



Urteil vom 28. November 2011

Besetzung

Richterin Maria Amgwerd (Vorsitz),
Richter Hans Urech, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiberin Beatrice Brügger.

Parteien

K._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Thilo Pachmann,
Froriep Renggli, Bellerivestrasse 201, 8034 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Verfügung vom 3. März 2011 betreffend die Markenhinterlegung Nr. CH 62786/2008 MILCHBÄRCHEN.

Sachverhalt:**A.**

Mit Gesuch vom 15. Oktober 2008 ersuchte die Beschwerdeführerin um Schutz für das Zeichen MILCHBÄRCHEN für die folgenden Waren der Klasse 30:

"Zuckerwaren, Schokolade und Schokoladewaren, feine Backwaren, Speiseeis, Präparate für die Zubereitung der vorgenannten Produkte, soweit in Klasse 30 enthalten."

B.

Am 10. März 2009 beanstandete die Vorinstanz, das Zeichen MILCHBÄRCHEN sei bezüglich aller beanspruchter Waren direkt beschreibend, da es aus Hinweisen auf einen Inhaltsstoff – Milch – und die Form – Bärchen – der Waren bestehe. Als Beispiel genannt wurden Zuckerwaren oder Schokoladewaren, die Milch beinhalten und die Form eines Bärchens haben würden. Ein Abnehmer würde darin keinen Herkunftsnachweis erkennen. Zudem sei das Zeichen freihaltbedürftig.

C.

Mit Eingabe vom 10. September 2009 bestritt die Beschwerdeführerin den Gemeingutcharakter des Zeichens und das Freihaltebedürfnis. Sie machte geltend, das Zeichen habe keinen eindeutigen Sinngehalt. Es gäbe keine "Milchbären". Eine Internetsuche habe ergeben, dass dieser Begriff gebraucht werde als Kosenamen für Welpen, Pseudonym oder Spitzname für Menschen und für eine computeranimierte Werbefigur. Auch in Verbindung mit den beanspruchten Waren sei der Begriff nicht klar verständlich. Die Beschwerdeführerin berief sich ferner auf verschiedene Voreintragungen in der Schweiz und im Ausland: die CH-Marke Nr. 585 437 MILCH ZEIT (fig.) für Klassen 29 und 30 und das Zeichen IR 725 954 MILCHBÄRCHEN für Milchprodukte und feine Backwaren (Confiserie), dessen deutsche Basismarke und die Ausdehnung auf die deutschsprachigen Länder Österreich, Lichtenstein und Schweiz.

D.

Die Vorinstanz hielt am 11. Dezember 2009 an der Zurückweisung fest.

E.

Mit Eingabe vom 14. Juni 2010 beantragte die Beschwerdeführerin die Eintragung des Zeichens. Sie erklärte, "Milchbärchen" sei auch ein Kosenamen, Pseudonym oder Spitzname, und verwies auf die häufige Verwen-

dung von Kosenamen als Produktnamen im Bereich Süsswaren. Das Zeichen MANDELBÄRLI sei als Marke für "feine Backwaren, Konditoreiwaren; Gebäck" (CH-Marke P-467 468) eingetragen und widerlege offenbar den Standpunkt der Vorinstanz, es handle sich um einen Hinweis auf Form und Inhalt. "Milch" könne auch ein Hinweis auf die Farbe sein. Von den verschiedenen Bedeutungen des Zeichens sei keine dominant. MILCHBÄRCHEN sei kein direkt verständlicher und beschreibender Hinweis auf Form, Inhaltstoffe, Aroma und Zweckbestimmung der beanspruchten Waren. Die Beschwerdeführerin führte zudem ähnliche Zeichen und Voreintragungen auf und berief sich auf den Anspruch auf Gleichbehandlung.

F.

