gesichtspflegeprodukte und Make-Up kein Ersatz für Lippenbalsam. Andererseits stehe die Argumentation der Vorinstanz, Lippenpflegeprodukte würden regelmässig auf der gleichen Verkaufsfläche angeboten wie Gesichtspflegeprodukte und Make-Up, im Widerspruch zu den tatsächlichen Gegebenheiten.

Um zu bestimmen, ob die fragliche Form vom Gewohnten und Erwarteten abweicht, ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Vergleich der angemeldeten Form mit den üblichen Formen im beanspruchten *Warensegment* vorzunehmen (BGE 137 III 403 E. 3.3.3 "Wellenverpackung [3D]"; BGE 134 III 547 E. 2.3.4 "Freischwinger Panton II"; 133 III 342 E. 3.3 "Trapezförmiger Verpackungsbehälter"). Entsprechend beschränkt sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Prüfung des Formenschatzes grundsätzlich auf die konkret beanspruchten Waren und Dienstleistungen (vgl. etwa die Auflistung von Verpackungen für Fische und Fischerzeugnisse im Urteil BVGer B-6313/2009 vom 15. Oktober 2010 E. 6.1.2 "Wellenverpackung [3D]"). Je nach der Natur der fraglichen Waren und der angemeldeten Marke kann es für die Beurteilung der Unterscheidungskraft der Marke jedoch erforderlich sein, einen weiter gefassten Sektor zu Grunde zu legen (vgl. Urteil des BVGer B-1360/2011 vom 1. September 2011 E. 6.1 "Flaschenhals [3D]", mit Verweis auf Urteil des EuGH C-173/04 P vom 12. Januar 2006 Rz. 33 "Standbeutel").

Im erwähnten Urteil B-1360/2011 "Flaschenhals (3D)" ging es darum, ob bei einer Beanspruchung der Marke für "boissons alcoolisées (autres que bières), à savoir vodka" Spirituosenflaschen im Allgemeinen oder Flaschen für eine spezielle Spirituose (Wodka) zu berücksichtigen seien. Demzufolge stellt sich im vorliegenden Fall nur die Frage, ob beim massgeblichen Formenschatz das beanspruchte Warensegment "Lippenbalsam" im Speziellen oder "Lippenpflege" im Allgemeinen zu beachten ist. Es ginge in der Tat zu weit, zusätzlich die Warensegmente "Gesichtspflege" und "Make-Up" einzubeziehen, zumal die dort vertriebenen Produkte teilweise von

gänzlich anderer Konsistenz (Puder, Flüssigkeiten etc.) als Lippenpflegeprodukte und mit diesen auch nicht substituierbar sind. Auch der von der Beschwerdeführerin genannte Umstand, dass diese Produkte – zumindest in grösseren Geschäften – in verschiedenen Verkaufsregalen präsentiert werden, spricht gegen den Einbezug der Waresegmente "Gesichtspflege" und "Make-Up".

Die vorliegend beanspruchte Ware "Lippenbalsam" wird in den Verkaufsregalen neben anderen Lippenpflegeprodukten feilgeboten. Die zu berücksichtigende Formenvielfalt hat sich demnach auf den Warenbereich "Lippenpflegeprodukte" zu beschränken, einschliesslich der zum Zeitpunkt des Eintragungsentscheides auf dem Markt erhältlichen Nachahmungen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1165/2012 vom 5. Februar 2014 E. 5.4 "Mischgerät" [3D], mit Verweis auf B-498/2008 vom 23. Oktober 2008 E. 4.2 "Behälterform [3D]", B-7419/2006 vom 5. Dezember 2007 E. 6.1 "Feuchttücherbehälter [3D]"). Auch der seit Mai 2017 auf dem Schweizer Markt erhältliche Labellino-Lippenbalsam ist somit bei der Feststellung der Formenvielfalt zu berücksichtigen.

