



Abteilung II
B-343/2022

Urteil vom 23. September 2022

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richter Daniel Willisegger, Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiberin Laura Massei.

Parteien

Apple Inc.,
One Apple Park Way, US-CA 95014 Cupertino,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. Michael Treis und Nadine Bosshard,
Baker McKenzie Zurich,
Holbeinstrasse 30, Postfach, 8034 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Internationale Registrierungen Nr. 1'450'712 und
Nr. 1'425'790 "Podcast-Icon (fig.)".

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin der internationalen Registrierungen Nr. 1'450'712 und Nr. 1'425'790 "Podcast-Icon (fig.)" mit Basiseintragungen in den Vereinigten Staaten von Amerika. Die Bildmarken mit dem Farbenspruch: "Violet et blanc. La marque se compose d'un carré violet aux angles arrondis contenant l'image d'une antenne ou d'une personne stylisée blanche entourée de cercles concentriques qui sont également blancs", sehen beide wie folgt aus:



IR 1'450'712 wird für Dienstleistungen der Klassen 38, 41, und 42 beansprucht, darunter insbesondere für die Dienstleistungen:

- 41: Services d'enseignement et de divertissement, à savoir mise à disposition de programmes de podcasts en continu dans les domaines du divertissement, de la musique, des nouvelles, des événements d'actualité, des affaires publiques, de la politique, du gouvernement, des sports, du fitness, des activités récréatives, de la santé, de la médecine, des affaires, de la finance, de l'histoire, des arts, de la culture, de la société, de l'éducation, des sciences, de la technologie, des enfants, de la famille, de la religion, de la spiritualité, des jeux, des loisirs, de la fiction et des sujets d'intérêt général.

IR 1'425'790 wird für folgende Waren der Klasse 9 beansprucht:

- 9: Logiciels informatiques pour la recherche, la navigation, l'achat, l'abonnement à, le téléchargement vers l'aval, la diffusion en continu, la lecture, le stockage, l'organisation, le partage, la création de listes de lectures, l'examen et la notation de podcasts et d'autres séquences audio, séquences vidéo et contenus multimédias; podcasts téléchargeables contenant des séquences audio, séquences vidéo et autres émissions multimédias téléchargeables dans les domaines de la musique, de la télévision, des films, des livres, des actualités, des concerts, de la radio, des sports, des jeux, des événements culturels et des programmes pédagogiques et se rapportant aux divertissements.

B.

Die Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) notifizierte

der Vorinstanz die beantragten Schutzausdehnungen auf die Schweiz am 4. Oktober 2018 hinsichtlich IR 1'425'790 (Warenmarke) und am 21. Februar 2019 hinsichtlich IR 1'450'712 (Dienstleistungsmarke). Die Vorinstanz erliess am 13. September 2019 (Warenmarke) und am 14. Januar 2020 (Dienstleistungsmarke) vorläufige Schutzverweigerungen. Sie beanstandete, das Zeichen gehöre zum Gemeingut und sei deshalb nicht eintragungsfähig.

C.

Die Beschwerdeführerin bestritt mit Stellungnahmen vom 22. Juni 2020 (Warenmarke) und 3. Juli 2020 (Dienstleistungsmarke) die vorgebrachten Schutzverweigerungsgründe und beantragte, die Registrierungen vollumfänglich zum Markenschutz zuzulassen. Diese seien kennzeichnungs- und unterscheidungskräftig, da ihnen weder eine klare Bedeutung zugeordnet, noch Banalität und Freihaltebedürftigkeit attestiert werden könne.

D.

Mit Schreiben vom 9. September 2021 hielt die Vorinstanz an den Schutzverweigerungen teilweise fest, nämlich bezüglich aller Dienstleistungen der Klasse 41 und aller Waren der Klasse 9. Die Darstellung des Podcast-Applikation-Icons sei für diese Dienstleistungen bzw. Waren üblich. Die Abnehmer erkannten darin keinen Hinweis auf eine betriebliche Herkunft. Dem Zeichen fehle es an der konkreten Unterscheidungskraft. Es sei Gemeingut.