Mit Verfügung vom 3. März 2011 liess die Vorinstanz "Präparate für die Zubereitung von Zuckerwaren, Schokolade, Schokoladewaren, feine Backwaren und Speiseeis, soweit in Klasse 30 enthalten" zum Markenschutz zu (Ziff. 1), verweigerte den Schutz jedoch für die beanspruchten "Zuckerwaren, Schokolade und Schokoladewaren, feine Backwaren, Speiseeis" der Klasse 30 (Ziff. 2). Sie berief sich auf die Zugehörigkeit der letzteren zum Gemeingut nach Art. 2 Bst. a MSchG. Relevante Verkehrskreise seien sowohl Durchschnittskonsumenten als auch Fachleute, beispielsweise Bäcker, Konditoren oder Süsswarenhändler. Diese würden beim Zeichen MILCHBÄRCHEN ohne jegliche Gedankenarbeit auf einen direkten Hinweis auf die Form (Bärchen) und den Inhalt (Milch) der Waren schliessen. Nicht erwartet würde, dass die Ware nur aus Milch bestehe, hingegen werde auf einen sehr hohen Milchbestandteil geschlossen. Damit sei das Zeichen für die beanspruchten Waren direkt beschreibend. Die Frage des Freihaltebedürfnisses könne offen gelassen werden. Die genannten Voreintragungen seien nicht vergleichbar bzw. zu alt (die aus dem Jahre 1999 stammenden Zeichen CH 467 468 MANDELBÄRLI und IR 725 954 MILCHBÄRCHEN), um einen Anspruch auf Gleichbehandlung begründen zu können.

G.

Mit Beschwerde vom 4. April 2011 beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung von Ziff. 2 des Dispositivs der Verfügung vom 3. März 2011, mit welcher das Markeneintragungsgesuch bezüglich der in der Klasse 30 beanspruchten "Zuckerwaren, Schokolade und Schokoladewaren, feine Backwaren, Speiseeis" zurückgewiesen wurde.

Zur Begründung macht sie geltend, die Kombination der Begriffe "Milch" und "Bärchen" ergebe im Rahmen des massgeblichen Gesamteindrucks keinen klaren Sinngehalt. Der Begriff sei undefiniert und lasse viel Raum für Spekulationen offen. Im Vordergrund stehe ganz klar das Verständnis im Sinne eines Kosenamens oder Pseudonyms. Verwiesen wurde auf Ausdrücke aus dem Internet, wo der Begriff als Kosename für Welpen und als Pseudonym oder Spitzname für einen Menschen wie auch für eine computerisierte Werbefigur gebraucht werde. Der Schweizer Konsument würde aufgrund des Bestandteils "Bärchen" sofort an die Möglichkeit eines Kosenamens denken. In der Rangliste der beliebtesten Schweizer Kosenamen belege "Bärchen" sogar Rang 7. Dies dürfte auf die Beliebtheit von Teddybären als Kuscheltiere zurückgehen. Auch der Radiosender "Energy" in Zürich habe sein stadtbekanntes morgendliches Beziehungs-Gewinnspiel "Bärchen und Hasi" getauft. Die Verbindung mit dem vorangestellten "Milch" verstärke die Assoziation mit einem Kosennamen, da dieses Wort das Vorhandensein eines Bärenbabys, analog zum "Milchlamm" oder "-kalb" indiziere. Das Publikum sei es sich zudem gewohnt, dass Kosennamen als Produktebezeichnungen gebraucht würden, so bei "Bärli-Biber" (CH-Marke Nr. 546 819), "Fröschli", "Mon Chérie", "Goldschatz", "Goldstück" (CH-Marke Nr. 599 103) und "Glückskäfer". Selbst wenn aber die Konsumenten den Markenbestandteil "Bärchen" als Hinweis auf die Form des Produkts auffassen würden, wäre noch lange nicht gesagt, dass sie gleichzeitig im Wort "Milch" einen Hinweis auf einen Inhaltsstoff erkennen würden. Näher liege das Verständnis im Sinne einer Anspielung auf eine milchige Farbe.