5.3 Wie die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin übereinstimmend festhalten, werden Lippenpflegeprodukte in Stiften, Tuben oder Döschen gehandelt. Die Vorinstanz hat indessen weitere Formen von Verpackungsbehältern ausfindig gemacht, unter anderem Cupcake-, Stern- und Entenformen. Diese sind nach Ansicht der Beschwerdeführerin auszusondern, sofern sie nicht nachweislich in der Schweiz feilgeboten werden oder sich an ein Schweizer Publikum richten.

5.3.1 Ausländische Webseiten können nach ständiger Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung des Gemeingutcharakters eines Zeichens herangezogen werden, soweit sie für die Verkehrskreise in der Schweiz relevant sind (vgl. Urteile des BVGer B-181/2007 vom 21. Juni 2007 E. 4.4 "Vuvuzela"; B-5484/2013 vom 22. Juli 2014 E. 4 "Companions"). Die Beweiswürdigung hat im Hinblick auf die zu untermauernde Tatsache zu erfolgen. Mit Bezug auf Marken, welche untrennbar mit der Ware respektive mit deren Verpackung verbunden sind, kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass im Ausland angebotene Waren sich auch auf dem hiesigen Markt befinden, weshalb eine kritische Würdigung der Suchresultate angebracht ist (vgl. Urteile des BVGer B-6304/2016 vom 24. Juli 2018 E. 5.3.3 "APPLE" [nicht rechtskräftig]; B-6219/2013 vom 27. April 2016 E. 5.2.3.2 "Rote Damenschuhsohle"). Der Nachweis, dass

die auf ausländischen Seiten aufgefundenen Waren in der Schweiz angeboten oder von den Abnehmern wahrgenommen werden, obliegt der Vorinstanz, die sich auf die entsprechenden Belege stützt (Urteile des BVGer B-6304/2016 vom 24. Juli 2018 E. 5.3.3 "APPLE"; B-1920/2014 vom 1. September 2015 E. 5.3 "Nilpferd [fig.]").

Diesen Nachweis hat die Vorinstanz mit Bezug auf einen Teil ihrer Belege nicht erbracht. Presseartikel, wonach immer mehr Schweizer ihre Einkäufe im Ausland tätigen (vgl. Beilagen 10 und 11 der Vernehmlassung), genügen hierzu nicht (Urteil des BVGer B-6304/2016 vom 24. Juli 2018 E. 5.3.3 "APPLE"). Die Kenntnisnahme durch das schweizerische Publikum erscheint fraglich bei ausländischen Websites, welche Produkte ohne Angabe einer Versandmöglichkeit in die Schweiz feilbieten und ihre Preise, wenn überhaupt, in einer nichtschweizerischen Währung angeben (vgl. Urteil des BVGer B-6304/2016 vom 24. Juli 2018 E. 5.3.3 "APPLE"). Ausserdem sind weiter Verpackungen von Waren, die ausdrücklich oder "möglicherweise" nicht in die Schweiz verschickt werden, wie etwa das sternförmige Schminkset, das unter anderem Lipgloss enthält, sowie die mit Lipgloss gefüllten Entchen (vgl. Beilage zum Schreiben der Vorinstanz vom 16. März 2017, S. 2f.). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sind hingegen Verpackungen von Lippenbalsamen einzubeziehen, obwohl sie in US-Dollar angeboten werden und deren Lieferung in die Schweiz bis zu 60 Tage dauert (vgl. Beilagen 12-15 der angefochtenen Verfügung), ist es doch möglich, dass Schweizer Kundinnen und Kunden eine lange Lieferfrist in Kauf nehmen.

5.3.2 Die verwertbaren Beweise zeigen nebst den bereits genannten Stiften, Tuben und Döschen in verschiedenen Variationen Verpackungen in Form eines Weinglases, eines Bleistifts, einer Eule, einer Muschel, eines Katzensgesichts, eines Kaninchens, eines Bären, einer Ananas sowie eines Vielecks mit Spitze.