E.

Mit Verfügungen vom 2. Dezember 2021 gewährte die Vorinstanz der IR 1'450'712 (Dienstleistungsmarke) den Schutz für die Klassen 38 und 42, verweigerte jedoch den Schutz für die Klasse 41 und der IR 1'425'790 (Warenmarke) den Schutz für alle in Klasse 9 beanspruchten Waren.

F.

Mit Beschwerden vom 21. Januar 2022 gelangte die Beschwerdeführerin ans Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-343/2022 und B-347/2022). Sie beantragt, die Verfügungen der Vorinstanz vom 2. Dezember 2021 aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, IR 1'450'712 vollumfänglich und IR 1'425'790 für sämtliche beanspruchten Waren der Klasse 9 Schutz zu gewähren, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Die Beschwerdeführerin rügt, dem Zeichen lasse sich keine klare Bedeutung entnehmen und es sei keine übliche Darstellung für Podcast-Applikationen. Vielmehr sei es unterscheidungskräftig und den relevanten Abnehmern gar als Herkunftshinweis im Zusammenhang mit Podcast-Applikationssoftware der Beschwerdeführerin bekannt.

G.

Die beiden Beschwerdeverfahren wurden mit Verfügung vom 25. Januar 2022 unter der Geschäftsnummer B-343/2022 vereinigt.

H.

Mit Vernehmlassung vom 4. April 2022 beantragt die Vorinstanz die kostenfällige Abweisung der Beschwerden, wobei sie auf die Begründung in der angefochtenen Verfügung verwies und ihre Argumente bekräftigte.

I.

Auf Antrag der Beschwerdeführerin wurde am 7. Juni 2022 am Sitz des Bundesverwaltungsgerichts eine mündliche und öffentliche Verhandlung durchgeführt, an der die Verfahrensbeteiligten an ihren Rechtsbegehren festhielten.

J.

Auf weitere Vorbringen ist, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. e VGG). Als Marken anmelderin und Adressatin der angefochtenen Verfügungen ist die Beschwerdeführerin durch diese beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerden ist einzutreten.

2.

2.1 Zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika gelten das Protokoll vom 27. Juni 1989 zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken (SR 0.232.112.4; MMP) sowie die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ, SR 0.232.04, in der in Stockholm am 14. Juli 1967 revidierten Fassung).

2.2 Nach Art. 5 Abs. 1 MMP i.V.m. Art. 6^{quinquies} Bst. b Ziff. 2 PVÜ darf einer internationalen Registrierung der Schutz verweigert werden, wenn ihr jegliche Unterscheidungskraft fehlt oder sie "ausschliesslich aus Zeichen oder Angaben zusammengesetzt [ist], die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, des Ursprungsortes der Erzeugnisse oder der Zeit der Erzeugung dienen können, oder die im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten des Landes, in dem der Schutz beansprucht wird, üblich sind." Dieser zwischenstaatlichen Regelung entspricht Art. 2 Bst. a des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11), wonach Zeichen, die Gemeingut sind, vom Markenschutz ausgeschlossen sind, sofern sie sich nicht im Verkehr als Marke für die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben. Lehre und Praxis zu dieser Norm können somit herangezogen werden (Urteile des BGer 4A_492/2007 vom 14. Februar 2008 E. 2 "Gipfeltreffen"; 4A_330/2009 vom 3. September 2009 E. 2.3.1 "Magnum").

3.

3.1 Zum Gemeingut nach Art. 2 Bst. a MSchG zählen Zeichen, welchen die zur Individualisierung der Ware oder Dienstleistung erforderliche Unterscheidungskraft fehlt, und solche, die mit Blick auf einen funktionierenden Wirtschaftsverkehr freizuhalten sind (BGE 139 III 176 E. 2 "You"; EUGEN MARBACH, Markenrecht, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht Bd. III/1, 2. Aufl. 2009, Rz. 247). Die Freihaltebedürftigkeit beurteilt sich nach dem Bedürfnis der Konkurrenten an der Verwendung des Zeichens für entsprechende Waren oder Dienstleistungen, während bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft auf das Verständnis der Abnehmer abzustellen ist (BGE 139 III 176 E. 2 "You"; Urteil des BVer B-3549/2013 vom 8. Oktober 2014 E. 4 "Palace [fig.]"; MARBACH, a.a.O., Rz. 181).