Es sei auch nicht nachvollziehbar, wenn die Vorinstanz davon ausgehe, die Konsumenten würden auf eine Ware in der Form eines kleinen Bären mit hohem Milchgehalt schliessen. Die Vorinstanz verweise auf Produkte, die nicht vergleichbar seien (Gummibärchen, Kirschstängeli, usw.). Anders sei hier vor allen die Doppeldeutigkeit des Wortes. Ferner gehe es nicht um den Verkauf von Milch in Bärenform. Bei einer Mehrzahl von Bedeutungen sei zu prüfen, welche dominiere. Hier wäre es diejenige eines Kosenamens. Am Zeichen bestehe deshalb kein Freihaltebedürfnis. Zudem sei eine identische Marke MILCHBÄRCHEN für Milchprodukte und feine Backwaren (Confiserie) eingetragen (IR 725 954). Die Eintragung erstrecke sich auf Österreich, Lichtenstein und insbesondere auch die Schweiz. Weiter verwiesen wurde, unter Berufung auf das Gleichbehandlungsgebot, auf die Marken CH-Nr. 596 942 MANDELKÄRLI und 467 468 MANDELBÄRLI. Diese könnten aus Mandeln bestehen und wären dann für identische Waren, nämlich feine Backwaren und Speiseeis,

beschreibend. Gleiches gelte für die CH-Marke Nr. 588 027 CHRISTSISTEI (Schweizerdeutsch für Kirschstein), die eingetragen sei für feine Backwaren, Konditorwaren und Speiseeis, d.h. Waren die durchaus Kirschen enthalten und die Form eines Steins haben könnten. Die genannte IR Eintragung des Zeichens MILCHBÄRCHEN beruhe auf einer eingetragenen deutschen Basismarke. In Zweifelsfällen könnten ausländische Eintragungen als Indizien für die Eintragungsfähigkeit in der Schweiz berücksichtigt werden.

H.

Mit Vernehmlassung vom 30. Mai 2011 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie verweist auf die angefochtene Verfügung. In Ergänzung dazu führt sie insbesondere aus, auch bei einer allfälligen Üblichkeit von "Bärchen" als Kosename könne nicht darauf geschlossen werden, dass jede beliebige "Bärchen"-Wortkombination im Zusammenhang mit jeglicher Ware als Kosename erkannt werde. Konkret spreche im Süsswarenbereich gerade die übliche Verwendung von Tierformen und den entsprechenden Tiernamen zur Beschreibung dieser Formen gegen ein solches Verständnis. Zudem sei die Verwendung des Kosenamens "Milchbärchen" in der Schweiz nicht belegt. Wenn die Wortkombination "Milchbärchen" auf einer bärenförmige Back- oder Zuckerware angebracht werde, bestehe für das massgebende Publikum kein Anlass, in diesem Zeichen etwas anderes zu sehen, als eine Beschreibung von Inhalt und Form. Zu den erwähnten Voreintragungen sei festzustellen, dass die internationale Registrierung MILCHBÄRCHEN und die Schweizer Marke MANDELBÄRRLI aus dem Jahre 1999 stammten und somit zu alt seien, um die aktuelle Eintragungspraxis zu widerspiegeln und einen Anspruch auf Gleichbehandlung zu begründen. Bezüglich des Zeichens MANDELKÄRRLI lege die Beschwerdeführerin nicht dar, inwieweit damit eine im entsprechenden Warenssegment übliche Form bezeichnet werde.

I.

Auf die dargelegten und weiteren Vorbringen der Parteien wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den Erwägungen eingegangen.

J.

Auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung wurde stillschweigend verzichtet.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Eintragungsverfügungen der Vorinstanz in Markensachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

1.2. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1. Nach der Legaldefinition ist die Marke ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Art. 1 Abs. 1 des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 [MSchG, SR 232.11]).

2.2. Vom Markenschutz ausgeschlossen sind gemäss Art. 2 MSchG unter anderem Zeichen, die Gemeingut sind, es sei denn, dass sie sich als Marke für die Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben, für die sie beansprucht werden (Bst. a).