Damit hat die Vorinstanz zwar dargelegt, welche Formen im Warensegment "Lippenpflegeprodukte" beim Durchstöbern von Läden und Online-Shops angetroffen werden können, nicht aber geprüft, welche Formen dieser Vielfalt am betreffenden Markt üblich sind oder aus anderen Gründen naheliegen und darum zum Gewohnten und Erwarteten zählen.

Zum Beispiel sind die Lippenbalsame in Bleistift-, Eulen-, Kaninchen- und Bärenform explizit an Kinder gerichtet und jene in Muschel- und Ananas-

form in einem Online-Shop unter dem Titel "ausgefallene Geschenke/Gadgets" aufgeführt. Auch die weinglasförmige Lippenbalsamdose fällt in diese Kategorie. Diese Verpackungsformen sind nicht üblich, gehören nicht zum repräsentativen Querschnitt und sind daher bei der Formenvielfalt nicht zu berücksichtigen (vgl. vorne, E. 2.3 und 5.2).

Damit ist festzustellen, dass sich die Formenvielfalt im Bereich "Lippenpflegeprodukte" im Wesentlichen auf Stifte, Tuben und Döschen beschränkt. Mitentscheidend ist aber der Umstand, dass es innerhalb dieser drei Hauptformenkategorien zahlreiche "Spielarten" gibt, insbesondere die Dosendeckel in unterschiedlichen Höhen und Formen vorkommen. Im Ergebnis geht daher auch das Bundesverwaltungsgericht von einer relativ grossen Formenvielfalt aus.

5.3.3 Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, ist die zu beurteilende Form eine Art Döschen. Stehfläche und Rille heben sich nicht oder kaum von den üblichen Dosenstandflächen und -rillen ab und vermögen daher den Gesamteindruck nicht zu prägen. Der Deckel ist länglich und hat ein kugeliges Ende; zudem ist er höher als der (untere) Behälter. Insofern handelt es sich dabei um eine ästhetische Wirkung der Deckelhöhe und -proportion, die sich aber nicht wesentlich von den in E. 4 hiervoor beschriebenen trivialen Formen unterscheidet.

Die muldenförmige Vertiefung wirkt zwar durch ihre Schrägstellung und Ungleichförmigkeit durchaus ästhetisch. Wie bereits ausgeführt, ist sie jedoch teilweise funktional bedingt (vgl. E. 4). Überdies ist die Mulde aufgrund ihrer relativ geringen Grösse im Gesamteindruck nicht bis kaum prägend.

5.3.4 Schliesslich stellt sich die Frage, ob die Form im Gesamteindruck über Unterscheidungskraft verfügt. Obwohl die Form im Gegensatz zu einem Ei über parallele Seitenwände und einen flachen Boden verfügt und oben weniger spitz verläuft, wird sie in den von der Beschwerdeführerin eingereichten Beiträgen von Bloggerinnen respektive Microinfluencerinnen meist als "Ei-förmig" beschrieben ("die Lippenpflege aus dem Ei", "Lippenpflege in Eiform", "Lippenbalsam in auffälliger Ei-Form", "in einer Eiform", "sind echt cool die kleinen Eier", "Lippenpflege-Ei"). Weshalb die Vorinstanz diese Beiträge nicht berücksichtigt hat, erschliesst sich dem Bundesverwaltungsgericht nicht, helfen sie doch aufzuzeigen, wie die angemeldete Form wahrgenommen wird. Da die Beiträge zudem auf Deutsch verfasst sind, kann ausgeschlossen werden, dass sie die Wahrnehmung

von Personen aus einem fremden Kulturkreis widerspiegeln. Aus den zitierten Beschreibungen lässt sich schliessen, dass die vorliegende Verpackung als Ei-förmig in der Erinnerung haften bleibt, obwohl sie objektiv gesehen nicht der natürlichen Form eines Eis entspricht. Zumindest für einen Teil der angesprochenen Verkehrskreise und trotz ihrer individuell wiedererkennbaren Ausprägung lässt die Verpackung damit an die Symbolaussage "Ei" denken, was den in E. 5.3.3 hiervoor gezogenen Schluss, dass keine wesentliche Abweichung von trivialen Formen vorliegt, bestätigt.

