

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-7416/2006

{T 0/2}

Urteil vom 8. Januar 2008

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz), Richterin Maria Amgwerd,
Richter David Aschmann;
Gerichtsschreiberin Miriam Sahlfeld.

Parteien

X._____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Roger Staub,
Bellerivestrasse 201, 8034 Zürich
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Markenrecht (Schutzverweigerung der Internationalen
Registrierung Nr. 798'782 [marque 3D - emballage de
praliné] für die Schweiz).

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin der IR-Marke Nr. 798'782 (3-D Marke), die am 10. Februar 2003 als Basismarke in Deutschland registriert wurde. Sie sieht wie folgt aus:



Der Schutz dieser Marke wurde für "Confiseries, chocolat, produits chocolatés" in der Klasse 30 beantragt. Für die Farben Karamell, Braun, Silber und Orange ist ein Farbanspruch registriert. Der Schweiz wurde die Schutzausdehnung der obigen Marke seitens der Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) erstmals am 22. Mai 2003 notifiziert. In dieser ersten Notifikation fehlte jedoch der Hinweis, dass es sich um eine dreidimensionale Marke handelt. Am 11. März 2004 berichtigte die OMPI den ursprünglichen Eintrag mit dem Hinweis, dass der ersten Notifikation "marque tridimensionnelle" angefügt werden müsse.

B.

Am 13. Mai 2004 erliess die Vorinstanz eine provisorische Schutzverweigerung mit der Begründung, das vorliegende Zeichen sei nicht rechtsgenügend dargestellt, da man das Objekt in verschiedenen Stadien sehe (einmal sei die Praline sichtbar, dann wieder nicht). Das Zeichen sei deshalb ungenügend definiert, weshalb der Markenschutz verweigert werden müsse.

C.

Mit Schreiben vom 7. Oktober 2004 wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass es sich bei den drei Abbildungen um die Wiedergabe dieser Marke aus verschiedenen Perspektiven handle, wie dies bei dreidimensionalen Marken üblich sei. Aus diesem Grund sei auch nicht auf jeder Wiedergabe dasselbe zu sehen.

D.

Am 8. Dezember 2004 erliess die Vorinstanz eine zweite provisorische Schutzverweigerung. Dieses Mal begründete sie ihren negativen Entscheid damit, dass es sich beim strittigen Zeichen um eine banale Form handle, die bei Pralinenverpackungen üblich sei. Die Marke sei deshalb dem Gemeingut zuzuschreiben. Die Formmarke hebe sich zu wenig von den gewohnten Pralinenverpackungen ab und bleibe nicht im Gedächtnis der Konsumenten haften. Daran ändere auch der beantragte Farbanspruch nichts, da die Farben Karamell, Braun, Silber und Orange im Schokoladensektor nicht aussergewöhnlich seien. In einem Begleitschreiben führte die Vorinstanz aus, nach nochmals eingehender Prüfung des Dossiers könne der Zurückweisungsgrund gemäss Art. 10 MSchV - ungenügende Wiedergabe der Marke - fallen gelassen werden, da durch die Darstellung lediglich die verschiedenen Perspektiven veranschaulicht würden. Des Weiteren hielt die Vorinstanz fest, dass die Prüfungsfrist erst am 11. März 2005 ablaufe, da seitens der OMPI am 11. März 2004 eine Berichtigung der ursprünglichen Notifikation ergangen sei. Die mit der provisorischen Schutzverweigerung formulierte Begründung - Gemeingut aufgrund der banalen Form - erweise sich deshalb als fristgerecht mitgeteilt.

E.

Mit der Stellungnahme zur provisorischen Schutzverweigerung vom 6. Mai 2005 wies die Beschwerdeführerin ergänzend darauf hin, dass die vorliegend zu beurteilende Marke auch in anderen EU-Staaten zugelassen worden sei. Insbesondere die zweite Beschwerdekammer des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt habe festgehalten, dass die Kombination aller Gestaltungsmerkmale der angemeldeten Marke geeignet sei, als Herkunftshinweis zu fungieren.

F.

