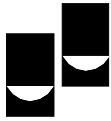


Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-7427/2006

{T 0/2}

Urteil vom 9. 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. 821'165 ["Chocolat Pavot (fig.)"] für die
Schweiz)

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin der IR-Marke Nr. 821'165 Chocolat Pavot (fig.) mit Ursprungsland Deutschland, registriert am 27. Oktober 2003. Die Marke beansprucht Schutz unter anderem in der Schweiz, und zwar für *Confiseries, chocolat et produits chocolatés, pâtisseries* in der Klasse 30. Sie sieht wie folgt aus:



Der Schweiz wurde die Schutzausdehnung der obigen Marke seitens der Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) am 15. April 2004 notifiziert.

B.

Am 21. März 2005 erliess die Vorinstanz eine vorsorgliche Schutzverweigerung mit der Begründung, "Chocolat Pavot" sei für die beanspruchten Waren beschreibend und gehöre zum Gemeingut. Auch bleibe der Schriftzug nicht in der Erinnerung haften, sodass die Marke im Gesamteindruck nicht unterscheidungskräftig sei.

C.

Nachdem die Frist zur Stellungnahme zweimal erstreckt worden war, legte die ursprüngliche Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin ihr Mandat nieder. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2005 zeigte der rubrizierte Vertreter die Übernahme der Vertretung an und beantragte eine Erstreckung der Frist zur Stellungnahme, eventualiter die Sistierung des Verfahrens, bis zum 21. Februar 2006. Mit Schreiben vom 10. Januar 2006 sistierte die Vorinstanz das Verfahren bis zum 21. Februar 2006.

D.

Mit Stellungnahme vom 21. Februar 2006 beantragte die Beschwerdeführerin, die Sistierung des Verfahrens aufzuheben und die provisorische Schutzverweigerung zurückzuziehen. Zur Begründung führte sie aus, dass die Marke nicht beschreibend und insbesondere im Gesamteindruck (in Verbindung mit der grafischen Gestaltung) unterscheidungskräftig sei.

E.

Mit Schreiben vom 1. Mai 2006 hielt die Vorinstanz an der Schutzverweigerung fest. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen nochmals aus, dass es der Marke an der nötigen Unterscheidungskraft fehle. Für den Fall, dass die Beschwerdeführerin eine durchgesetzte Marke geltend machen wollte, verneinte die Vorinstanz eine Verkehrsdurchsetzung, da die von der Beschwerdeführerin beigelegte Marktstudie nicht geeignet sei, eine solche glaubhaft zu machen.

F.

Mit Schreiben vom 30. Juni 2006 ersuchte die Beschwerdeführerin erneut um Rückzug der provisorischen Schutzverweigerung. Sie wies unter anderem darauf hin, dass die eingereichte Marktstudie nicht eine allfällige Verkehrsdurchsetzung belege, sondern vielmehr Ausdruck dafür sei, dass die vorliegende Marke ursprünglich unterscheidungskräftig sei. Mit Schreiben vom 6. September 2006 bestätigte die Beschwerdeführerin ausdrücklich, dass keine Verkehrsdurchsetzung geltend gemacht werde.

G.

Mit Verfügung vom 28. September 2006 verweigerte die Vorinstanz der IR-Marke 821'165 Chocolat Pavot (fig.) für die beanspruchten Waren definitiv den Schutz in der Schweiz.

H.

Hiergegen erhob die Beschwerdeführerin am 30. Oktober 2006 Beschwerde an die Eidgenössische Rekurskommission für geistiges Eigentum. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

- "1. Es sei die Verfügung des IGE vom 28. September 2006, mit welcher der internationalen Registrierung Nr. 821'165 ("Chocolat Pavot, fig.") der Schutz in der Schweiz für die in der Klasse 30 beanspruchten Waren ("Konfekt, Schokolade und Schokoladenprodukte, feine Backwaren") verweigert wurde, aufzuheben.
2. Es sei das IGE anzuweisen, der internationalen Registrierung Nr. 821'165 ("Chocolat Pavot, fig.") den Schutz in der Schweiz für sämtliche beanspruchten Waren zu erteilen.
3. Es sei der Beschwerdeführerin eine angemessene Entschädigung für die ihr im Zusammenhang mit der Verweigerung des Schutzes der internationalen Registrierung Nr. 821'165 ("Chocolat Pavot, fig.") für die Schweiz entstandenen Kosten zuzusprechen."