3.2 Nicht hinreichend unterscheidungskräftig sind Zeichen, die aufgrund ihres Erscheinungsbilds oder ihres sachlichen bzw. beschreibenden Gehalts die markenspezifische Unterscheidungsfunktion nicht erfüllen (BGE 139 III 176 E. 2 "You" mit Hinweis). Als Gemeingut im Sinne von Art. 2 Bst. a MSchG vom Markenschutz ausgeschlossen sind namentlich beschreibende Zeichen, die sich in Angaben über die Art, Beschaffenheit, Menge, Bestimmung, den Wert oder sonstige Merkmale der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen erschöpfen und daher die erforderliche Unterscheidungskraft nicht aufweisen (BGE 131 III 495 E. 5 "Felsenkeller").

3.3 Bilder sind wie andere Zeichen eintragungsfähig, wenn sie die erforderliche Unterscheidungskraft aufweisen und für den Verkehr nicht freizuhalten sind (MARBACH, a.a.O., Rz. 316; MATTHIAS STÄDELI/SIMONE BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, in: Lucas David/Markus Frick [Hrsg.], Markenschutzgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2017, Art. 2 Rz. 147). Im Bereich der Bildmarken gehören zum Gemeingut einfache Zeichen, zum Beispiel geometrische Grundelemente (Rechtecke, Kreise, Punkte etc.) und elementare Symbole (mathematische Grundzeichen, Satzzeichen, Musiknoten etc.; vgl. BGer Rotes Levi's Rechteck, PMMBI 1983 I, S. 18f.; Urteil des BVGer B-2418/2014 vom 17. Februar 2016, E. 3.4 "bouton [fig.]"; MARBACH, a.a.O., Rz. 330, 344 und 346), sowie Zeichen, die sich in einem Abbild der Ware bzw. eines anhand der Ware oder Dienstleistung naheliegenden Gegenstands erschöpfen, so dass sie jene bildlich beschreiben (vgl. Urteil des BGer 4A_483/2019 vom 6. Januar 2020 E. 3.5 "Pelzfigur"; Urteile des BVGer B-6628/2019 vom 6. August 2021 E. 2.3.3 "Polo" und B-649/2018 vom 9. Dezember 2019 E. 5.4 "Küchenmaschine"). Eine ungewöhnliche Kombination elementarer Formen und/oder Symbole kann dem Zeichen in ihrer Gesamtheit allerdings Unterscheidungskraft verleihen (Urteile des BVGer B-2262/2018 vom 14. Oktober 2020 E. 7.4 "QR-Code" und B-3088/2016 vom 30. Mai 2017 E. 4.3.1 "Musiknote" [fig.]; MARBACH, a.a.O., Rz. 347).

Farben und Farbkombinationen erfüllen vorab eine ästhetische Funktion. Nur eine ungewöhnliche Farbkombination kann als solche zur originären Unterscheidungskraft eines im Übrigen elementaren Zeichens führen (Urteil des BVGer B-7419/2006 vom 5. Dezember 2007, E. 6.2; STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, a.a.O., Art. 2 Rz. 181).

3.4 Für die Zugehörigkeit zum Gemeingut ändert es dabei nichts, ob das Zeichen beschreibend wirkt, weil es i) einen allgemeinen Sprachstandard