Mit Schreiben vom 2. August 2005 bestätigte die Vorinstanz die Schutzverweigerung der internationalen Registrierung. Sie hielt daran fest, dass es sich beim strittigen Zeichen lediglich um die Darstellung der beanspruchten Ware in einer banalen Verpackung handle. Zusätzlich hielt die Vorinstanz fest, es sei zwar zutreffend, dass nicht von Anfang an alle relevanten Ausschlussgründe vorgebracht worden seien. Indessen sei der Vorbehalt bezüglich Gemeingutcharakter fristgerecht erfolgt.

G.

Mit Stellungnahme vom 2. Februar 2006 hielt die Beschwerdeführerin an ihrer Auffassung fest, wonach sich die Marke insbesondere im Gesamteindruck aufgrund der Kombination sämtlicher Elemente originell und unterscheidungskräftig erweist. Im gesamten Erscheinungsbild erinnere sie an eine Mohnblüte und bleibe in der Erinnerung des Konsumenten besonders gut haften.

H.

Mit Verfügung vom 5. Mai 2006 verweigerte die Vorinstanz der IR-Marke Nr. 798'782 definitiv den Schutz in der Schweiz für die beanspruchten Waren. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen an, dass das vorliegende Zeichen auch im Gesamteindruck nicht als betrieblicher Herkunftshinweis verstanden werde. In Bezug auf die Frage der Rechtzeitigkeit der Beanstandung wird festgehalten, die Berichtigung seitens des OMPI vom 11. März 2004 habe eine neue Beanstandungsfrist ausgelöst.

I.

Hiergegen erhob die Beschwerdeführerin am 7. Juni 2006 Beschwerde an die Eidgenössische Rekurskommission für Geistiges Eigentum. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

1. Es sei die Verfügung des IGE vom 5. Mai 2006, mit welcher der internationalen Registrierung Nr. 798'782 (marque 3D - emballage de praliné) der Schutz in der Schweiz für die in der Kasse 30 beanspruchten Waren, nämlich "confiseries, chocolat, produits chocolâtés" verweigert wurde, aufzuheben.
2. Es sei das IGE anzuweisen, der internationalen Registrierung Nr. 798'782 (marque 3D - emballage de praliné) den Schutz in der Schweiz zu erteilen.
3. Es sei der Beschwerdeführerin eine angemessene Entschädigung für die ihr im Zusammenhang mit der Verweigerung des Schutzes der internationalen Registrierung Nr. 798'782 (marque 3D - emballage de praliné) für die Schweiz entstandenen Kosten zuzusprechen.

J.

Am 16. August 2006 erstattete die Vorinstanz ihre Vernehmlassung. Sie beantragt die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge.

K.

Mit Verfügung vom 15. November 2006 wurde das Verfahren per 1. Januar 2007 an das Bundesverwaltungsgericht überwiesen.

L.

Mit Schreiben vom 23. März 2007 stellte die Vorinstanz ein Gesuch um Sistierung des Verfahrens, da das unter der Geschäftsnummer 4A. /2007 hängige Verfahren vor dem Bundesgericht ("Verpackungsbehälter", inzwischen publiziert als BGE 133 II 342) präjudizielle Wirkung auf das vorliegende Verfahren haben könne. Die Beschwerdeführerin beantragte am 3. Mai 2007 die Abweisung des Sistierungsgesuches. Mit Zwischenverfügung vom 3. Mai 2007 wurde das Sistierungsgesuch der Vorinstanz abgewiesen.

Am 21. Juni 2007 fand die seitens der Beschwerdeführerin beantragte öffentliche Verhandlung statt. Beide Parteien hielten an ihren Begehren fest. Auf ihre Vorbringen ist, soweit erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

M.

Mit Verfügung vom 2. Juli 2007 wurde der Beschwerdeführerin Frist gesetzt, um sich nochmals zur Frage zu äussern, ob es sich bei den drei Abbildungen jeweils um die gleiche Form aus unterschiedlichen Perspektiven oder um unterschiedliche Formen (im Sinne der Darstellung eines Bewegungsablaufs) handle. Mit Schreiben vom 15. August 2007 bestätigte die Beschwerdeführerin, dass es sich jeweils um die gleiche Form aus unterschiedlichen Perspektiven handelt. Die Vorinstanz verzichtete auf eine weitere Stellungnahme (Aktennotiz vom 16. August 2007).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Es hat das vorliegende Verfahren am 1. Januar 2007 von der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum übernommen (Art. 53 Abs. 2 VGG). Die Beschwerde wurde in der gesetzlichen Frist von Art. 50 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) eingereicht