I.

Am 15. November 2006 wurde das Verfahren per 1. Januar 2007 an das Bundesverwaltungsgericht überwiesen.

J.

Mit Schreiben vom 5. Dezember 2006 verzichtete die Vorinstanz auf die Einreichung einer Vernehmlassung. Sie beantragt unter Hinweis auf die Begründung der angefochtenen Verfügung die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge.

K.

Am 16. Juli 2007 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht dem Begehren der Beschwerdeführerin entsprechend eine öffentliche Verhandlung statt, anlässlich welcher beide Parteien an ihren Anträgen festhielten. Auf ihre Vorbringen ist, soweit erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

L.

Mit Schreiben vom 23. August 2007 nahm die Vorinstanz zur Frage der Gleichbehandlung der vorliegend in Frage stehenden Marke mit der Marke CAMEL BRÛLÉ Stellung. Sie verneinte eine Missachtung des Gleichbehandlungsgebots, da CAMEL BRÛLÉ in keiner erdenklichen Lesart beschreibend und deshalb zu Recht im Register eingetragen worden sei.

M.

Mit Stellungnahme vom 10. September 2007 führte die Beschwerdeführerin aus, die Auffassung der Vorinstanz sei nicht nachvollziehbar. Beim Begriff "caramel brûlé" handle es sich um einen anerkannten Fachausdruck.

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 gemäss Art. 50 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) eingereicht und der verlangte Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet. Als Antragstellerin betreffend Schutzausdehnung der IR-Marke 821'165 Chocolat Pavot (fig.) 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 Deutschland und der Schweiz 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 in den in Stockholm revidierten Fassungen vom 14. Juli 1967. Nach 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 (vgl. dazu neuerdings das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7416/2006 vom 8. Januar 2008 E. 3 *Pralinenverpackung*). Mit dem Versand der vorsorglichen Schutzverweigerung am 21. März 2005 aufgrund der Mitteilung der IR-Marke 821'165 Chocolat Pavot (fig.) am 15. April 2004 wurde diese Jahresfrist eingehalten.

3.

3.1 Gestützt auf Art. 5 Abs. 1 MMA in Verbindung mit Art. 6quinquies B Ziff. 2 PVÜ darf die Eintragung insbesondere dann verweigert werden, wenn die Marke jeder Unterscheidungskraft entbehrt oder ausschliesslich aus beschreibenden Zeichen oder Angaben besteht. Dieser zwischenstaatlichen Regelung entspricht Art. 2 Bst. 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 128 III 457 E. 2 *Yukon*, 114 II 373 E. 1 *Alta tensione*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7379/2006 vom 17. Juli 2007 E. 3 *Leimtube*).

3.2 Als Gemeingut sind Zeichen anzusehen, die nicht zur Identifikation von Waren und Dienstleistungen dienen können und vom Publikum nicht als Hinweis auf eine bestimmte Betriebsherkunft verstanden werden (LUCAS DAVID, Kommentar zum Markenschutzgesetz, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Lucas David [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz Muster- und Modellgesetz, 2. Aufl., Art. 2 N. 5). Zeichen, welche der Abnehmer nicht als betriebsbezogenen Unterscheidungshinweis, sondern als sachliche Aussage über Art und Eigenschaften des Produktes versteht, bilden keine Marke und sind zurückzuweisen. Gleichzeitig hat der Schutzausschlussgrund der Zugehörigkeit zum Gemeingut aber auch zu verhindern, dass dem Wirtschaftsverkehr wesentliche Zeichen entzogen, bzw. von einem Konkurrenten in wettbewerbsbeschränkender Weise monopolisiert werden (EUGEN MARBACH, Kennzeichenrecht, in: Roland von Büren / Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III, Basel 1996 [zit. Marbach, Kennzeichenrecht], S. 34).