verwendet oder naheliegenden Gegenstand abbildet oder ii) bei seiner ersten Verwendung zwar noch markenfähig gewesen wäre, mit der Zeit aber zu einer allgemein üblichen Bezeichnung bzw. einem allgemein verständlichen Bildsymbol für den beschreibenden Sachzusammenhang geworden (aus Sicht der Markenwirkung "degeneriert") ist (vgl. MARBACH, a.a.O., Rz. 355). Mit der Zeit beschreibend gewordene Zeichen haben ihre Herkunftsassoziation verloren, da sie nurmehr in beschreibendem Sinn verwendet werden und nicht mehr auf einen einzelnen Betrieb, sondern auf bestimmte Waren oder Dienstleistungen hinweisen (vgl. BGE 114 II 171 E. 2a "Eile mit Weile"). Ein solcher Sprachwandel ist bei allen Zeichenkategorien denkbar, allerdings lässt die Mitverwendung desselben Bildmotivs oder einzelner Bildelemente durch andere Verkehrsteilnehmer ein individuell gestaltetes Zeichen noch nicht gemeinfrei werden (vgl. MARBACH, a.a.O., Rz. 357; Entscheid des HGer ZH Euro Sub I [Massnahmeverfahren], SMI 1984, S. 84 ff., E. 5).

Bei nichtregistrierten Zeichen genügt schon das veränderte Verständnis eines einzelnen Verkehrskreises, z.B. der Fachleute oder des kaufenden Publikums, während bei registrierten Marken die Degenerierung in allen Verkehrskreisen weit fortgeschritten sein muss, um einen Schutzverlust zu einem im Gemeingut stehenden "Freizeichen" anzunehmen (vgl. BGE 114 II 171 "Eile mit Weile"; BGE 130 III 113 "Montessori"; MARBACH, a.a.O., Rz. 365, 373).

3.5 Internetrecherchen sind sorgfältig durchzuführen und selektiv auszuwerten (MARBACH, a.a.O. Rz. 229). Nach welcher Methode recherchiert wurde, ist stets offenzulegen (MICHAEL NOTH in: Bühler/Noth/Thouvenin [Hrsg.], Kommentar zum Markenschutzgesetz, 2. Aufl. 2017, Art. 2 lit. c Rz. 50).

4.

4.1 Nach Ansicht der Vorinstanz ist das Podcast-Applikations-Icon im Hinblick auf die Dienstleistungen der Klasse 41 und Waren der Klasse 9 vom Markenschutz ausgeschlossen, nämlich als Bildsymbol für solche üblich. Weil die Abnehmer es lediglich als übliche Darstellung verstünden und keinen Hinweis auf eine betriebliche Herkunft (mehr) darin sähen, beschreibe es sie direkt und sei Gemeingut (Schreiben vom 9. September 2021 Rz. 13 f. bzw. 14 f.). Da nicht dargelegt werde, dass sie ursprünglich unterscheidungskräftig gewesen sei (Vernehmlassung Vorinstanz Rz. 7f.),

könne die Frage nach dem Freihaltebedürfnis offengelassen werden (Schreiben vom 9. September 2021 Rz. 18 bzw. 19).

4.2 Die Beschwerdeführerin wendet ein, dem Zeichen lasse sich keine klare Bedeutung entnehmen. Insbesondere stelle es weder ein Mikrofon noch eine Antenne dar (Beschwerden Rz. 20 ff.) und sei auch keine übliche Darstellung für Podcast-Applikationen. Die Vorinstanz habe nur eine geringe Anzahl von ihr als ähnlich befundener Icons zitiert, die sich vom strittigen Zeichen stark unterschieden (Beschwerden Rz. 29 und 36). Ihr Podcast-Applikations-Icon sei den relevanten Abnehmern dagegen als Herkunftshinweis auf Software im Zusammenhang mit ihren Podcasts bekannt (Beschwerden Rz. 39). Es stelle kein Freizeichen dar (Beschwerden Rz. 40 ff.) und sei nicht Freihaltebedürftig (Beschwerden Rz. 44 ff.).

5.

Vorab sind die massgeblichen Verkehrskreise zu bestimmen (MARBACH, Die Verkehrskreise im Markenrecht, in: sic! 2007 S. 3). Die relevanten Dienstleistungen der Klasse 41 (Bildungs- und Unterhaltungsdienstleistungen mittels Bereitstellen von laufenden Podcast-Programmen) und Waren der Klasse 9 (Computersoftware für verschiedene Funktionen im Zusammenhang mit Podcasts) richten sich hauptsächlich an Jugendliche und Erwachsene, die an den Umgang mit elektronischen Geräten gewöhnt sind (vgl. auch Urteile des BVGer B-2418/2014 vom 17. Februar 2016, E. 4 "bouton [fig.]" und B-3088/2016 vom 30. Mai 2017 E. 3 "Musiknote" [fig.]). Da Podcasts mit hochwertigen elektronischen Geräten erworben werden, betrachten diese das Zeichen aufmerksam (vgl. Urteil des BVGer B-3088/2016 vom 30. Mai 2017 E. 3 "Musiknote" [fig.]).