2.3. Der Begriff Zeichen des Gemeinguts in Art. 2 Bst. a MSchG ist ein Sammelbegriff für Sachbezeichnungen, beschreibende Angaben, geografische Herkunftsangaben, Freizeichen sowie für elementare Zeichen. Der Schutzausschluss ist im Freihaltebedürfnis oder in der fehlenden Unterscheidungskraft des Zeichens begründet (BGE 118 II 181 E. 3 *Duo*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1580/2008 vom 19. Mai 2009 E. 2.1 A - Z, mit Hinweisen; DAVID ASCHMANN, in: Michael Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], Bern 2009, Art. 2 lit. a, N. 1 ff.).

2.4. Zum Gemeingut gehören nach der Rechtsprechung namentlich Zeichen, die sich in Angaben über die Beschaffenheit der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen erschöpfen und daher die zu deren Identifikation erforderliche Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft nicht aufweisen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn Zeichen die Art, Zusammensetzung, Qualität, Quantität, Bestimmung, den Gebrauchszweck, Wert, Ursprungsort oder die Herstellungszeit der Waren angeben, auf die sie sich beziehen. Der beschreibende Charakter solcher Hinweise muss von den angesprochenen Abnehmerkreisen dieser Waren und Dienstleistungen ohne besondere Denkarbeit und ohne Fantasiaufwand unmittelbar erkannt werden können (BGE 135 III 359 E. 2.5.5 *akustische Marke*, mit Verweis auf BGE 131 III 495 E. 5 *Felsenkeller*, BGE 129 III 514 E. 4.1 *Lego* und BGE 128 III 454 E. 2.1 *Yukon*). Als Gemeingut schutzunfähig sind auch Zeichen, die ausschliesslich aus allgemeinen Qualitätshinweisen oder reklamehaften Anpreisungen bestehen (Urteil des Bundesgerichts 4A.161/2007 vom 18. Juli 2007 E. 4.3 *we make ideas work*; BGE 129 III 225 E. 5.1 *Masterpiece*).

2.5. Ein Zeichen ist zudem für den gesamten Oberbegriff unzulässig, wenn es dies für bestimmte Produkte, die unter den Oberbegriff fallen, ist (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-3550/2009 E. 2.7 *Farmer*, B-3189/2008 vom 14. Januar 2010 E. 5.2 *Terroir*, B-2125/2008 vom 15. Mai 2009 E. 5.2.1 *Total Trader*, B-1878/2007 vom 15. Februar 2008 E. 2 *Teddybär*; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE) vom 30. April 1998, in: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!] 1998 477 E. 2c *Sourcesafe*).

2.6. Dass eine Angabe neuartig, ungewohnt oder fremdsprachig ist, schliesst ihren beschreibenden Charakter nicht aus. Entscheidend ist, ob das Zeichen nach dem Sprachgebrauch oder den Regeln der Sprachbildung von den beteiligten Verkehrskreisen in der Schweiz als Aussage über bestimmte Merkmale oder Eigenschaften der gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung aufgefasst wird (Urteil des Bundesgerichts 4C.439/2006 vom 4. April 2007 E. 5.1 *Eurojobs*, mit Verweis auf BGE 108 II 487 E. 3 *Vantage*, BGE 104 Ib 65 E. 2 *Oyster Foam*, BGE 103 II 339 E. 4c *More*, Urteil des Bundesgerichts 4A.5/2003 vom 22. Dezember 2003 E. 3.1 *Discovery Travel & Adventure Channel*, veröffentlicht in: sic! 2004 400).

3.