3.3 Zum Gemeingut im Sinne von Art. 2 Bst. a MSchG zählen unter anderem beschreibende Angaben. Diese nehmen unmissverständlich auf den Kennzeichnungsgegenstand Bezug, indem sie eine direkte Aussage über bestimmte Eigenschaften oder die Beschaffenheit der zu kennzeichnenden Ware machen. Es handelt sich namentlich um Angaben, die geeignet sind, im Verkehr als Hinweis auf Art, Zusammensetzung, Qualität, Quantität, Bestimmung, Gebrauchszweck, Wert, Ursprungsort oder Herstellungsort aufgefasst zu werden. Gemeingut ist allerdings nur dann anzunehmen, wenn das Publikum die Bedeu-

tung des betreffenden Wortes unmittelbar erkennen kann, ohne dass eine besondere Denkarbeit oder ein Aufwand an Fantasie nötig ist (BGE 118 II 182 E. 3b *Duo*; Urteil des Bundesgerichts 4A.7/1997 vom 23. März 1998 E. 1 in sic! 4/1998 397 *Avantgarde*; Entscheid der RKGE vom 29. September 1997 in sic! 6/1997 561 E. 3 *Mirabell*; Entscheid der RKGE vom 6. Oktober 2000 in sic! 1/2001 28 E. 2 *Levante*; CHRISTOPH WILLI, Kommentar Markenschutzgesetz, Das schweizerische Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 2 N. 35 ff.; MARBACH, Kennzeichenrecht, S. 37 f.).

3.4 Dem Zweck der Marke als Kennzeichnungsmittel folgend ist für die Beurteilung der Unterscheidungskraft die Auffassung der Abnehmer massgebend. Das Gericht hat deshalb vorab die massgeblichen Verkehrskreise zu bestimmen (EUGEN MARBACH, Die Verkehrskreise im Markenrecht, in sic! 1/2007 [zit. Marbach, Verkehrskreise], S. 3). Konsumgüter des täglichen Gebrauchs richten sich vorwiegend an den Durchschnittskonsumenten. Diesfalls dürfen nicht Kenntnisse vorausgesetzt werden, für die es besonderer Interessen oder Nachforschungen bedarf (WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 41). Nur soweit der Kaufentscheid nicht beim eigentlichen Konsumenten liegt, sondern von dritten Kreisen gefällt wird, ist auf das Verständnis der entsprechenden Fachkreise abzustellen (MARBACH, Verkehrskreise, S. 11).

Die Markenprüfung erfolgt in Bezug auf alle vier Landessprachen. Dabei kommt jeder Sprache der gleiche Stellenwert zu. Ist die Marke aus Sicht der massgeblichen Verkehrskreise auch nur nach einer Landessprache schutzunfähig, so ist die Eintragung zu verweigern (Entscheid der RKGE vom 6. Oktober 2000 in sic! 1/2001 28 E. 2 *Levante*; Entscheid der RKGE vom 18. August 2005 in sic! 1/2005 21 E. 9 *Gelactiv*; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 15; MARBACH, Kennzeichenrecht, S. 32).

Sobald die massgeblichen Verkehrskreise im Wortbestandteil einer Marke grundsätzlich verschiedene Bedeutungen erkennen, ist zu prüfen, welche im konkreten Zusammenhang dominiert. Wenn ein beschreibender Sinn eindeutig ist und ohne Gedankenaufwand erkannt wird, kann die Möglichkeit weiterer, weniger nahe liegender Deutungen die Zugehörigkeit der Marke zum Gemeingut nicht aufheben (Entscheid der RKGE vom 17. Februar 2003 in sic! 6/2003 496 *Royal Comfort*; Entscheid der RKGE vom 24. Mai 2000 in sic! 7/2000 592 *Clearcut*; MARBACH, Kennzeichenrecht, S. 38).

3.5 Ob ein Zeichen gemeinfrei ist, beurteilt sich stets nach dem Gesamteindruck. Aus der Massgeblichkeit des Gesamteindrucks folgt, dass ein Zeichen nicht bereits deshalb vom Markenschutz ausgenommen ist, weil es einen gemeinfreien Bestandteil enthält. Entscheidend ist vielmehr, dass die Marke als Ganzes (in Kombination aller Elemente) nicht von gemeinfreien Elementen geprägt wird (BGE 99 II 403 E. 1a *Biovital*; BGE 104 Ib 139 E. 2 *Sano-Vital*).