6.

6.1 Die Mitte des strittigen Zeichens mit Punkt und trapezförmigem Element kann abstrakt tatsächlich als Strichzeichnung eines Menschen oder stilisiertes "i" aufgefasst werden, doch im Zusammenhang mit Aufnahmesequenzen und Podcasts wird sie ohne Zuhilfenahme der Fantasie als Hand- oder Standmikrofon mit umlaufenden konzentrischen Funkwellen verstanden. Denn in diesem Kontext ist es üblich, elektromagnetisches Senden mit konzentrischen Kreisen zu symbolisieren, wie die Beispiele in Beschwerdebeilage 6 zeigen. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin wird das trapezförmige Element bei der stilisierten Abbildung eines Handmikrofons auch regelmässig nach unten schmal verlaufend dar-

gestellt (vgl. die Google-Bildsuchergebnisse für "Mikrofon Icon", Beschwerdebeilage 5), so dass seine Proportionen mit den gängigen Darstellungen übereinstimmen. Das Zeichen erinnert ausserdem an das abstrakte Bild einer Antenne mit Funkwellen und dem trapezförmigen Element und dem Punkt als Antennenmast (vgl. die Google-Bildsuchergebnisse für "Antenna Icon", Beschwerdebeilage 6). Dass Antennenmasten in der Regel nach oben schmal auslaufen, ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin vernachlässigbar, und dass die konzentrischen Wellen sich in manchen Sendesymbolen nur nach rechts und links ausbreiten anstatt oben durchgehend zu verlaufen, mindert die Verständlichkeit des Symbols nicht.

6.2 Auf Benutzeroberflächen von Tablets, Smartphones und anderen Touchscreen-Geräten werden in aller Regel sprachunabhängige Symbole verwendet, die einen thematischen Hinweis auf die installierte Software und ihre Funktion(en) enthalten, um die mit den damit gekennzeichneten Schaltflächen verbundene Anwendungssoftware zu beschreiben. Das strittige Zeichen repräsentiert darum unmittelbar und leicht verständlich die Waren und Dienstleistungen, für welche die Marke der Beschwerdeführerin auf der Benutzeroberfläche von Tablets, Smartphones und anderen Geräten eingetragen ist. Auch dass Podcast-Icons schwarz, weiss oder farbig auf einem unifarbenen Hintergrund gestaltet werden, ist verbreitet und üblich. Zahlreiche Farbkombinationen kommen vor (Plädoyer Vorinstanz Beilagen 14 und Beilage 15; Vernehmlassung Vorinstanz Beilage 13; Beschwerdebeilagen 7 bis 9). Aufgrund dessen sind die weissen Elemente auf violetterem Hintergrund, entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin, nicht hinreichend ungewohnt, um die Farbkombination zu einem einprägsamen und unterscheidungskräftigen Element im Gesamtzeichen werden zu lassen. Auf der anderen Seite zählen zwar einzelne Elemente des strittigen Zeichens (Punkt und Kreis) zu den freihaltebedürftigen geometrischen Grundformen. Das ganze Zeichen ist aber von hinreichender Komplexität und bildet somit kein Elementarzeichen schutzunfähiger Banalität (vgl. vorne, E. 3.3).