Zusammenfassend vermögen weder der überhohe Deckel, welcher in einer möglichen von vielen vorkommenden Deckelformen gestaltet ist, noch die Mulde, welche letztlich teilweise als funktional und wenig prägend zu qualifizieren ist, der angemeldeten Form einen unerwarteten und ungewöhnlichen Gesamteindruck zu vermitteln. Die Form verfügt daher nicht über die nötige Unterscheidungskraft. Es handelt sich auch nicht um einen Grenzfall, der im Zweifel einzutragen wäre.

6.

Schliesslich verweist die Beschwerdeführerin auf Voreintragungen respektive Schutzausdehnungen internationaler Registrierungen, nämlich eine Seife in Eiform mit blauen Punkten (vgl. RKGE vom 18. Februar 2004, in: sic! 2004, 674 betr. IR-Marke 741'443), eine Waschmitteltabelle mit eingelassener Kugel (vgl. RKGE vom 2. November 2004, in: sic! 2005, 287 betr. IR-Marke Nr. 747'654) sowie eine Parfümflasche in Tropfenform (vgl. Urteil des BVGer B-7415/2006 vom 15. März 2007 betr. CH-Marke Nr. 557'345). Implizit rügt sie damit die Verletzung des Gleichbehandlungsgebots.

6.1 Nachdem feststeht, dass die Vorinstanz der angemeldeten Formmarke bundesrechtskonform den Markenschutz verweigert hat, kann mit der Rüge, die Rechtsgleichheit sei verletzt worden, nur noch die Gleichbehandlung im Unrecht verlangt werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts wird der Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht ausnahmsweise anerkannt, wenn eine ständige gesetzwidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und die Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenke (Urteil des Bundesgerichts 4A_250/2009 vom 10. September 2009 E. 4 "Unox [fig.]" ; Urteile des BVGer B-2894/2014 vom 13. Mai 2016 E. 6.1 "Taschenlampe mit Löchern"; B-3331/2010 vom 3. November 2010 E. 8.1 "Paradies").

6.2 Die von der Beschwerdeführerin genannten Marken wurden vor über acht Jahren geschützt. Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts scheidet damit ein allfälliger Anspruch der Beschwerdeführerin auf Gleichbehandlung bereits am Alter der genannten Voreintragungen respektive Schutzausdehnungen (vgl. Urteile des BVGer B-2894/2014 vom 13. Mai 2016 E. 6.1 "Taschenlampe mit Löchern"; B-528/2016 vom 17. Mai 2017 E. 6.1 "MUFFIN KING"). Überdies hat die Beschwerdeführerin nicht substantiiert, inwiefern eine ständige gesetzeswidrige Praxis vorliegt, auf welche sie sich stützen könnte.

7.

Die Beschwerde ist daher vollumfänglich abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

Die Gerichtsgebühr 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 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Bei Markeneintragungsverfahren geht es um Vermögensinteressen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich folglich nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). Im Markeneintragungsverfahren ist das Interesse der beschwerdeführenden Partei am Aufwand einer neuen Markeneintragung und an der Vorbereitung der Markteinführung im Fall der Rückweisung der hängigen Markenmeldung zu veranschlagen. Mangels anderer streitwertrelevanter Angaben ist der Umfang der Streitsache darum nach Erfahrungswerten auf Fr. 50'000.– bis Fr. 100'000.– festzulegen (BGE 133 III 490 E. 3.3 "Turbinenfuss", mit Hinweisen). Von diesem Erfahrungswert ist auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Nach dem Gesagten rechtfertigt es sich, die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf Fr. 3'000.– festzulegen.

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. 3'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Zur Bezahlung der Verfahrenskosten wird nach Eintritt der Rechtskraft der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 58538/2016; 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 Schoch

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 BGG). Die Rechtsschrift 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 (Art. 42 BGG).

Versand: 15. Mai 2019