Ein Zeichen kann mitunter auch durch eine grafische Gestaltung (Schriftzug, Umrahmung oder Beschränkung auf eine Farbe) zu einem insgesamt schutzfähigen Zeichen kombiniert werden (WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 19 f.; DAVID, a.a.O., Art. 2 N. 8; MARBACH, Kennzeichenrecht, S. 35 f. und S. 57 f.). Die grafische Gestaltung muss allerdings so ausgeprägt sein, dass das Erscheinungsbild der Marke (in Kombination aller Elemente) von der schutzunfähigen Grundaussage klar differiert. In der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Rekurskommission wird deshalb verlangt, dass sich die Grafik nicht im Naheliegenden erschöpft. Sie bedarf besonderer, charakteristischer Elemente, die im Gegensatz zu den einfachen Zeichen den markenrechtlichen Schutz verdienen (BGE 113 II 206 E. 3 RFS *Informatic*; Urteil des Bundesgerichts 4A.1/2005 vom 8. April 2005 E. 2.3 *GlobalePost*; Entscheid der RKGE vom 8. Februar 2000 in sic! 4/2000 297 E. 3 *Cybernet der Business Provider*; Entscheid der RKGE vom 19. August 2002 in sic! 1/2003 35 E. 4 *Nidwaldner Wochenblatt*; Entscheid der RKGE vom 16. Juni 2004 in sic! 12/2004 927 E. 6 *Rhein Strom / Solar Strom*; DAVID, a.a.O., Art. 2 N. 37; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 99).

4.

4.1 Der Wortbestandteil im Zeichen der Beschwerdeführerin lautet "Chocolat Pavot". Es ist unbestritten, dass "Chocolat" in allen Sprachregionen verstanden und mit "Schokolade" übersetzt wird. Strittig ist demgegenüber die Frage, wie das Wort "Pavot" in den relevanten Kreisen verstanden wird. Die Beschwerdeführerin macht dazu geltend, dass "Pavot" verschiedene Bedeutungen habe. Neben der Bedeutung "Mohn" auf Französisch werde "Pavot" insbesondere als Familienname aufgefasst, sodass der Konsument bei der Marke Chocolat Pavot (fig.) darauf schliesse, dass es sich um Produkte aus dem Hause Pavot handle. Es sei auch möglich, dass die Abnehmer "Pavot" als Anspielung auf die Mohnblume verstehen, v.a. in Verbindung mit der speziellen Verpackung, in welcher die Schokolade angeboten werde (Be-

schwerde, S. 6; Plädoyernotizen vom 16. Juli 2007, S. 5 f.). Die Vorinstanz vertritt dagegen die Ansicht, dass die Konsumenten "Chocolat Pavot" ohne Gedankenaufwand als "Mohnschokolade" bzw. "Schokolade mit Mohn" verstehen.

4.2 "Pavot" ist die französische Bezeichnung für Mohn (Langenscheidt, Handwörterbuch Französisch, Berlin et al. 2006, S. 501). Mindestens in der französischen Schweiz wird dieser Begriff ohne weiteres verstanden. Auf Italienisch wird Mohn mit "papavero" übersetzt (Langenscheidt, Handwörterbuch Italienisch, 4. Aufl., Berlin et al. 2003, S. 613). Eine gewisse Ähnlichkeit zum Zeichenbestandteil "Pavot" ist auch hier zu erkennen. Es kann indessen offen bleiben, ob der Begriff auch in der italienischen Schweiz mit Mohn assoziiert wird, da es ausreicht, wenn das Zeichen auch nur in einer Landessprache ohne Gedankenaufwand verständlich ist (vgl. E. 3.3 hiervor). Es ist jedoch zu prüfen, was die Abnehmer unter dem zusammengesetzten Begriff "Chocolat Pavot" verstehen. Dabei ist auf das Verständnis der Durchschnittskonsumenten abzustellen, da Konfekt, Schokoladeprodukte und Patisserie in erster Linie von diesen nachgefragt werden und der Kaufentscheid nicht - wie z.B. bei Medikamenten - von Fachkreisen gefällt wird (vgl. E. 3.4 hiervor).