und der verlangte Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet. Als Antragstellerin zur Schutzausdehnung der internationalen Marke 798'782 für die Schweiz ist die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und beschwert (Art. 48 VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Zwischen der Schweiz und Deutschland gelten das Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken (MMA, SR 0.232.112.3) sowie die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ, SR 0.232.04) beide revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967. Gestützt auf Art. 5 Abs. 1 MMA in Verbindung mit Art. 6^{quinquies} B Ziff. 2 PVÜ darf die Eintragung einer Marke insbesondere dann verweigert werden, wenn diese jeder Unterscheidungskraft entbehrt oder ausschliesslich aus beschreibenden Zeichen oder Angaben besteht. Dieser zwischenstaatlichen Regelung entspricht Art. 2 lit. a des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11), wonach die Eintragung dann zu verweigern ist, wenn das Zeichen, für welches der Markenschutz verlangt wird, Gemeingut ist. Damit können Lehre und Praxis zu dieser Norm herangezogen werden (BGE 114 II 373 E. 1 *Alta tensione*, 128 III 457 E. 2 *Yukon*; Entscheid B-7379/2006 vom 17. Juli 2007 E. 3 *Leimtube*).

3.

Zunächst ist die Staatsvertragskonformität der Verfügung der Vorinstanz vom 5. Mai 2006 zu prüfen. Gemäss Art. 5 Abs. 2 MMA kann die Vorinstanz innerhalb eines Jahres ab Mitteilung einer internationalen Markenregistrierung erklären, dass sie dieser Marke den Schutz in der Schweiz verweigere.

3.1 Die Beschwerdeführerin verlangt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung aus formellen Gründen. Da die internationale Registrierung Nr. 798'782 am 22. Mai 2003 notifiziert worden sei, sei die Frist zum Erlass einer vorläufigen Schutzverweigerung am 21. Mai 2004 abgelaufen. Die Berichtigung der OMPI vom 11. März 2004 habe entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht zur Folge gehabt, dass die einjährige Frist gemäss Art. 5 Abs. 2 MMA nochmals zu laufen begonnen habe. Damit sei die zweite vorläufige Schutzverweigerung vom 8. Dezember 2004 verspätet erfolgt. Insbesondere habe die Vorinstanz bereits bei der ersten provisorischen Schutzverweigerung erkannt, dass es sich beim fraglichen Zeichen um eine 3D-Marke handle. Aus die-

sem Grund hätte sie schon im Zeitpunkt der ersten vorläufigen Schutzverweigerung alle Vorbehalte gegenüber der Formmarke anfügen können und müssen (Beschwerde, S. 5). Die Vorinstanz vertritt dagegen die Auffassung, dass eine Berichtigung der internationalen Registrierung seitens der OMPI - in gleicher Weise wie die ursprüngliche Notifikation - die Einjahresfrist zum Vorbringen von Schutzverweigerungsgründen erneut auslöse. Die Berichtigung sei dem Institut am 11. März 2004 zugestellt worden. Mit der vorläufigen Schutzverweigerung vom 8. Dezember 2004 sei die einjährige Frist ohne Weiteres gewahrt. Die Vorinstanz führt weiter aus, dass sie sich bei der ersten provisorischen Schutzverweigerung an die Mitteilung der OMPI halten dürfen. Da es keine Angaben bezüglich der Art der Marke gegeben habe, sei man nicht verpflichtet gewesen, die Prüfung im Hinblick auf eine Formmarke vorzunehmen. Doch selbst wenn die Vorinstanz bei der ersten vorläufigen Schutzverweigerung bereits von einer Formmarke ausgegangen wäre, hätte dies ihrer Ansicht nach nicht zur Folge, dass das Recht zum Anführen von Schutzausschlussgründen gemäss Art. 2 Bst. a des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11) verwirkt sei (vgl. Vernehmlassung, S. 2 ff.).