3.1. Marken sind im Gesamteindruck aus der Sicht der Abnehmerkreise zu beurteilen, an die das Angebot der Waren oder Dienstleistungen gerichtet ist (LUCAS DAVID, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz/Muster- und Modellgesetz, Basel 1999, MSchG Art. 2 N. 8 f.). Das Kriterium für die leichte Erkennbarkeit des beschreibenden Charakters bilden die im Einzelfall beanspruchten Waren oder Dienstleistungen. An die Stelle einer bei abstrakter Betrachtung vorhandenen Mehrdeutigkeit eines Zeichens kann nämlich ein eindeutiger Sinn mit beschreibendem Charakter treten, sobald das Zeichen in Beziehung zu einer bestimmten Ware oder Dienstleistung gesetzt wird (Urteil des Bundesgerichts 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 3.3 *Firemaster*, veröffentlicht in: sic! 2005 278).

3.2. Das Zeichen wird – soweit hier zur Diskussion stehend – für Zuckerwaren, Schokolade und Schokoladewaren, feine Backwaren und Speiseeis beansprucht. Es ist davon auszugehen, dass die massgebenden Verkehrskreise sich sowohl aus Durchschnittskonsumenten wie auch aus Fachleuten aus dem Bereich des Verkaufs und der Gastronomie zusammensetzen. Soweit daher die konkrete Unterscheidungskraft des Zeichens geprüft wird, ist bei der Beurteilung der Schutzfähigkeit der Marke auf deren Sichtweise abzustellen.

4.

4.1. Das Zeichen besteht aus dem Wort MILCHBÄRCHEN und wird beansprucht für Lebensmittel.

4.2. Milch ist ein Lebensmittel. Demzufolge kann dieser Wortteil insbesondere als Hinweis auf einen Bestandteil der mit dem Zeichen bezeichneten Waren verstanden werden.

4.3. Der Zeichenteil "Bärchen" kann bei Lebensmitteln als deren Form ausgelegt werden. "Bärchen" wird in der Schweiz, wie dies die Beschwerdeführerin geltend macht und nachzuweisen vermag, als beliebter Kosenamen verwendet. Dasselbe gilt aber nicht für Kombinationen von "Bärchen" mit anderen Wörtern, so auch nicht in genereller Weise für "Milchbärchen". Auch als Pseudonym oder Spitzname ist dieses Wort nicht allgemein bekannt. Die Beschwerdeführerin reicht zwar einige Internetauszüge ein. Mit ihren Argumenten und den eingereichten Unterlagen

vermag sie aber keinen Nachweis für einen solchen Sinngehalt zu erbringen.

5.

Das Zeichen wird beansprucht für verschiedene Waren der Klasse 30, und zwar:

5.1. "Schokolade und Schokoladenwaren"

Für Schokolade und Schokoladenwaren werden drei Grundmassen hergestellt: klassische dunkle Schokolade, Milkschokolade und weisse Schokolade. Diese sind der Ausgangspunkt für alle Schokolade-Varietäten (www.chocosuisse.ch > Schokolade > Fabrikation). Bei Milkschokolade ist Milch nicht nur mengenmässig ein wichtiger Bestandteil (vgl. zu den – recht hohen – Mindestanteilen bei Milch- und Haushaltmilkschokolade Art. 36 der Verordnung des EDI über Zuckerarten, süsse Lebensmittel und Kakaoerzeugnisse vom 23. November 2005 mit Verweis auf Anhang 5 [SR 817.022.101]). Sie kann auch den Geschmack des Produkts verändern und damit weitgehend den Kaufentscheid beeinflussen.

In dieser Warenart existieren die unterschiedlichsten Formvarianten. So wird Schokolade in der Schweiz häufig in Form stilisierter Tiere, wie z. B. in Form von Mäusen, Maikäfern, Hasen, Bären, Fröschen, Schmetterlingen, Fischen, usw. verkauft (Urteil vom 2. Oktober 2007 B-333/2007 E. 6.1 *Milchmäuse [3D]*). Bären oder Bärchen als Form ist deshalb ohne grossen Aufwand an Fantasie als Spielart von Schokoladenprodukten zu erkennen.