4.3 Der durchschnittliche französisch sprechende Konsument versteht unter "Chocolat Pavot" in erster Linie Schokolade mit Mohn. Es trifft zwar zu, dass es grammatikalisch korrekt "Chocolat au Pavot" oder "Chocolat avec du Pavot" heissen müsste. Indessen braucht es keinen Gedankenaufwand, um von "Chocolat Pavot" darauf zu schliessen, dass es sich beim so gekennzeichneten Produkt um Schokolade handelt, die Mohn bzw. ein Mohnaroma enthält. Durch die geringfügige grammatikalische Sprachregelwidrigkeit wird der Sinngehalt nur marginal verfremdet. Sie hat nicht zur Folge, dass der Durchschnittskonsument beim Zeichen der Beschwerdeführerin etwas anderes versteht als Schokolade mit Mohn (vgl. auch den Entscheid der RKGE vom 26. Juli 1999 in sic! 5/1999 560 *Surestore*; Entscheid der RKGE vom 23. Dezember 2004 in sic! 6/2005 468 *Boysworld*; GALLUS JOLLER, Beschreibend oder anspielend? - Indizien für die Zulässigkeit von Wortabwandlungen als Marken, in sic! 2005 Sonderheft, S. 51).

4.4 Wenn die Beschwerdeführerin ausführt, dass es unüblich sei, Mohn als Zutat für Schokoladeprodukte zu verwenden (Beschwerde vom 30. Oktober 2006, S. 7), kann dem zwar insofern gefolgt werden, als Mohnschokolade bisher ein nicht sehr häufig angebotenes Produkt war. Indessen werden insbesondere im hochpreisigen Schokoladen- und Pralinensegment, in welchem auch das Produkt der Beschwerdeführerin anzusiedeln ist, raffinierte Kompositionen aus Schokolade angeboten, die mit besonderen Zutaten angereichert werden. So findet man bei den Tafelschokoladen diverse - zum Teil ausgefallene - Schokoladekreationen wie Schokolade angereichert mit Chilli (Excellence Chilli von Lindt), Bananen und Curry (Banane und Curry von Zotter) oder, wie bei der Beschwerdeführerin, mit Mohn (Mohn-Marzipan von Milka). Dasselbe gilt noch deutlicher in Bezug auf Pralinen. Für den Durchschnittskonsumenten ist es deshalb nicht oder jedenfalls in den letzten Jahren nicht mehr ungewöhnlich, dass Schokoladekompositionen wie diejenige der Beschwerdeführerin vertrieben werden.

4.5 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, dass "Chocolat Pavot" einen erheblichen Interpretationsspielraum offen lasse ("Pavot" als Familienname, als Hinweis auf die Mohnblüte oder als reines Fantasiezeichen).

"Pavot" als Familienname existiert in der Schweiz kaum und ist dem Durchschnittskonsumenten hierzulande wenig geläufig. Seitens der Beschwerdeführerin wird dies auch nicht bestritten. Sie bringt jedoch vor, dass die Abnehmer das Wort "Pavot", je nach Gebrauch desselben, als Name auffassen könnten (Plädoyernotizen vom 16. Juli 2007, S. 6). Wenn es darum geht, den Sinngehalt eines Zeichens zu ermitteln, ist massgebend, was der Konsument ohne Gedankenaufwand versteht. Die von der Beschwerdeführerin aufgezeigte hypothetische Möglichkeit, dass "Pavot" auch als Familienname aufgefasst werden könnte, weil Wörter aus der selben Gattung - wie Mohn, Blum oder Baum - dies sind, bedarf eines solchen Gedankenaufwands. Es ist deshalb nicht nahe liegend, dass der französisch sprechende Durchschnittskonsument "Pavot" als Familienname versteht. Dies gilt umso mehr, da "Chocolat Pavot" in der Bedeutung von Mohnschokolade eine sinnvolle Einheit bildet (vgl. ausführlich E. 4.3 f. hiervor). Dies wäre bei "Schokolade Baum" oder "Chocolat Fleur" nicht der Fall.