3.2 Gemäss Art. 5 Abs. 2 MMA ist die Schutzverweigerung spätestens "vor Ablauf eines Jahres nach der internationalen Registrierung der Marke oder dem gemäss Art. 3^{ter} MMA gestellten Gesuch um Ausdehnung des Schutzes" mitzuteilen (Art. 5 Abs. 2 MMA; Entscheid B-7397/2006 vom 4. Juni 2007, E. 2 *Gitarrenkopf*; vgl. auch den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] vom 15. Juli 2005, in: sic! 1/2006 32 E. 2 *Schmuckkäfer* [fig.]; sowie KARL-HEINZ FEZER, Handbuch der Markenpraxis, Band 1: Markenverfahrensrecht, Teil 3: IR-Markenverfahren, München 2007, N. 528). Jede Schutzverweigerung, die erst nach Ablauf der Jahresfrist eintrifft, wird als nicht erfolgt betrachtet (Regel 18 Abs. 1 Bst. a der Gemeinsamen Ausführungsverordnung zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken und zum Protokoll zu diesem Abkommen [GAFO; SR 0.232.112.21]; FEZER, Handbuch, N. 537). An diese Regel sind sowohl die Vorinstanz als auch das Bundesverwaltungsgericht gebunden (Entscheid der RKGE vom 28. September 2006, in: sic! 5/2007, nicht publizierte E. 5 *Alpendorf*).

3.3 Es ist nicht erforderlich, dass innert der Frist gemäss Art. 5 Abs. 2 MMA eine definitive Schutzverweigerung verfügt wird. Vielmehr reicht es aus, wenn innerhalb der Frist eine provisorische Schutzverweigerung erfolgt, in der sämtliche Gründe für die Schutzverweigerung mitgeteilt werden. Es können auch Gründe nachgeschoben werden, sofern dies innerhalb der Jahresfrist geschieht. Eine definitive Schutzverweigerung aus anderen als den fristgerecht mitgeteilten Gründen ist dagegen nicht möglich (Guide to the international registration of marks under the Madrid Agreement and the Madrid Protocol, World Intellectual Property Organization [Hrsg.], Geneva 2004 [zit. Guide MMA/MMP], Ziff. 34.01; Entscheid der RKGE vom 28. September 2006, in: sic! 5/2007, nicht publizierte E. 5 *Alpendorf*; FEZER, Handbuch, N. 540). Eine Ausnahme kommt allenfalls in Betracht, wenn die der WIPO fristgerecht mitgeteilte und die in der Schutzverweigerung verwendete Begründung einander im Tatsächlichen wie im Rechtlichen gleich zu erachten sind, sodass die Nennung des einen Grundes als ausreichende Grundlage für die auf den anderen Grund gestützte Schutzversagung angesehen werden kann (KARL-HEINZ FEZER, Markenrecht, Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen, Dokumentation des nationalen, europäischen und internationalen Kennzeichenrechts, 3. Aufl., München 2001, Art. 5 MMA, N. 10).

3.4 Welchen Einfluss eine Berichtigung der internationalen Registrierung auf die Einjahresfrist zum Vorbringen von Schutzverweigerungsgründen hat, ist in der Regel 28 Abs. 3 GAFO festgehalten. Danach ist die nationale Behörde berechtigt, in einer Mitteilung über die vorläufige Schutzverweigerung an das Internationale Büro zu erklären, dass der internationalen Registrierung in der berichtigten Fassung der Schutz nicht oder nicht mehr gewährt werden kann. Art. 5 des MMA und die Regeln 16 und 18 GAFO finden diesfalls sinngemäss Anwendung, was unter anderem bedeutet, dass erneut eine einjährige Frist (gemäss Art. 5 Abs. 2 MMA) zur Angabe von Gründen für die Schutzverweigerung zu laufen beginnt. Dies gilt jedoch nur für das Vorbringen solcher Gründe, die aufgrund der Berichtigung neu hinzugekommen sind und nicht bereits aufgrund der ursprünglichen Fassung hätten geltend gemacht werden können (Guide MMA/ MMP, Ziff. 68.05). Dies entspricht auch der ratio legis des Madrider Abkommens, insbesondere derjenigen von Art. 5 MMA. Zweck der Regelung ist es, dem Markeninhaber innert angemessener Frist ein hinreichend klares Bild der Rechtslage zu geben (FEZER, Markenrecht, Art. 5 MMA, N. 10). Er soll

nicht ungebührlich lange in einem Schwebezustand gelassen werden. Die Regel 28 Abs. 3 GAFO darf deshalb nicht zu weit ausgelegt werden. Sie soll insbesondere nicht dazu dienen, dass die nationale Behörde die Jahresfrist zur Geltendmachung von Schutzverweigerungsgründen umgehen kann, indem sie Gründe vorbringt, die nicht im Zusammenhang mit der Berichtigung stehen.