5.2. "Speiseeis"

Speiseeis ist eine gefrorene oder halbgefrorene Zubereitung aus Milch, Milchprodukten, Trinkwasser, Zuckerarten, Eiprodukten, Früchten, Fruchtsäften, Pflanzenfetten (Art. 22 Abs. 1 der Verordnung des EDI über Zuckerarten, süsse Lebensmittel und Kakaoerzeugnisse vom 23. November 2005). Milch- und Milchprodukte sind somit ein wichtiger Bestandteil von Speiseeis. Bei Speiseeis wird meist auf die Zutaten verwiesen, die das Aroma des Eises massgeblich beeinflussen, so z.B. bei "Erdbeer-", "Schoko-" oder "Vanilleeis". "Milch" ist dabei kaum ein Verkaufsargument. Der Begriff "Milcheis" existiert zwar, wird aber nur sehr wenig benutzt (vgl. Duden online, www.duden.de, wo sich zwar das Wort "Milcheis" – nicht aber "Milchglace" – findet, dessen Häufigkeit mit jenseits der Top 100'000 angegeben wird). Als besonders erwähnte Zutat

kann "Milch" jedoch ein Verkaufsargument sein, insbesondere wenn es darum geht, ein leichteres, weniger kalorienhaltiges Speiseeis, das Milch anstatt Rahm enthält, anzubieten.

Speiseeis wird in unterschiedlichen Formen angeboten. Der Verband schweizerischer Glace- und Eiscream-Fabrikanten nennt in seiner Jahresstatistik 2010 insbesondere Lutscher, Cornets, Becher unter den Strassenartikeln, Multipacks der genannten sowie Blöcke und Bidons, Bûches und Torten für den Heimkonsum und Bidons, portionierte Spezialitäten, Bûches und Torten für Grossverbraucher (www.swissfoodind.ch > facts & figures > Jahresstatistik 2010). Speiseeis kann aber auch in anderen Formen angeboten werden. Dabei ist der Gestaltung des Eises aufgrund seiner Konsistenz zwar Grenzen gesetzt. Eine etwas weniger detaillierte Tierform wäre aber nicht auszuschliessen. Zudem wird Speiseeis gelegentlich in speziell gestalteten Bechern verkauft, was wiederum sehr viele Möglichkeiten offen lässt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass Speiseeis, wenn auch aktuell wenig gebräuchlich, in einer Bärenform angeboten werden kann.

5.3. "Zuckerwaren"

Konditorei- und Zuckerwaren sind süss schmeckende Lebensmittel, die zum wesentlichen Teil Zuckerarten enthalten (Art. 17 Abs. 1 der Verordnung des EDI über Zuckerarten, süsse Lebensmittel und Kakaoerzeugnisse vom 23. November 2005). Milch ist meist nicht Bestandteil von Zuckerwaren. Es gibt jedoch Milchbonbons, die einen gewissen Anteil Milch enthalten müssen (vgl. Art. 21 der Verordnung des EDI über Zuckerarten, süsse Lebensmittel und Kakaoerzeugnisse vom 23. November 2005, mit Verweis auf den Anhang: vorgeschrieben ist ein Mindestgehalt an Milchfett von 2,5 Massenprozent). "Milch" ist bei diesen Milchbonbons der ganz besondere Bestandteil. Für den Konsumenten ist sie deshalb ein bedeutendes Kaufargument.

Fantasievolle Formen sind für Zuckerwaren durchaus üblich. In Bärenform verkauft werden z.B. Gummibären bzw. -bärchen oder Goldbären (vgl. zur Beliebtheit dieser Form, die Information von Haribo, wonach die Kette aus allen Goldbären ihrer Jahresproduktion mit einer Länge von 120 225 km vier Mal den Erdball umrunden würde [www.haribo.com > Info > Unternehmen > Zahlen & Fakten]).