Auch das Argument, der Konsument fasse "Pavot" als Anspielung auf die Mohnblüte und die Form der so bezeichneten Schokoladeprodukte auf (Schreiben vom 21. Februar 2006, S. 2; Plädoyernotizen vom 16. Juli 2007, S. 5), verfängt nicht. Die Marke wird so geprüft, wie sie im Eintragungsgesuch wiedergegeben ist. Es ist dagegen unerheblich, wie und wofür die Marke später tatsächlich gebraucht wird (WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 10). Beim vorliegenden Zeichen gibt es keinen Anhaltspunkt, der darauf schliessen lässt, dass das Produkt in der Form einer Mohnblüte auf den Markt gebracht wird. Für den durchschnittlichen Betrachter der Marke ist deshalb auch diese Interpretation wenig nahe liegend. Der mit Beilage 1 zu den Plädoyernotizen hergestellte Zusammenhang zwischen der Marke und ihrer Verpackung ist im Rahmen der abstrakten Markenprüfung, die einzig auf der Grundlage der Anmeldung erfolgt, nicht von Belang. Folgerichtig ist im vorliegenden Zusammenhang auch umgekehrt unerheblich, ob die Beschwerdeführerin mit der Zutat Mohn für ihr Produkt wirbt. Nach dem Gesagten erweist sich jedenfalls die Wortkombination "Chocolat Pavot" allein als nicht unterscheidungskräftig.

5.

Die grafische Gestaltung des Zeichens der Beschwerdeführerin erinnert an eine regelmässige, geschwungene Handschrift. Teils sind die Buchstaben miteinander Verbunden (z.B. C - H und O - L bei Chocolat), teils sind sie in Blockschrift gehalten. Der Schreibverlauf wird durch eine leichte Rechtsschrägheit der Buchstaben charakterisiert und der Schriftzug als Ganzes verläuft aufwärts. Dies ist bei Handschriften jedoch nicht ungewöhnlich. Gerade schwungvolle Handschriften neigen zu einer leichten Vorlage. Insgesamt ist die Schrift wenig auffällig und fällt - gerade im Vergleich mit Handschriften - nicht aus dem erwarteten Rahmen. Auch die Gestaltung der einzelnen Buchstaben ist sehr regelmässig. Darin besteht ein wesentlicher Unterschied zur Marke Nr. 538'990 Soft Care (fig.), die von der Beschwerdeführerin zum Vergleich ins Feld geführt wird. Der Schriftzug der Marke Soft Care zeichnet sich unter anderem durch sehr unterschiedlich dicke Buchstaben aus. Die Dicke variiert sogar innerhalb der Buchstaben. Demnach kann vorliegend offen bleiben, ob der Entscheid Soft Care (Entscheid der RKGE vom 12. Juli 2005 in sic! 12/2005 877 E. 4) dahingehend zu interpretieren ist, dass bereits eine geringe grafische Gestaltung von direkt beschreibenden Angaben zur Eintragung führt und ob an dieser Auffassung festzuhalten ist.

6.

Das entscheidende Kriterium bei der Beurteilung der absoluten Ausschlussgründe ist der Gesamteindruck. Vorliegend wird dieser vornehmlich durch den Wortbestandteil geprägt. "Chocolat Pavot" wird von den massgebenden Verkehrskreisen als "Schokolade mit Mohn" verstanden. In diesem Sinne hat auch das Bundesgericht hervorgehoben, dass eine Mohnkapsel unmittelbar beschreibend wäre, wenn sie etwa Mohnsamen enthalten würde (Urteil 4A.374/2007 vom 7. November 2007, E. 2.4). Andere Sinngehalte sind unwahrscheinlich und treten in den Hintergrund (vgl. E. 4.6 hiervor). "Schokolade mit Mohn" bezeichnet direkt den Inhalt und das Aroma der zu kennzeichnenden Waren. Das reine Worтеlement ist beschreibend und deshalb nicht unterscheidungskräftig. Gleichzeitig muss "Pavot" (Mohn) für die beanspruchten Waren im Schokoladen- und Pralinensektor auch anderen Gewerbetreibenden zur Kennzeichnung ihrer Produkte zur Verfügung stehen. Aus diesem Grund besteht ein Freihaltebedürfnis an "Chocolat Pavot". Der Schriftzug ist wenig originell und erschöpft sich - im Vergleich mit üblichen Handschriften - im Naheliegenden (vgl. E. 5 hier vor). Er ist auch zu wenig charakteristisch, als dass er den Gesamteindruck wesentlich beeinflussen könnte. Im Gesamteindruck überwiegen demnach die gemeinfreien Worтеlemente.