3.5 Im vorliegenden Fall berichtigte die OMPI die ursprüngliche Notifikation der in Frage stehenden Marke mit Notifikation vom 11. März 2004, indem sie den Hinweis anbrachte, es müsse die Angabe hinzugefügt werden, dass es sich um eine dreidimensionale Marke handle. Indessen ist bereits aus der räumlichen Abbildung ersichtlich, dass es sich beim vorliegenden Zeichen um eine Formmarke handeln muss. Dass auch die Vorinstanz von dieser Beurteilung ausging, belegt bereits die provisorische Schutzverweigerung vom 13. Mai 2004. Dort wird die Marke der Beschwerdeführerin mit "798782 marque tridimensionnelle (emballage de praliné)" betitelt. In der Begründung zur provisorischen Schutzverweigerung wird weiter ausgeführt, dass es sich bei der Marke um die Wiedergabe eines Objekts in verschiedenen Stadien handle. Die Frage, ob es sich allenfalls um ein zweidimensionales Zeichen handeln könnte, hat sich zu keinem Zeitpunkt gestellt. Vielmehr ist deshalb davon auszugehen, dass die Vorinstanz bereits vor der ersten provisorischen Schutzverweigerung - wie im Übrigen auch aus der Basiseintragung in Deutschland ersichtlich - erkannt hat, dass es sich beim Zeichen der Beschwerdeführerin um eine 3D-Marke handelt.

3.6 Nach dem Gesagten hat die Berichtigung der OMPI, wonach ein ausdrücklicher Hinweis auf die Dreidimensionalität der Marke zu machen ist, keine neuen Erkenntnisse im Bezug auf die Beurteilung der Marke mit sich gebracht. Es sind keine zusätzlichen Schutzverweigerungsgründe hinzugetreten, die nicht bereits bei der ersten Notifikation vom 22. Mai 2003 bestanden hätten. Die Berichtigung vom 11. März 2004 hat somit keine neue Frist im Sinne von Art. 5 Abs. 2 MMA ausgelöst. Die Frist zum Vorbringen sämtlicher Schutzverweigerungsgründe ist demnach am 22. Mai 2004 abgelaufen (Regel 4 Abs. 1 GAFO). Alle Gründe, die erst nach diesem Datum geltend gemacht worden sind, sind nicht mehr zu hören. Dies gilt insbesondere für das Argument, das strittige Zeichen gehöre zum Gemeingut im Sinne von Art. 2 Bst. a MSchG, welches erst mit der provisorischen Schutzverweigerung vom 8. Dezember 2004 vorgebracht worden ist. Die vor-

liegende IR-Marke ist deshalb nur im Lichte der in der provisorischen Schutzverweigerung vom 13. Mai 2004 angeführten Schutzverweigerungsgründe zu prüfen.

3.7 Mit provisorischer Schutzverweigerung vom 13. Mai 2004 versagte die Vorinstanz der in Frage stehenden Marke den Schutz mit der Begründung, dass in der Abbildung das Objekt in verschiedenen Stadien dargestellt sei. Das Schutzobjekt sei folglich nicht eindeutig definiert. Dies widerspreche den Vorgaben von Art. 2 Bst. d MSchG und Art. 10 Abs. 1 MSchV und schaffe eine Rechtsunsicherheit. Nachdem die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen hatte, dass es sich bei den drei Abbildungen um die Wiedergabe des stets gleichen Objekts aus unterschiedlichen Perspektiven handelt, liess die Vorinstanz den Zurückweisungsgrund "unklare Definition des Schutzobjekts" (Art. 10 MSchV) fallen. Im Schreiben vom 8. Dezember 2004 führte die Vorinstanz aus, dass sie nach eingehender Prüfung ebenfalls zum Schluss gekommen sei, dass es sich beim vorliegenden Zeichen um die Wiedergabe des gleichen Objekts aus unterschiedlichen Perspektiven handle. Nachdem die erste provisorische Schutzverweigerung fallen gelassen worden und die zweite nicht fristgerecht erfolgt ist (vgl. E. 3.6 hiavor), fehlt es vorliegend an einer gültigen Schutzverweigerung. Das Recht zu erklären, dass der Marke der Schutz in der Schweiz nicht gewährt werden kann, ist mit Fristablauf am 22. Mai 2004 verwirkt (Art. 5 Abs. 1 und 5 MMA). Die Beschwerde ist demnach bereits aus diesem Grund gutzuheissen.