5.4. "Feine Backwaren"

Milch kann eine Zutat von Backwaren sein. Zwar steht sie bei diesen – auch als Kaufgrund – für den Konsumenten oft nicht im Vordergrund. Allerdings ist das Verkaufsargument "Milch" auch bei Backwaren zu finden, z.B. bei den Milchschnitten (vgl. z.B. die Milch-Schnitte von Ferrero, zu der das Unternehmen folgendes aussagt: "Mit Milch-Schnitte wiederum konnten wir den Markt der Backwaren in der Kühllinie neu erschließen." [www.ferrero.de > Unternehmen > Philosophie > starke Marken]).

Backwaren gibt es in unterschiedlichen Formen. Auch die Bärenform ist möglich. So gibt es neben den im Beschwerdeverfahren bereits genannten Mandelbärli (www.mandelbaerli.ch) unter anderem auch Bären als Form – oder als Verzierung – bei Haselnuss- oder anderen Lebkuchen (vgl. z.B. www.kulinarischeserbe.ch, Suchbegriff: Berner Haselnusslebkuchen und Bilder zu Berner Lebkuchen, auf: www.google.ch).

5.5.

5.5.1. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass Milch ein möglicher Bestandteil aller beanspruchten Waren ist. Sie ist als Verkaufs- und Kaufargument sehr wichtig bei Schokolade und Schokoladewaren und kann ebenfalls von Bedeutung sein bei Zuckerwaren, feinen Backwaren und Speiseeis. Die Bärenform ist bei Schokolade und Schokoladewaren, Zuckerwaren und feinen Backwaren nicht unerwartet bzw. wird sogar oft verwendet. Bei Speiseeis ist sie zur Zeit weniger gebräuchlich, aber ebenfalls möglich.

Das Zeichen MILCHBÄRCHEN besteht somit – bezüglich der genannten Produkte – aus den Bezeichnungen für einen sehr oft verwendeten und für den Kauf bedeutenden Bestandteil – Milch – und für eine mögliche und nicht unübliche Form – Bärchen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Konsument oder die Fachleute das Zeichen MILCHBÄRCHEN in Verbindung mit diesen Waren in erster Linie nicht als Herkunftsbezeichnung sondern als Beschreibung einer wichtigen Zutat und der Form der Waren auffassen. Wie oben dargelegt (vgl. Ziff. 2.5), ist es nicht von Bedeutung, dass auch andere Varianten dieser Waren existieren.

5.5.2. Demzufolge ist das Zeichen MILCHBÄRCHEN bezüglich "Zuckerwaren, Schokolade und Schokoladewaren, feine Backwaren, Speiseeis" der Klasse 30 beschreibend und dem Gemeingut im Sinne von Art. 2 Bst. a MSchG zuzurechnen.

6.

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf den Grundsatz der Gleichbehandlung. Sie verweist dabei auf mehrere eingetragene Marken, die mit dem Zeichen MILCHBÄRCHEN vergleichbar seien.

6.1. Nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz sind juristische Sachverhalte nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich zu behandeln (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Die gleiche Behörde darf nicht ohne sachlichen Grund zwei ohne weiteres vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich beurteilen (CHRISTOPH WILLI, in: Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, Art. 2 N. 28; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7204/2007 vom 1. Dezember 2008 Stencilmaster). Wegen der Problematik einer erneuten Beurteilung der Eintragungsfähigkeit einer Marke, die seit Jahren im Markenregister eingetragen ist, muss das Kriterium, wonach Sachverhalte "ohne weiteres" vergleichbar sein müssen, restriktiv angewendet werden. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Anspruch auf Eintragung eines Zeichens, für das ein absoluter Ausschlussgrund besteht, unter dem Titel der Gleichbehandlung nur zu bejahen, wenn die Voraussetzungen der Gleichbehandlung im Unrecht erfüllt sind (Urteil des Bundesgerichts 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3 *Firemaster*). Weicht die Praxis in Einzelfällen vom Recht ab, kann aufgrund eines solchen Voreintrags kein Recht auf Gleichbehandlung im Unrecht geltend gemacht werden. Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht wird nur 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 gedenke (Urteil des Bundesgerichts 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3 *Firemaster*; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2052/2008 vom 6. November 2008 E. 4.2 *Kugeldreieck [fig.]*, B-7412/2006 vom 1. Oktober 2008 E. 10 *Afri Cola* und B-7427/2006 vom 9. Januar 2008 E. 9 *Chocolat Pavot [fig.]*). Weiter müssen die zitierten Präjudizien wirklich vergleichbar sein. Diese Vergleichbarkeit fehlt insbesondere dann, wenn die Vergleichsmarken für andere Waren beansprucht werden (Urteil des Bundesgerichts 4A.5/2004 vom 25. November 2004 E. 4.3 *Firemaster*; DAVID ASCHMANN/MICHAEL NOTH in: Michael Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin [Hrsg.], Markenschutzgesetz [MSchG], Bern 2009, Art. 2 N. 35; EUGEN MARBACH, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III/1, Markenrecht, 2. Aufl., Basel 2009, N. 232).