7.

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, dass sich Chocolat Pavot (fig.) einer grossen Bekanntheit erfreue und belegt dies mit einer Marktstudie von Icon Addedvalue (Beilage 7 zum Schreiben vom 21. Februar 2006). Sie wertet dies als Indiz für die originäre Unterscheidungskraft des Zeichens (Beschwerde, S. 11). Die Anmeldung der Marke als Verkehrsdurchgesetzt hat sie indessen ausdrücklich abgelehnt (Schreiben vom 6. September 2006). Eine nachträgliche Unterscheidungskraft der Marke ist darum nicht zu prüfen. Mit der beigelegten Marktstudie über die Bekanntheit der X-Schokoladenmarken kann - wie von der Vorinstanz bereits aufgezeigt - die originäre Unterscheidungskraft nicht nachgewiesen werden. Ursprüngliche Unterscheidungskraft bedeutet, dass ein Zeichen als Marke aufgefasst wird, auch wenn sie noch unbekannt ist. Eine Untersuchung über die Bekanntheit einer Marke ist deshalb von vornherein nicht geeignet, Anhaltspunkte über die originäre Unterscheidungskraft zu liefern. Es kann deshalb offen bleiben, ob die Studie den qualitativen (Art der Fragestellung) und quantitativen (Anzahl befragter Personen) Anforderungen für demoskopische Untersuchungen gerecht wird.

8.

Die Beschwerdeführerin verweist auf diverse ausländische Voreintragungen (Österreich, Tschechien, Ungarn, Polen, Slowenien, Slowakei, Dänemark, Grossbritannien, Frankreich, Benelux-Staaten und Kanada) sowie auf die Zulassung als Gemeinschaftsmarke beim europäischen Harmonisierungsamt (Beschwerde, S. 10). Sie wertet dies als Indiz für die Schutzzfähigkeit von Chocolat Pavot (fig.) in der Schweiz. Massgeblich für die absoluten Ausschlussgründe sind jedoch die Verhältnisse in der Schweiz. Ausländischen Entscheiden kommt keine präjudizierende Wirkung zu. Grundsätzlich unerheblich ist die in anderen Ländern erfolgte Eintragung (WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 9). Der Umstand, dass eine Bezeichnung im Ausland als Marke registriert wurde, ist folglich nur ein Kriterium unter mehreren, die zu berücksichtigen sind (BGE 129 III 229 E. 5.5 = Pra 92 Nr. 139 S. 756 *Masterpiece*). Angesichts des klaren Gemeingutcharakters von Chocolat Pavot (fig.) haben die ausländischen Voreintragungen keine Indizwirkung für die Schweiz. Es handelt sich nicht um einen Grenzfall, bei dem allenfalls der Blick in die ausländische Prüfungspraxis den Ausschlag für die Eintragung geben könnte.

9.

Die Beschwerdeführerin beruft sich schliesslich auf den Grundsatz der Gleichbehandlung. Sie verweist dabei einerseits auf die bereits erwähnte Wort-Bildmarke Soft Care (Marken Nr. 538'990) und auf die erst kürzlich hinterlegte Wortmarke CAMEL BRÛLÉ (Marken Nr. 556'392).

9.1 Nach dem verwaltungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz sind juristische Sachverhalte nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich zu behandeln. Die gleiche Behörde darf nicht ohne sachlichen Grund zwei rechtlich gleiche Sachverhalte unterschiedlich beurteilen. Nicht erforderlich ist, dass die Sachverhalte in all ihren tatsächlichen Elementen identisch sind (WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 28). Demgegenüber besteht kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, selbst wenn eine bisher abweichende Praxis bestanden haben sollte. Frühere - allenfalls fehlerhafte - Entscheide sollen nicht als Richtschnur für alle Zeiten Geltung haben müssen (Urteil des Bundesgerichts 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3 *Firemaster*; Entscheid des BVGer B-7410/2006 vom 20. Juli 2007 E. 6 *Masterpiece*; Entscheid der RKGE vom 19. Oktober 1999 in sic! 6/1999 645 E. 5 *Uncle Sam*; WILLI, a.a.O., Art. 2 N. 31). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird der

Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht ausnahmsweise anerkannt, wenn eine ständige gesetzeswidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und die Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenkt (BGE 122 II 451 f. E. 4a mit Hinweisen; BGE 127 I 2 f. E. 3a; Urteil des Bundesgerichts 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3 *Firemaster*).