6.3 Mit der Abbildung eines Mikrofons bzw. einer Antenne im strittigen Zeichen wird somit direkt der Zweck und die Funktion der Podcast-Applikationssoftware und der damit verbundenen Dienstleistungen beschrieben. Diese beschreibende Wirkung bestand zwar nicht von Anbeginn. Die Beschwerdeführerin hat das Zeichen bzw. sehr ähnliche Versionen davon bereits im Juni 2012 auf dem Markt eingeführt. Sie nutzt es seither intensiv und erfolgreich weltweit (Beschwerden Rz. 30, Beschwerdebeilagen 10

und 11) und dominiert den Markt für Podcast-Angebotsplattformen (Beschwerden Rz. 30, Beschwerdebeilage 12, S. 8). Dass das Zeichen bei Gebrauchsaufnahme ursprünglich unterscheidungskräftig war, liegt darum auf der Hand, doch erfolgte seine Anmeldung als Marke erst, als es von allen Anbietern längst auf breiter Front mitverwendet wurde und zur Sachbezeichnung degeneriert war. Dafür genügt es, wenn an den Umgang mit elektronischen Geräten gewöhnte Jugendliche und Erwachsene dem Zeichen keinen Herkunftshinweis (mehr) entnehmen (vgl. vorne, E. 3.4). Die Frage der Freizeichenbildung stellt sich nicht, da das Zeichen erst als Marke angemeldet wurde, als es seine Unterscheidungskraft bereits verloren hatte. Auch dass sich das Zeichen im Verkehr durchgesetzt habe und umgekehrt nicht als beschreibender Hinweis, sondern als Marke der Beschwerdeführerin erkannt werde, wie die Beschwerdeführerin sinngemäss argumentiert, folgt aus den eingereichten Beweismitteln nicht und hätte zudem formelle Anmeldungen als "durchgesetzte Marken" vorausgesetzt, um berücksichtigt zu werden (vgl. Urteil des BGer 4A_528/2013 vom 21. März 2014 E. 5.3.2 "ePost Select").

6.4 Aufschluss über die Mitverwendung des Zeichens durch andere Unternehmen geben u.a. Auszüge verschiedener Application stores. Einen ähnlichen Gesamteindruck haben je nach Beleg: im Application store Google Play ca. 14 % (Beschwerdebeilage 7), 13 % (Beilage 14 Plädoyer Vorinstanz) oder 20 % (Vernehmlassung Vorinstanz Beilage 13); im Amazon Play Store ca. 6 % (Beschwerdebeilage 8); im Apple Play Store ca. 8 % (Beschwerdebeilage 9); und in der Huawei App Gallery ca. 15 % (Schreiben der Vorinstanz vom 9. September 2021, Beilage 4) bzw. etwa ein Dutzend (Beilage 15 Plädoyer Vorinstanz). Den genannten Belegen ist zudem zu entnehmen, dass bei zahlreichen Podcast-Applikations-Icons auch nur einzelne Elemente des Zeichens abgebildet werden. Der Umstand, dass die Ergebnisse je nach Beleg leicht variieren, ist im Übrigen vernachlässigbar. Alle Suchergebnisse weisen nämlich darauf hin, dass ähnliche Darstellungen verbreitet sind, wobei mehrere Publikationen das Zeichen bzw. ähnliche Symbole als Hinweis für Podcast-Programme und nicht nur für das Angebot der Beschwerdeführerin verwenden (Beschwerdebeilage 12, SRF-Audiostudie, Medientrends Deutschschweiz 2019 Seiten 8, 10 und 11; Plädoyer Vorinstanz Beilage 16, ab S. 5).

Darüber hinaus sind etwa 18 % der Ergebnisse einer Google-Bild-Recherche im Gesamteindruck ähnlich wie das strittige Zeichen (Beilage 16 Plä-

doyer Vorinstanz). Zahlreiche Ergebnisse enthalten nur einzelne Zeichenelemente, beispielsweise das Wellenmotiv (Beilage 15 Plädoyer Vorinstanz).

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin beruft sich auf ältere Markeneintragungen und macht Markenschutz gestützt auf den Gleichbehandlungsgrundsatz geltend (Beschwerden Rz 47 f. bzw. 49 f.).

Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht (Art. 8 BV) wird ausnahmsweise anerkannt, wenn eine ständige gesetzwidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und diese zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenke (Urteil des BGer 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"; B-227/2018 E. 6.1 "Ovale Dose [3D]").