3.8 In tatsächlicher Hinsicht kann angesichts des soeben Gesagten offen bleiben, ob es sich, wovon die Vorinstanz mit Schreiben vom 8. Dezember 2004 ausgegangen ist, bei allen drei Abbildungen um das gleiche Objekt aus unterschiedlichen Perspektiven handelt. Indessen rechtfertigt sich im Sinne einer Eventualbegründung die Feststellung, dass die vorliegende 3D-Marke grafisch eindeutig dargestellt ist. Dass nicht auf allen Abbildungen dasselbe zu sehen ist (z.B. die Praline) liegt daran, dass das Objekt einmal von vorne (Abbildung links und in der Mitte) und einmal seitlich gezeigt wird (Abbildung rechts). Dreht man jedoch die seitlich wiedergegebene Darstellung (Abbildung rechts) um 90 Grad, ergibt sich das Bild, wie es sich bei der Abbildung in der Mitte präsentiert. Die Praline wird sichtbar, dagegen werden der "Kelch" durch die "Blüte" verdeckt. Richtet man anschliessend die Blüte auf und dreht sie leicht seitlich ab, ergibt dies die Abbildung ganz links, auf der sowohl die Praline als auch der Kelch zu sehen ist. Dies

hat die Beschwerdeführerin gegenüber der Vorinstanz bereits mit Schreiben vom 7. Oktober 2004 geltend gemacht. Entsprechend hat die Vorinstanz bestätigt, dass der Zurückweisungsgrund gemäss Art. 10 MSchV fallen gelassen werden könne, da die Wiedergabe der internationalen Registrierung die verschiedenen Perspektiven veranschauliche (vgl. E. 3.7 hiavor). Mit Eingabe vom 15. August 2007 hat die Beschwerdeführerin nochmals bestätigt, dass es sich nicht um die Darstellung eines Bewegungsablaufs handelt.

4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen und die Vorinstanz anzuweisen ist, der IR-Marke 798'782 (marque 3D - emballage de praliné) den Schutz in der Schweiz zu gewähren.

5.

5.1 Ausgangsgemäss sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der geleistete Kostenvorschuss ist der Beschwerdeführerin zurück zu erstatten. Überdies ist ihr eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

5.2 Fehlt wie vorliegend eine unterliegende Gegenpartei, ist die Parteientschädigung derjenigen Körperschaft oder autonomen Anstalt aufzuerlegen, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Nach Art. 1 des Bundesgesetzes über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGEG, SR 172.010.31) handelt die Vorinstanz als autonome Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit. Sie ist in eigenem Namen mit dem Vollzug des Markenschutzgesetzes, namentlich der Führung des Markenregisters beauftragt (Art. 2 Abs. 1 Bst. a und b IGEG). Gestützt darauf hat die Vorinstanz die angefochtene Verfügung in eigenem Namen erlassen und die dafür vorgesehene Gebühr erhoben. Ihr sind demnach die Parteikosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Da die Beschwerdeführerin keine Kostennote eingereicht hat, ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten zu bestimmen und auf Fr. 3'500.-- festzusetzen (Art. 8 und 14 Abs. 2 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Verfügung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 5. Mai 2006 wird aufgehoben und das Institut angewiesen, der IR-Marke 798'782 (emballage de praliné) den Schutz in der Schweiz zu gewähren.

2.

Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird zulasten des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- zugesprochen.

4.

Dieses Urteil wird eröffnet:

- der Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; mit Gerichtsurkunde)
- der Vorinstanz (Ref. IR Nr. 798'782; mit Gerichtsurkunde)
- dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (mit Gerichtsurkunde).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Miriam Sahlfeld

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 Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 15. Januar 2008