9.2 Was die Wort-Bildmarke Soft Care (fig.) betrifft, ist bereits festgehalten worden, dass die grafische Gestaltung der beiden Marken nicht ohne weiteres vergleichbar ist (vgl. E. 5 hiavor). Damit kann die Beschwerdeführerin aus dem Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht diesbezüglich nichts zu ihren Gunsten ableiten.

9.3 Die Beschwerdeführerin beruft sich weiter auf den Umstand, dass die Wortmarke "CARMEL BRÛLÉ" (Hinterlegungsdatum: 28. Dezember 2006) trotz ähnlicher Konstellation eingetragen worden ist. Dem hält die Vorinstanz entgegen, die beiden Marken seien nur beschränkt vergleichbar. Während "Chocolat Pavot" ohne Gedankenaufwand als Hinweis auf die Beschaffenheit des Produkts verstanden werde, sei dies bei "CARMEL BRÛLÉ" nicht der Fall. Bei "CARMEL BRÛLÉ" handle es sich um eine vom Sinngehalt her unübliche Kombination, die je nach Lesart in Bezug auf die beanspruchten Waren entweder eine pleonastische Aussage darstelle (bekanntlich setze Caramel das Schmelzen bzw. leichte Brennen von Zucker wesensbedingt voraus, d.h. könne anders gar nicht entstehen) oder aber in Bezug auf die beanspruchten Produkte auf ein negatives und nicht wünschbares Aroma hinweise. Auch wenn dies nicht zutreffen würde, wie die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf den Fachausdruckcharakter von "CARMEL BRÛLÉ" geltend macht, kann jedenfalls nicht von einer neuen Praxis ausgegangen werden, von der die Vorinstanz auch in Zukunft nicht abzuweichen gedenkt. Vielmehr hat sie sich dahingehend geäußert, kombinierte Marken nur dann einzutragen, wenn an sich gemeinfreie Zeichen derart gestaltet werden, dass sie im Gesamteindruck unterscheidungskräftig werden. Für grafische Gestaltungselemente bedeutet dies, dass sie sich nicht im Naheliegenden erschöpfen dürfen (vgl. dazu die Richtlinien in Markensachen, Bern 2007, S. 80). Die Beschwerdeführerin kann folglich auch aus dem Vergleich mit der eingetragenen Marke "CARMEL BRÛLÉ" keinen Anspruch auf Gleichbehandlung herleiten.

10.

Zusammenfassend ergibt sich, dass sich die Beschwerde in allen Punkten als unbegründet erweist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet (Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

11.

Die Spruchgebühr (Gerichtsgebühr) ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien zu bestimmen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG). Bei Markeneintragungen geht es um Vermögensinteressen. Die Gerichtsgebühr bemisst sich folglich nach dem Streitwert (Art. 4 VGKE). In Markeneintragungsverfahren ist das Interesse der beschwerdeführenden Partei am Aufwand einer neuen Markeneintragung und an der Vorbereitung der Markteinführung im Fall der Rückweisung der hängigen Marken Anmeldung zu veranschlagen. Mangels anderer streitwertrelevanter Angaben ist der Umfang der Streitsache nach Erfahrungswerten auf Fr. 50'000.-- bis Fr. 100'000.-- festzulegen (BGE 133 III 492 E. 3.3 mit Hinweisen). Somit ist im vorliegenden Fall unter Berücksichtigung der öffentlichen Verhandlung eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'500.-- zu erheben.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen und die angefochtene Verfügung bestätigt.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 3'500.-- wird der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- verrechnet. Die Beschwerdeführerin hat damit nach Rechtskraft des Urteils noch Fr. 1'000.-- zu bezahlen.

3.

Dieses Urteil wird eröffnet:

- der Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; mit Gerichtsurkunde)
- der Vorinstanz (Ref-Nr. IR 821'165; mit Gerichtsurkunde)
- dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (mit Gerichtsurkunde).

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