Auch Marken älteren Datums können für den Aspekt der Gleichbehandlung unbeachtlich sein, da sie nicht die aktuelle Eintragungspraxis widerspiegeln (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2052/2008 vom 6. November 2008 E. 4.2 *Kugeldreieck [fig]*; RKGE vom 10. Dezember 2003 in: sic! 2004, 573 E. 8 *Swiss Business Hub*).

6.2. Die Beschwerdeführerin beruft sich im vorinstanzlichen Verfahren und in der Beschwerde auf die Zeichen IR 725 954 MILCHBÄRCHEN für "Milchprodukte und feine Backwaren (Confiserie)", eine ausländische Eintragung die sich auf Österreich und Lichtenstein und insbesondere auch die Schweiz erstreckt, die Marken CH-Nr. 596 942 MANDELKÄRLI und 467 468 MANDELBÄRLI, bei denen die Waren aus Mandeln bestehen könnten, und dann für identische Waren – "feine Backwaren, Speiseeis" – beschreibend wären, sowie die CH-Marke Nr. 588 027 CHRISISTEI (Schweizerdeutsch für "Kirschstein") für "feine Backwaren und Konditorwaren, Speiseeis" und die Marke CH-Nr. 585 437 MILCHZEIT (fig.) für Waren der Klassen 29 und 30.

Wie bereits die Vorinstanz feststellte, sind die Zeichen IR 7215 954 MILCHBÄRCHEN und CH 467 468 MANDLEBÄRLI nicht geeignet, um eine Gleichbehandlung zu begründen. Sie stammen aus Jahre 1999 und widerspiegeln nicht die aktuelle Eintragungspraxis. Was die weiteren genannten Zeichen betrifft, ist festzuhalten, dass diese nicht genügen würden, um daraus auf eine ständige Praxis zu schliessen, so dass es sich erübrigt, weiter darauf einzugehen.

6.3. Ausländischen Eintragungsentscheiden schliesslich wird grundsätzlich keine Präjudizwirkung zugesprochen (BGE 130 III 113 E. 3.2 *Montessori*, BGE 129 III 225 E. 5.5 *Masterpiece*). Lediglich in Grenzfällen sind sie als Indiz für die Eintragungsfähigkeit zu werten (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7427/2006 vom 9. Januar 2008 E. 8 *Chocolat Pavot [fig.]*). Angesichts des klaren Gemeingutcharakters des Zeichens MILCHBÄRCHEN handelt es sich vorliegend jedoch nicht um einen Grenzfall.

7.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Vorinstanz dem Zeichen MILCHBÄRCHEN für die Waren "Zuckerwaren, Schokolade und Schokoladewaren, feine Backwaren, Speiseeis" der Klasse 30 den Schutz zu Recht verweigert hat.

8.

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

9.

9.1. Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

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

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

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss im gleichen Betrag verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. CH 62786/2008; Gerichtsurkunde)
- das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Maria Amgwerd

Beatrice Brügger

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen geführt werden (Art. 72 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 6. Dezember 2011