7.2 Die von der Beschwerdeführerin zitierten Registrierungen CH 716'146 (2018), CH 735'868 (2019), CH 730'830 (2019), CH 732'142 (2019) sind, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (Vernehmlassung Rz. 10 ff.), allerdings nicht mit dem streitgegenständlichen Zeichen vergleichbar. Die Beschwerdeführerin zeigt insbesondere nicht auf, dass es sich bei diesen Zeichen um übliche Darstellungen handelt. Damit kann der Beschwerdeführerin kein Anspruch auf Gleichbehandlung gewährt werden.

8.

8.1 Mit Blick auf ihre eigenen Marken beruft sich die Beschwerdeführerin auf Vertrauensschutz (Beschwerden Rz. 49 ff bzw. 51 ff.). Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Dabei wird vorausgesetzt, dass die sich die auf den Vertrauensschutz berufende Person berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann; schliesslich scheitert die Berufung auf Treu und Glauben dann, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen gegenüberstehen (Urteil des BGer 4A_62/2012 vom 18. Juni 2012 E. 4 "Doppelhelix"; BGE 129 I 161 E. 4.1 mit Hinweisen).

8.2 Die von der Beschwerdeführerin zitierten Registrierungen IR 1'518'917 (2021), IR 1'506'311 (2020), IR 1'443'926 (2020), IR 1'504'742 (2020), IR 1'336'049 (2019), IR 1'342'003 (2019), IR 1'365'174 (2019), CH 728'020 (2019), CH 728'013 (2019) zeigen Icons anderer Applikations-Software, deren Mitverwendung durch Dritte von der Beschwerdeführerin aber weder behauptet noch belegt wird, also nicht mit dem Podcast-Applikations-Icon verglichen werden kann. Diese Registrierungen vermögen daher keinen Vertrauensstatbestand zu begründen.

8.3 Auch hinsichtlich der übrigen von der Beschwerdeführerin zitierten Marken ist keine Vergleichbarkeit feststellbar, da, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, bei IR 1'350'059 (2018) und IR 1'158'152 (2019) die Kachelform fehlt und IR 1'414'659 (2019) ein Wortelement erhält. Auch ist zu berücksichtigen, dass der Podcast-Applikationen Markt einem raschen Wandel ausgesetzt ist.

9.

Die Beschwerdeführerin verweist schliesslich auf die Eintragung ihrer Registrierungen als EU-Unionsmarke (Nr. 017932293). Massgeblich für die absoluten Ausschlussgründe sind jedoch einzig die Verhältnisse in der Schweiz. Ausländischen Eintragungsentscheiden kommt keine Präjudizwirkung zu (BGE 129 III 225 E. 5.5 "Masterpiece"; Urteil des BVer B-2418/2014 vom 17. Februar 2016 E. 5.5.2 "bouton [fig.]"). In Grenzfällen sind sie unter Umständen als Indiz für die Eintragungsfähigkeit zu werten (Urteil des BVer 4A_261/2010 vom 5. Oktober 2010 E. 4.1 "V" [fig.]). Vorliegend ist die Rechtslage aber eindeutig und liegt kein Grenzfall vor.

Die Beschwerden sind damit abzuweisen.

10.

10.1 Angesichts dieses Verfahrensausgangs sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). 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.– anzunehmen ist (BGE 133 III 490 E. 3.3 "Turbinenfuss [3D]"). Von diesem Erfahrungswert ist auch für das vorliegende Verfahren auszugehen. Die Beschwerdeführerin hat die Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung verlangt. Damit sind die Gerichtskosten auf Fr. 5'000.– festzusetzen und angesichts des Verfahrensausgangs der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Der von ihr einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

10.2 Eine Parteientschädigung ist weder der unterliegenden Beschwerdeführerin, noch der Vorinstanz zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 und 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerden B-343/2022 und B-347/2022 werden abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und dem geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

David Aschmann

Laura Massei

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 Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtschrift 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: 28. September 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 1450712; Gerichtsurkunde)
- das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD (Gerichtsurkunde)